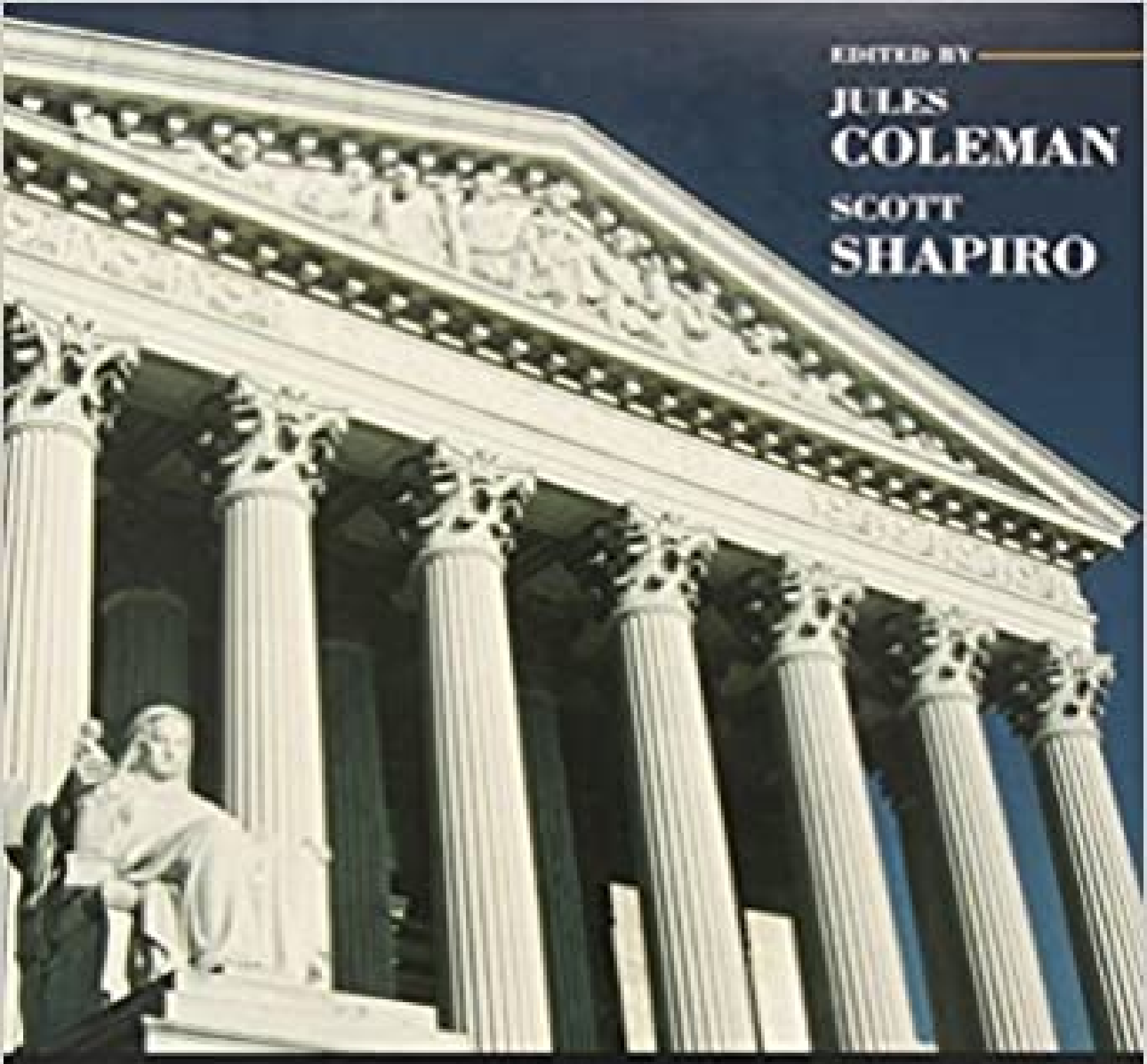


EDITED BY

JULES COLEMAN

SCOTT SHAPIRO

The Oxford Handbook *of* JURISPRUDENCE & PHILOSOPHY OF LAW

Tabla de contenido

Pagina de titulo

Prefacio

Notas sobre los colaboradores

La ley natural: la tradición clásica

La ley natural: la tradición moderna

Positivismo jurídico excluyente

Positivismo jurídico inclusivo

Formalismo

Adjudicación

Interpretación constitucional y estatutaria

Metodología

Filosofía jurídica y política

Autoridad

Razones

Derechos

Ley y obligaciones

Responsabilidad

Filosofía del derecho consuetudinario

Filosofía del Derecho Privado

Filosofía del derecho de responsabilidad civil

Filosofía del derecho contractual

Filosofía del derecho de propiedad

La filosofía del derecho penal

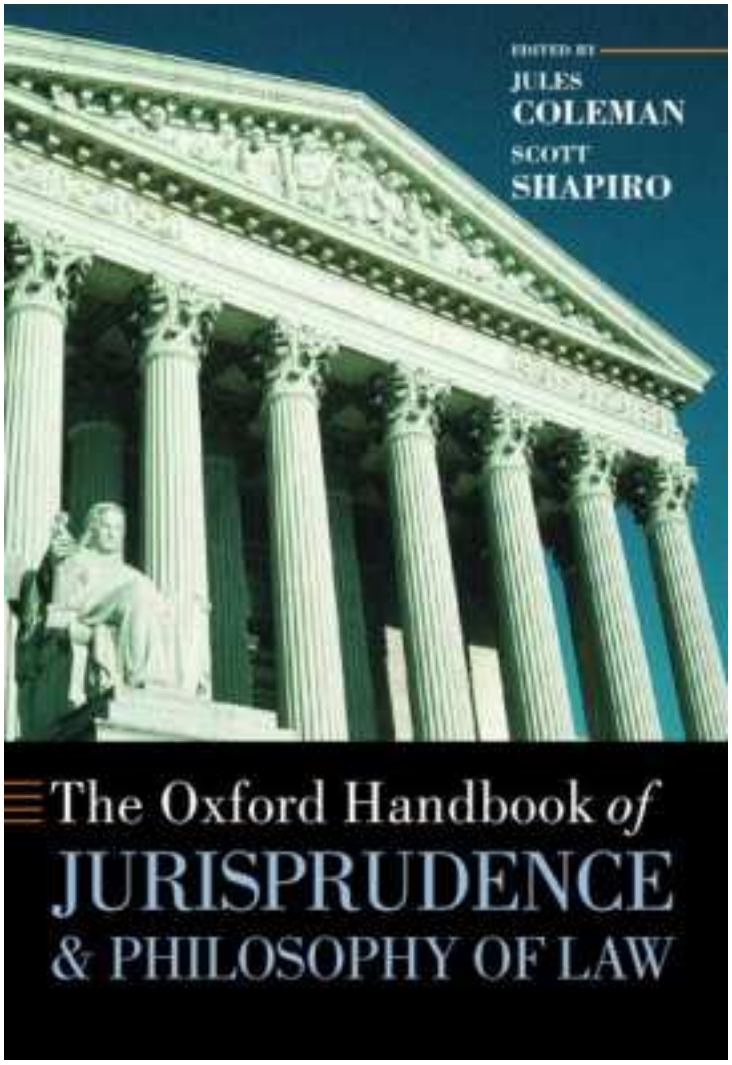
Filosofía del Derecho Internacional

Derecho y lenguaje

Derecho y objetividad

Derecho, orientación sexual y género

Índice



[INTITULADO]

Manuales de Oxford en línea

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004 Tema: Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

2012

(pág. iv)

Calle Great Clarendon, Oxford OX2 6DP

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford.

Promueve el objetivo de la Universidad de alcanzar la excelencia en la investigación, las becas y la educación mediante la publicación en todo el mundo en

Oxford Nueva York

Auckland Bangkok Buenos Aires Ciudad del Cabo Chennai

Dar es Salaam Delhi Hong Kong Estambul Karachi Calcuta

Kuala Lumpur Madrid Melbourne Ciudad de México Bombay Nairobi

São Paulo Shanghái Taipei Tokio Toronto

Oxford es una marca registrada de Oxford University Press

en el Reino Unido y en algunos otros países

Publicado en Estados Unidos

por Oxford University Press Inc., Nueva York

© Prensa de la Universidad de Oxford 2002

Se han hecho valer los derechos morales del autor.

Base de datos derecha Oxford University Press (fabricante)

Primera publicación: 2002

Publicado en edición de bolsillo en 2004

Todos los derechos reservados. No se puede reproducir ninguna parte de esta publicación.

almacenado en un sistema de recuperación o transmitido, en cualquier forma o por cualquier medio, sin el permiso previo por escrito de Oxford University Press,

o según lo permita expresamente la ley, o según los términos acordados con la organización de derechos de reprografía correspondiente. Las consultas sobre reproducciones fuera del alcance de lo anterior deben enviarse al Departamento de Derechos de Autor de Oxford University Press, a la dirección indicada anteriormente.

No debe circular este libro con ninguna otra encuadernación o cubierta.

y debes imponer esta misma condición a cualquier adquirente

Datos de catalogación de publicaciones de la Biblioteca Británica

Página 1 de 2

[INTITULADO]

Datos disponibles

Datos de catalogación en publicaciones de la Biblioteca del Congreso

Datos disponibles

ISBN-13: 978–0–19–927097–2 (pbk)

ISBN-10: 0–19–927097–X (pbk)

5 7 9 10 8 6 4

Composición tipográfica realizada por Hope Services (Abingdon) Ltd

Impreso en Gran Bretaña

sobre papel libre de ácido por

Biddles Ltd., King's Lynn, Norfolk



Prefacio

Manuales de Oxford en línea

Prefacio

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004 Tema: Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

2012

Prefacio

Los diccionarios, enciclopedias y obras complementarias están de moda en las publicaciones filosóficas en estos días, y la filosofía del derecho ciertamente tiene su cuota. No era nuestra intención añadir más títulos a la creciente lista. Más bien, queríamos reunir un volumen de trabajo sobre los principales temas de la filosofía del derecho que no solo informara sobre el estado de la cuestión, sino que también contribuyera a él.

Proporcionamos a los autores instrucciones muy simples: dennos su “opinión” sobre el tema elegido.

Lo ideal era que los capítulos abordaran algunos de los principales problemas del campo y algunos de los enfoques más destacados para abordarlos, pero también queríamos que estos estudios sirvieran como puntos de partida para las opiniones de los propios autores. Nos dimos cuenta de que, para completar estas tareas, los autores necesitarían mucha más libertad y espacio que las entradas de enciclopedias o artículos de revistas que suelen permitirse. En consecuencia, permitimos que los autores escribieran

entradas de cualquier tamaño, hasta 15.000 palabras. Aunque la mayoría se mantuvo dentro de ese límite, varios autores se excedieron considerablemente, y dejamos que estos estallidos de exuberancia se mantuvieran.

Por lo tanto, los capítulos no pretenden ser exhaustivos y son intencionalmente distintivos, como lo es el propio *Manual* . Así como los autores no hicieron ningún esfuerzo por cubrir cada tema y posición significativos, tampoco intentamos incluir una entrada sobre cada tema valioso o escuela de pensamiento importante en la filosofía del derecho, y por varias razones. En primer lugar, aunque hemos producido un libro grande de muchas páginas, hubo limitaciones de espacio de todos modos. El tamaño de cada capítulo limitó significativamente el número de entradas que pudimos incluir. En segundo lugar, ciertos temas jurisprudenciales importantes han sido ampliamente explorados en la literatura en los últimos años y no creímos que una cobertura adicional fuera rentable (la jurisprudencia no necesita otro ensayo sobre los fundamentos normativos del derecho y la economía, por ejemplo).

En tercer lugar, algunas personas que se habían comprometido a escribir entradas tuvieron que retirarse en etapas avanzadas del proyecto y las limitaciones de tiempo nos impidieron conseguir un sustituto adecuado.

En conjunto, sin embargo, el proyecto ha resultado sustancialmente tal como lo imaginamos: una colección de ensayos originales sobre los principales temas de la filosofía del derecho escritos por muchos de los más destacados autores. Página 1 de 2

Prefacio

El volumen no sólo recoge gran parte del pasado jurisprudencial, sino que también representa el estado actual de la filosofía del derecho y nos señala varias de las direcciones en las que probablemente se encontrará en el futuro.

(p. vi) Por último, seríamos negligentes si no reconociéramos la contribución de Kenneth Himma al éxito

de este proyecto. Ken comenzó como árbitro "anónimo" del proyecto y pronto se convirtió en editor asociado. Prácticamente todos los envíos que recibíamos se enviaban a Ken para su revisión. Ken respondía con una velocidad asombrosa y proporcionaba a los autores abundantes y perspicaces comentarios sobre el contenido, así como sugerencias útiles sobre el estilo y la presentación.

Es digno de elogio que casi todos los autores, incluidos aquellos que inicialmente se sintieron afectados por sus críticas, nos hayan dicho que los comentarios del árbitro mejoraron sustancialmente su obra. Estamos totalmente de acuerdo.

Julio L. Coleman

Scott Shapiro

Nuevo refugio

Nueva York



Notas sobre los colaboradores

Manuales de Oxford en línea

Notas sobre los colaboradores

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004 Tema: Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

2012

Notas sobre los colaboradores

Larry Alexander, profesor distinguido Warren en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Diego.

Peter Benson, profesor de Derecho en la Universidad de Toronto.

Brian H. Bix, profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Minnesota.

Al en Buchanan, profesor de Filosofía en la Universidad de Arizona.

Jules L. Coleman, Profesor Wesley Newcomb Hohfeld de Jurisprudencia en la Facultad de Derecho de Yale y Profesor de Filosofía en la Universidad de Yale.

Timothy AO Endicott, profesor de derecho en el Balliol College, Oxford.

John Finnis, profesor de Derecho y Filosofía Jurídica en la Universidad de Oxford y profesor Robert y Frances Biolchini en la Facultad de Derecho de Notre Dame.

John Gardner, profesor de Jurisprudencia en la Universidad de Oxford.

Notas sobre los colaboradores

David Golove, profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York.

Leslie Green, profesora de Derecho y Filosofía en la Facultad de Derecho Osgoode Hal y en el Departamento de Filosofía de la Universidad de York, Toronto.

Kent Greenawalt, profesor universitario de la Facultad de Derecho de Columbia.

Kenneth Einar Himma, profesor de Filosofía en la Universidad de Washington.

FM Kamm, Profesor de Filosofía, Medicina (Bioética) y Facultad de Derecho, Universidad de Nueva York.

Jody S. Kraus, profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia.

Christopher Kutz, Profesor Adjunto de Derecho en el Programa de Jurisprudencia y Política Social, Facultad de Derecho Boalt Hal, Universidad de California en Berkeley.

Brian Leiter, profesor de Derecho Charles I. Francis, profesor de Filosofía y director del Programa de Derecho y Filosofía de la Universidad de Texas en Austin.

William Lucy, profesor de Derecho en la Universidad de Keele.

Timothy Macklem, profesor de Derecho en el King's College de Londres.

(p. x) Andrei Marmor, Profesor Asociado en el Centro Interdisciplinario, Hertzlia, Israel, y Profesor Visitante de Largo Plazo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

Gerald J. Postema, Profesor Cary C. Boshamer de Filosofía y Profesor de Derecho en la Universidad de Carolina del Norte en Chapel Hill.

Notas sobre los colaboradores

Arthur Ripstein, profesor de Derecho y Filosofía en la Universidad de Toronto.

Scott J. Shapiro, profesor de Derecho en la Facultad de Derecho Benjamin N. Cardozo, Universidad Yeshiva.

Edward Stein, profesor asociado de Derecho en la Facultad de Derecho Benjamin N. Cardozo, Universidad Yeshiva.

Martin Stone, profesor de Derecho y profesor asociado de Filosofía en la Universidad de Duke.

Jeremy Waldron, profesor de Derecho Maurice e Hilda Friedman y director del Centro de Derecho y Filosofía de la Universidad de Columbia.

Benjamin C. Zipursky, Decano Asociado de Asuntos Académicos y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham.





La ley natural: la tradición clásica

Manuales de Oxford en línea

La ley natural: la tradición clásica

Juan Finnis

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0001

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo explora la teoría del derecho natural como teoría tradicional y luego como teoría moderna. La primera trabaja con la idea del derecho natural pero, a diferencia

de la segunda, no tiene el concepto de derechos naturales o humanos. La teoría clásica del derecho natural ofrece razones para considerar que las descripciones generales del derecho son fructíferas solo si su estructura conceptual básica se deriva de la comprensión de las buenas razones. Este artículo presenta la realidad del derecho, tanto como un "fenómeno social" como un tipo característico de "razón para la acción". Menciona la respuesta a los problemas de la vida social que implica la creación de nuevas normas e instituciones mediante la manipulación del lenguaje y de otros dispositivos convencionales como los sistemas de votación y los límites jurisdiccionales. El análisis de la autoridad subraya la importancia del positivismo para proporcionar una explicación de ella que pueda satisfacer racionalmente a quienes más se preocupan por el derecho. La teoría clásica del derecho natural está abierta al desarrollo y a nuevas perspectivas en todas las dimensiones.

Palabras clave: derecho natural clásico, tradición, derecho natural, fenómeno social, normas, positivismo

Introducción

Podemos hablar de ley siempre que podamos hablar de obligación. De hecho, todavía podemos utilizar la palabra de manera más amplia y hablar de ley(s) siempre que podamos hablar de normatividad, es decir, de instrucciones generales que se consideran importantes, o que tienen derecho a ser importantes, en las deliberaciones sobre qué hacer. Así pues, aunque ciertamente tiene otros significados, "ley" puede utilizarse para referirse a cualquier criterio de juicio correcto en materia de práctica (conducta, acción), a cualquier estándar para evaluar las opciones de conducta humana como buenas o malas, correctas o incorrectas, deseables o indeseables, decentes o indignas. Así es como se utiliza la palabra en el término "ley natural".

Aunque también tiene una variedad de significados, "natural" puede usarse para significar que algunos de esos criterios o estándares1

son de algún modo normativos, anteriores a cualquier elección humana. Según esta concepción, estos estándares

previos no son el producto de una elección o postulación individual o colectiva, y no pueden ser revocados, por mucho que puedan ser **(p. 2)** violados, desafiados o ignorados. La idea es que reconocer estos estándares en las propias deliberaciones es parte de lo que significa ser *razonable* —tanto parte de la razonabilidad como reconocer realidades naturales básicas (la longevidad del mundo, o el flujo unidireccional del tiempo, etc.), o los requisitos de la lógica, o la idoneidad o inadecuación de los medios para fines bien definidos (recetas para pasteles, remedios para la deflación, estrategias para la batalla, circuitos para chips, etc.). Las personas o culturas que no reconocen estos estándares son, en ese sentido, irrazonables, aunque en muchos aspectos sean racionales (véanse las Secciones 10 y 18 más adelante).

La irracionalidad de este tipo es, como dice el dicho, «humana, demasiado humana». Pero, para hablar con más precisión, es una forma de ser menos de lo que una persona humana puede ser. Y no es esta la única razón para calificarla de «antinatural».

El pensamiento y la elección deficientes no sólo impiden que se desarrollen plenamente las capacidades de inteligencia y razonabilidad, sino que también dan lugar a acciones y omisiones que no respetan ni promueven la humanidad y la naturaleza de todos los que las afectan. Una comunidad en la que se violan los criterios con los que identificamos tales fallas no prospera como tal. Página 1 de 39

La ley natural: la tradición clásica

Podría ser así. Sus miembros, ya sean los que actúan (y se abstienen) o los que deberían haberse beneficiado y no perjudicado, no cumplen con sus capacidades. Por típica que sea la situación humana, esa condición es antinatural en la medida en que es irrespetuosa con las personas. Es antinatural *porque* es irrazonable, e irrazonable *porque* descuida el bien de las personas, el bien que es el objeto de las normas de la razón práctica.

"Clásico" puede tomarse normativamente o meramente descriptivamente. Descriptivamente puede significar mera

cronología;

"La teoría clásica del derecho natural" puede no significar más que la teoría que surgió en los "tiempos clásicos"; para nosotros, la antigua Grecia. O la descripción puede ser de evaluación convencional; por lo tanto, "teoría clásica del derecho natural" puede no significar más que la teoría que comúnmente se considera como la versión o subclase de tales teorías que es típica o la que se discute con más frecuencia. O uno puede usar la frase normativamente, para señalar su juicio de que esta teoría o conjunto de ideas, por popular o impopular, descuidada o bien conocida que sea, es realmente sólida y merece ser aceptada como guía para la vida personal y comunitaria. En este capítulo, normalmente uso el término en los tres sentidos a la vez; el peso de mi interés está, por supuesto, en el sentido y la afirmación normativos.

La teoría del derecho natural pretende ser la jurisprudencia (o filosofía jurídica) *adecuada* o *sólida* , y la ética y la teoría política sólidas. Por lo tanto, exploraré la teoría no sólo en la breve sección que sigue, sino también bajo otros veintisiete títulos. ¿Qué tipo de cosas dice la teoría (o diría si se desarrollara de manera consistente) sobre cada uno de los otros veintisiete temas tratados en este *Manual* ? Para esbozar una respuesta a esa pregunta, seguiré el orden del libro, a costa de algunas repeticiones y algunas desviaciones de una secuencia más natural (más coherente, esclarecedora y fructífera) de ideas y cuestiones.

(p. 3) 1 Teoría clásica del derecho natural

La tesis de que, a pesar de la variedad de opiniones y prácticas, existen de hecho algunas normas verdaderas y válidas de conducta correcta fue articulada filosóficamente (de manera reflexiva y crítica) por Platón. En su dialéctica con los escépticos, Platón también consideró apropiado recuperar de ellos las palabras "naturaleza" y "natural". Porque los escépticos sostenían que por naturaleza, naturalmente, los fuertes y egoístas prevalecen sobre aquellos que son débiles o que se debilitan por el cuidado de otras personas, o por promesas, o por sus otras "responsabilidades". Con ingeniosa brillantez, Platón

respondió que tratar de vivir "naturalmente" o "en línea con la ley de la naturaleza" mediante la búsqueda despiadada de los propios deseos de poder u otra satisfacción es autoestultante, incoherente e irrazonable. Por naturaleza, los deseos de uno, ya sean inteligentes (por ejemplo, de conocimiento y amistad), o principalmente emocionales (por ejemplo, de comida sabrosa, sexo, poder, reputación, etc.) necesitan ser gobernados y moderados por los estándares de la razón. Estos criterios van más allá de poner orden en la propia psique, e incluyen el establecimiento y mantenimiento de un buen orden con y entre los semejantes. La justicia en el alma, de hecho en toda la constitución del individuo particular, es la fuente de la justicia en la sociedad, y refleja y se refleja en ella. La naturaleza de la comunidad política es la naturaleza de un individuo humano "en sentido amplio", y viceversa. Los criterios con los que juzgamos al tirano lujurioso como un ser humano malo, un fracaso (así como, y por eso mismo, malvado), son *el derecho natural, la ley natural* . La "ley de la naturaleza" de los escépticos, a pesar de las apariencias (el glamour del mal), es antinatural porque es irrazonable. Tal es el tema del *Gorgias de Platón* , su *República* , sus *Leyes* y otras de sus obras.2

La dialéctica que Platón emprendió con el escepticismo y con los prototipos del utilitarismo y el pragmatismo modernos es una dialéctica que se lleva adelante de manera más o menos continua hasta nuestros días. Su aparato conceptual y sus estrategias argumentativas son empleadas por Aristóteles, Cicerón, Agustín y Tomás de Aquino, por no mencionar las obras de Shakespeare y muchos otros. De hecho, algunos elementos principales de la tradición están presentes en Locke, Kant y Hegel, aunque con concesiones tan importantes al escepticismo sobre la razón práctica que sus teorías ya no pueden ser llamadas clásicas, sino

"moderna". Esta modernidad fue en algunos aspectos un avance respecto de la comprensión clásica y de los órdenes políticos y legales sustentados por teorías más o menos clásicas. Pero en aspectos importantes y fundamentales, la

Las concepciones "modernas" son una regresión a partir de las ideas de Platón, hacia los filósofos y sofistas

presocráticos. Además, se trata de una modernidad que ya está desapareciendo.

Tres puntos introductorios sobre la tradición de la teoría del derecho natural.

1. Su propósito rector es responder a las preguntas paralelas de un individuo consciente o de un grupo o del funcionario responsable de un grupo (por ejemplo, un juez): "¿Qué debo hacer?" **(p. 4)** "¿Qué debemos decidir, promulgar, exigir, promover?" Es cierto que estas preguntas normativas no pueden responderse bien sin un conocimiento sólido e imparcial de los hechos sobre la forma en que funciona el mundo. Por lo tanto, las buenas descripciones, tanto generales como descriptivas, deben ser lo suficientemente precisas.

La ley natural: la tradición clásica

Se necesitan descripciones específicas, pero siguen teniendo un interés secundario y derivado. La preocupación dominante es *juzgar por uno mismo* qué razones son buenas para adoptar o rechazar determinados tipos de opciones. Por tanto, las sociedades y sus leyes e instituciones deben entenderse como las entendería un participante en deliberaciones sobre si hacer o no las elecciones (de acciones, disposiciones, instituciones, prácticas, etc.) que dan forma y constituyen en gran medida la realidad de esa sociedad y determinan su valor o inutilidad. Este punto de vista "interno" es dominante, y los estándares y normas de conducta nunca están constituidos por los hechos de la convención, la costumbre o el consenso (ni por el *hecho* de que la persona que delibera los acepte). "Debe" nunca se puede derivar de "es", salvo en virtud de alguna premisa superior y última del deber. El positivismo, como veremos, no logra satisfacer esta exigencia de la lógica de manera coherente. Pero todo lo que el positivismo desea razonablemente insistir se acomoda de manera clara y coherente a la teoría clásica del derecho natural.

2. La razón por la que la teoría clásica del derecho natural no reduce el deber a es (ya sea por 'deducción'

o de otro modo) es que en sus debates con la superstición precientífica y con las reducciones sofísticas del derecho al poder, se puso en claro acerca de la irreductibilidad entre sí de cuatro tipos de orden, a los que corresponden cuatro tipos de teoría: (i) los órdenes que son lo que son, independientemente de nuestro pensamiento, es decir, la naturaleza, las leyes de la naturaleza y, correspondientemente, las ciencias naturales y la metafísica; (i) el orden que podemos introducir en nuestro pensamiento, y, correspondientemente, los estándares y la disciplina de la lógica; (ii) el orden que podemos introducir en nuestra deliberación, elección y actuación en el horizonte abierto de toda nuestra vida, y, correspondientemente, los estándares de la moralidad y la disciplina reflexiva de la ética; (iv) el orden que podemos introducir en la materia (incluidos nuestros propios cuerpos) sujeto a nuestro poder, como medio para fines relativamente específicos, y correspondientemente las innumerables técnicas, artesanías y tecnologías.3 La moral y la ley natural (en el sentido relevante de ese término) no pueden reducirse ni deducirse de los principios de la ciencia natural o la metafísica, la lógica o cualquier artesanía.

3. Sin embargo, la tradición tiene una comprensión clara de que no se puede afirmar razonablemente la igualdad de los seres humanos, o la universalidad y fuerza vinculante de los derechos humanos, a menos que se reconozca que hay algo en las personas que las distingue radicalmente de las criaturas subracionales y que, antes de cualquier reconocimiento de "estatus", es intrínseco a la realidad fáctica de cada ser humano, adulto o inmaduro, sano o discapacitado.

(p. 5) 2 La tradición moderna de la ley natural

En este caso, «moderno» podría significar «contemporáneo», pero prácticamente todos los que hoy están dispuestos a llamar a su propia obra «teoría de la ley natural» se consideran representantes y desarrolladores de la tradición clásica. Además, rechazan los principios característicos de esa tradición «moderna» que surge en el siglo XVII y que conscientemente deja de lado algunos de

los elementos de la tradición clásica que los teóricos del «nuevo clásico» de hoy aprecian más.

Así pues, seguiré una visión académica convencional: la tradición moderna de la teoría del derecho natural surge claramente en 1660, cuando Samuel Pufendorf publicó en La Haya sus *Elementos de jurisprudencia universal* 4. Los rasgos característicos de este tipo de teoría del derecho natural se pueden estudiar allí, o en el tratado más completo de Pufendorf *Sobre el derecho natural y de la naturaleza. Naciones* (1672),

las Cuestiones relativas al derecho natural de John Locke , que no se han publicado durante mucho tiempo y que datan aparentemente de alrededor de 1660 a 1664. Ambos escritores son claramente derivados en algunos aspectos de Hugo Grocio y en otros de Thomas Hobbes. Muy reveladoramente, Pufendorf describe prominentemente *el De Cive* (1642) de Hobbes (sobre ser ciudadano), que anticipa la sustancia moral y jurisprudencial del *Leviatán* (1651) de Hobbes, más famoso, como "en su mayor parte extremadamente agudo y sólido"7.

De la influyente obra de Grocio *Sobre el derecho de la guerra y de la paz* (1625), Locke y Pufendorf toman la palabra.

La idea, bastante opaca pero muy sorda, de que la moral y los principios básicos de la ley son una cuestión de "conformidad con la naturaleza racional". Estos autores nunca consideran con atención cómo se conoce esta naturaleza y por qué es normativa para cualquiera. Hobbes afrontó y respondió a estas preguntas fundamentales. Pero sus respuestas tratan nuestro razonamiento práctico como si estuviera al servicio de pasiones subracionales como el miedo a la muerte y el deseo de superar a los demás, motivaciones del mismo tipo que la tradición clásica identifica como necesitadas de dirección por la comprensión de nuestra razón de fines más últimos y mejores, de bienes verdaderos e intrínsecos, de razones realmente inteligentes para la acción. Hobbes proclama su desprecio por la búsqueda clásica de fines últimos o razones intrínsecas para la acción. En consecuencia, para él no puede haber cuestión de encontrar la fuente de la

obligación y la ley en el tipo de necesidad que identificamos cuando notamos que se *requieren algunos medios específicos* por y para algún fin que sería irrazonable no juzgar deseable.

La ley natural: la tradición clásica

y **(p. 6)** digna de persecución8. Más bien, la obligación y la ley son definidas, por Hobbes y luego por Locke y Pufendorf, como asuntos de *voluntad superior* .

“No hay ley sin legislador”.9 No hay obligación sin sujeción a la “voluntad de un poder superior”.10 “La definición formal de la ley es: la declaración de una voluntad superior”.1

1 «La regla de nuestras acciones es la voluntad de un poder superior». 12 Estos fundadores de la teoría moderna del derecho natural consideran que estas definiciones y axiomas son aplicables tanto al derecho natural, los principios mismos de la moral, como al derecho positivo de los Estados. 13 De modo que la obligación se «deduce» abiertamente del hecho, del hecho de que tal o cual cosa ha sido querida por un superior. Es cierto que, cuando se trata del derecho natural (la moral), se supone que el superior, Dios, es sabio. Pero a la idea de la sabiduría divina no se le da ningún papel positivo a la hora de explicar por qué los mandatos de Dios crean obligaciones para una conciencia racional. *El derecho de Dios* a legislar se explica, en cambio, por la analogía del puro poder: «¿Quién negará que el barro está sujeto a la voluntad del alfarero y que la vasija puede ser destruida por la misma mano que la moldeó?». 14

Locke, al igual que Hobbes, es inquieta, aunque vagamente, consciente de que "debería" no puede inferirse de "es" sin alguna otra explicación.

'debería'. Es decir, es inquietantemente consciente de que el hecho de que una conducta *haya sido* querida por un superior, o incluso por una de las partes de un contrato, no

explica por qué esa conducta es *ahora* obligatoria, o incluso puede ser *obligatoria* en algún momento.

Por eso a veces piensa en complementar su voluntarismo desnudo (los deberes se explican por actos de voluntad) con la racionalidad de la coherencia lógica: los principios morales fundamentales son tautologías, normas que sería *contradictorio* negar.1

5 Hobbes se había aventurado a dar una explicación similar de la obligatoriedad de su contrato social fundamental, de la sujeción al soberano. Su explicación oficial y destacada era la siguiente: "los tréboles son los triunfos".

(voluntad y poder/fuerza superiores). Pero, para quien no se impresione con la asimilación desnuda de derecho con poder y deber con ser, ofrece otra explicación: es *contradictorio* no cumplir una promesa que uno ha hecho.16

(p. 7) La estrategia de asimilar las normas de la ley natural (moral) con las de la lógica encuentra su principal exponente en Kant, cuya *Metafísica de las costumbres* (1797) es en algunos sentidos la exposición más sofisticada de la teoría moderna de la ley natural. Rechazando oficialmente cualquier reducción del *deber* al *ser* de la voluntad, Kant sostiene que sólo la razón tiene influencia en la deliberación y la acción conscientes. La necesidad racional decisiva para esta influencia es la necesidad lógica de no contradicción, y todos los esfuerzos de Kant por explicar tipos particulares de obligación (promisoria, propietaria, política, marital, etc.) son afirmaciones de que proceder según cualquier otra "máxima de acción" implicaría (auto-

)contradicción.17

Las reducciones kantianas de la racionalidad moral a la lógica fracasan. Estaban destinadas a fracasar, porque su teoría básica carece del concepto de una razón sustantiva para la acción, una razón que no es un juicio verdadero sobre hechos naturales, ni un requerimiento lógico, ni una necesidad técnica de medios eficientes para un fin definido y realizable. Su propósito teórico y práctico es salvar el

contenido de la civilización de los estragos del utilitarismo y el escepticismo. Articula con una fuerza novedosa el principio radicalmente antiutilitario de que uno siempre debe tratar a la humanidad, en uno mismo y en los demás, como un fin y nunca como un mero medio. Pero su propia definición oficial de "humanidad" privaría a este imperativo categórico de su significado. Porque si nuestra humanidad es, como dice él, nuestra racionalidad, y esa racionalidad no tiene contenido directivo salvo el de ser consecuente, no nos queda ni una motivación racional ni una dirección inteligente que puedan contar en la deliberación.

Al final, al igual que Locke y Hume, Kant sigue firmemente aferrado a la suposición de que lo que nos motiva hacia un fin en lugar de otro son nuestras pasiones subracionales. Carece de casi todos los elementos básicos de la teoría clásica del derecho natural, los primeros principios sustantivos -razones básicas para la acción- que nos dirigen hacia la vida corporal y la salud, el matrimonio, la amistad, el conocimiento, etc.,18 como los bienes humanos intrínsecos que nos dan razones (motivaciones inteligentes, no meramente pasionales) para la acción, y que, como aspectos de nuestra humanidad como personas de carne y hueso, deben ser tratados siempre como fines y nunca como meros medios. No puede explicar las obligaciones e instituciones que sí intenta justificar, y mucho menos otras que pasa por alto, como la obligación en justicia de emplear gran parte de la riqueza propia para aliviar las necesidades de los demás. El rechazo oficial de Kant de las reducciones del *deber* al *ser* de la voluntad se ve subvertido por las ambigüedades de su afirmación de que la ley moral es una cuestión de legislación propia, ambigüedades que se vuelven inevitables por la ausencia de cualquier *fin sustantivo* (*razones para* la acción) en su concepción de lo que entiende la razón práctica.19

A mediados del siglo XX se hizo popular distinguir la teoría clásica del derecho natural de la moderna diciendo que la primera trabaja con la idea del *derecho natural.* **(p. 8)** pero, a diferencia de este último, no tiene concepto de *derechos naturales o humanos* . Algunos estudiosos agregaron que el concepto de derechos naturales está inextricablemente ligado al individualismo

La ley natural: la tradición clásica

El voluntarismo de las teorías que intentan —por supuesto en vano, como Hobbes— fundamentar la obligación política en un contrato de lealtad política autoimpuesta, y que a menudo no logran integrar los derechos a la libertad con las obligaciones tanto de autocontrol como de servicio a los demás. Y así, el paso del pensamiento clásico al moderno fue juzgado por algunos como una mera corrupción del pensamiento. Pero una reflexión e investigación más profundas han demostrado que el concepto, si no el idioma, de los derechos naturales o humanos está ciertamente presente en la teoría clásica, y merece un lugar central en cualquier teoría moral y política sólida (véase más adelante la sección 8).

Así, la ruptura entre las teorías de derecho natural "modernas" y "clásicas" debe ubicarse, fundamentalmente, en la pérdida de la visión de los teóricos clásicos de que uno llega a entender la naturaleza humana solo al comprender las capacidades humanas, y estas capacidades a su vez solo al comprender los actos que las actualizan, y esos actos solo al comprender sus "objetos", es decir, los bienes que intentan alcanzar. 20 Esos bienes son las *razones* que tenemos para la acción, y nada en la teoría moral, política o legal se entiende bien excepto al prestar atención a esos bienes con plena atención a su valor intrínseco, las formas en que realizan y perfeccionan a las personas humanas, y su directividad o normatividad para todo pensamiento sobre lo que se debe hacer.

3 Positivismo jurídico excluyente

La noción de que no existen normas de acción salvo las creadas (establecidas, postuladas) por convenciones, mandatos u otros hechos sociales similares era bien conocida por Platón y Aristóteles.2

1 Desarrollar una crítica sostenida de

Cualquier noción de este tipo era un objetivo primordial de estos filósofos y de sus sucesores, como Cicerón. Hoy en día, los promotores de este tipo radical de "positivismo excluyente" son los seguidores, conscientes o

inconscientes, de Nietzsche o de otros que, como él, reducen la ética y la teoría normativa, política o jurídica a una búsqueda de la

La "genealogía" es la fuente histórica inmediata y más profunda (quizás en parte o en su totalidad fisiológica) de los estándares éticos, políticos o legales. Estos estándares tienen su fuente inmediata en los ejercicios de la voluntad de individuos carismáticos o grupos en busca del poder, y su fuente más profunda en los impulsos y compulsiones supuestamente sub-racionales, similares a la voluntad, de dominación, sumisión, resentimiento, etc. Ideas similares sobre la "genealogía de la moral" también se encuentran entre quienes hoy promueven el "pragmatismo" en la teoría legal.

(pág. 9) El positivismo *jurídico* es, en principio, una propuesta más modesta: que el derecho estatal es, o debería estudiarse sistemáticamente como si lo fuera, un conjunto de normas originadas exclusivamente por convenciones, mandatos u otros hechos sociales similares. Tal como lo desarrollaron Bentham, Austin y Kelsen, el positivismo jurídico era oficialmente neutral en cuanto a la cuestión de si, fuera del derecho, existen normas morales cuya directividad (normatividad, autoridad, obligatoriedad) no se explica enteramente por ningún hecho social. Bentham y Austin ciertamente no pensaban que su moralidad utilitarista dependiera para su obligatoriedad de la palabra de alguna persona o grupo, aunque Austin sostenía que todo el contenido de los requisitos morales utilitaristas también está ordenado por Dios. Hasta casi el final de su vida, la teoría oficial de Kelsen —al menos cuando se dedicaba a la filosofía jurídica— era que puede haber verdades morales, pero que, de ser así, están completamente fuera del campo de visión de la ciencia jurídica o la filosofía. Sin embargo, su posición final fue la de un escepticismo moral absoluto o la de un voluntarismo moral puro: las normas morales no podrían ser otra cosa que mandatos de Dios, si Dios existiera. Tal posición era la consumación, no sólo del voluntarismo que recorría toda la teorización de Kelsen sobre el derecho positivo, sino también de todas las teorías anteriores que daban por sentado (véase la sección 2 supra) que el derecho y su obligatoriedad son y deben ser resultado de la voluntad y el

poder coercitivo de un superior. Como sostiene Kelsen, esta posición en última instancia no deja lugar para un requisito de consistencia lógica en el derecho, o para cualquier intento de razonar que una regla general («el asesinato debe ser castigado»), tomada con una proposición fáctica relevante («Smith asesinó a Jones la semana pasada»), puede requerir una conclusión normativa («Smith debe ser castigado»). La única fuente de la normatividad, y por lo tanto de la normatividad de una norma particular, es la positividad, es decir, la voluntad real de esa norma por un superior; la razón, incluso la racionalidad de la lógica y el razonamiento jurídico incontrovertible mediante la subsunción de los hechos bajo las reglas, nunca pueden sustituir a la voluntad.22

Las posiciones finales de Kelsen no pueden ser descartadas como excentricidades, de meramente interés biográfico. Sin embargo, el positivismo jurídico exclusivo defendido hoy por filósofos del derecho como Joseph Raz, es muy diferente.23 Si bien afirma que todo *derecho* se basa en fuentes de hechos sociales y es validado por ellas —la afirmación que lo convierte en positivismo jurídico exclusivo—, también acepta que los jueces pueden tener, y no rara vez tienen, una obligación legal y moral de incluir en su razonamiento judicial principios y normas que son aplicables porque, aunque no son jurídicamente válidos (porque hasta entonces no han sido postulados por ninguna fuente de hechos sociales), son, o son considerados por el juez en cuestión como, *moralmente verdaderos* .

Tal vez alguna norma promulgada esté ordenando al juez decidir ciertos casos de acuerdo a lo que es justo y equitativo.

La ley natural: la tradición clásica

O tal vez el juez considera que cuando la justicia sustantiva está en juego con suficiente urgencia, los jueces tienen derecho a importar la regla moral de justicia cuando no está explícitamente excluida por ninguna regla jurídicamente establecida.

(p. 10) La teoría clásica del derecho natural no rechaza las tesis de que lo que se ha postulado es positivo y lo que no se ha postulado no es positivo. (De hecho, el término mismo de "derecho positivo" fue importado a la filosofía por Aquino, quien también fue el primero en proponer que todo el derecho de una comunidad política puede ser considerado filosóficamente como derecho *positivo* .)24 Pero las tesis necesitan mucha aclaración. ¿Qué significa decir que una regla, principio u otro estándar "ha sido postulado por una fuente de hechos sociales"? ¿Significa lo que Kelsen finalmente entendió que significaba, que nada menos que la articulación expresa de la norma misma en toda su especificidad -y ningún tipo de mera derivación (inferencia) o derivabilidad- será suficiente? Prácticamente no se puede encontrar ningún otro positivista que siga a Kelsen en esto.

Pero si no, ¿qué tipos de coherencia con lo que ha sido articulado específicamente por una fuente de hechos sociales son necesarios y suficientes para que un estándar sea considerado como "postulado"? ¿Con qué criterios se puede responder a esa última pregunta teórica? Es evidente que los teóricos del derecho tienen pocas razones para conformarse con cualquier noción de que la teoría jurídica debería simplemente informar sobre los hechos sociales acerca de lo que ha sido y no ha sido expresamente postulado, mediante actos reales de articulación deliberada, en esta o aquella comunidad. El propio Raz va mucho más allá de un proyecto tan limitado cuando afirma que los tribunales tienen característicamente el deber legal y/o moral de aplicar estándares no legales.

Consideremos ahora el proceso judicial o jurídico de identificar un estándar moral como aquel que cualquiera que juzga un caso dado tiene el deber de aplicar aun cuando no haya sido (todavía) establecido por los hechos sociales de la costumbre, la ley o la sentencia previa. Este estándar moral específico será usualmente una especificación de algún principio muy general como la equidad, de rechazar un trato favorable o desfavorable que es arbitrario cuando se mide por el principio (la Regla de Oro) de que los casos similares deben ser tratados de la misma manera, los casos diferentes de manera diferente, y uno debe hacer por los demás lo que uno quisiera que ellos

hicieran por uno mismo o por aquellos a quienes ya favorece... (ver Sección 10 más abajo). Pero tal especificación —una especificidad— de un principio moral general no puede proceder razonablemente sin una atención minuciosa a la forma en que las clases de personas, cosas y actividades ya son tratadas por la ley indubitablemente establecida. Sin tal atención uno no puede determinar qué casos son iguales y cuáles diferentes, y no puede saber qué clases de personas, actos o cosas ya son favorecidas o desfavorecidas por la ley positiva existente. Por lo tanto, la selección del estándar moralmente correcto, la resolución moralmente correcta del caso en cuestión, sólo puede ser realizada adecuadamente por quienes conocen el derecho (positivo) postulado lo suficientemente bien como para saber qué nuevo estándar de resolución de disputas realmente se ajusta mejor a él que cualquier estándar alternativo. Esta selección, cuando se hace judicialmente, en cierto sentido es "crear" un nuevo derecho. Pero esta responsabilidad judicial, como los jueces se recuerdan regularmente a sí mismos (y los abogados y sus lectores), es significativamente diferente de la autoridad de las legislaturas para promulgar amplias medidas de derogación, hacer clasificaciones novedosas de personas, cosas y actos, y trazar líneas claras de distinción que **(p. 11)** podrían haberse trazado razonablemente de otras maneras. Esta diferencia significativa puede señalarse razonablemente diciendo que el "nuevo" estándar judicialmente adoptado, al estar tan estrechamente controlado por las contingencias del derecho postulado existente, en un sentido importante *ya estaba parte* de la ley.2

5 (Véase también la sección 14 más abajo.) La negativa del positivismo jurídico excluyente a aceptar esa manera de hablar no está adecuadamente fundamentada.

El derecho tiene una doble vida para un juez o un abogado que intenta seguir el razonamiento judicial. Existe como el simple hecho de que ciertas personas han hecho tal o cual cosa en el pasado, y de que ciertas personas aquí y ahora tienen tales o cuales disposiciones para decidir y actuar. Estos hechos proporcionan al positivismo jurídico exclusivo su explicación del derecho de una comunidad.26 Pero el

derecho también existe como normas directivas para las deliberaciones conscientes de aquellos cuya responsabilidad es decidir (hacer justicia) de acuerdo con el derecho. Desde este punto de vista "interno", los hechos sociales de postulación producen a la vez demasiado poco y demasiado. Demasiado poco, porque en los casos de *desarrollo jurídico* del tipo que acabamos de esbozar, esos hechos, aunque nunca sean irrelevantes, deben ser complementados con normas morales que se apliquen porque son verdaderas. Y demasiado, porque a veces las fuentes de hechos sociales producen estándares tan moralmente defectuosos que incluso los jueces que han jurado seguir la ley deberían dejarlos de lado en favor de normas alternativas más consistentes tanto con el principio moral (razonabilidad práctica plena) como con todas aquellas otras partes de la ley postulada que son consistentes con el principio moral.

Sobre la incoherencia y redundancia del positivismo, véase la Sección 7 más adelante.

4 Positivismo jurídico inclusivo

Los positivistas jurídicos inclusivos no están dispuestos a separar la pregunta "¿Cuál es la ley que rige este caso?" de la pregunta "¿Cuál es, según nuestra ley, mi deber como juez en este caso?". Si la ley de un estado, tomada en su conjunto, explícitamente

o autoriza o exige implícitamente a los jueces, en ciertos tipos de casos, que se pregunten qué exige la moralidad en circunstancias de este tipo, entonces el o los estándares morales que responden a esa pregunta —o al menos las conclusiones morales aplicables en tales circunstancias— tienen autoridad tanto legal como moral. El o los estándares morales deben, en esa medida y por esa razón, contarse como parte de nuestro derecho. Están, como dicen algunos, "incluidos" dentro o "incorporados".

El positivista jurídico exclusivo (para recordar) insiste en que **(p. 12)** tales estándares, incluso si controlan el deber de los jueces en tal caso, permanecen fuera de la ley,

excluidos de ella por su falta (al menos hasta ahora) de pedigrí de hechos sociales.

Quienes trabajan en la tradición clásica del derecho natural sospechan que las disputas entre positivistas jurídicos excluyentes e inclusivos son una disputa de demarcación estéril, poco más que una disputa sobre la palabra "derecho" o "sistema jurídico". Como se afirmó al final de la Sección 3, el derecho en general, y el derecho de una comunidad particular, pasada o presente, se pueden considerar provechosamente de una u otra de dos maneras básicas. Se lo puede considerar como un hecho complejo sobre las opiniones y prácticas de un grupo de personas en algún momento, priorizando (generalmente) las creencias y prácticas de aquellos miembros de la comunidad que están profesionalmente interesados en el derecho como jueces, asesores legales, alguaciles, policías, etc. Al describir este hecho complejo, se observará que estas personas tratan la ley como una razón para la acción, y tal vez se describa la ley como lo hacen ellos, como un conjunto de razones (algunas que autorizan, otras que obligan, algunas de ambas cosas) que están sistematizadas por interrelaciones de derivación, restricción interpretativa u otros tipos de interdependencia, y que pretenden brindar una guía coherente. Pero como en última instancia lo que nos interesa son los hechos acerca de las creencias y prácticas de este conjunto de personas, no será necesario hacer juicios acerca de si los estándares del sistema son en verdad coherentes, o si sus reglas más básicas de validación, autorización, origen o reconocimiento dan cuenta satisfactoriamente de los otros estándares del sistema o le dan a alguien una razón verdaderamente razonable y racionalmente suficiente para actuar de una manera específica, ya sea como juez, ciudadano o de otra manera.

Alternativamente, el derecho y la ley de una comunidad particular pueden considerarse precisamente como buenas razones para la acción.

razones verdaderamente buenas y las únicas verdaderamente suficientes que tenemos para actuar (y abstenernos de actuar) son razones morales: eso es lo que significa que una razón sea moral, a los ojos de cualquiera

que intente pensar y actuar con la autonomía, la autodeterminación y la conciencia que la tradición clásica considera centrales.27 Y es obvio que, *para los fines de este tipo de consideración* , nada contará como ley a menos que esté en línea con los requisitos de la moral, tanto positivos como negativos. La moral, por razones que se indicarán (véase la sección 7 más adelante), requiere que nos preocupemos por hacer, ejecutar, cumplir y mantener leyes positivas, basadas en hechos sociales y con pedigrí, y que las mantengamos coherentes entre sí. Estas leyes positivas agregan algo, de hecho mucho, a las directivas inherentes de la moral. Lo que se añade es específico de la comunidad, el tiempo y el lugar en cuestión, aunque sea, como sin duda debería ser a menudo, el mismo en contenido que los estándares de derecho positivo de otras comunidades específicas sobre los asuntos pertinentes.

La teoría clásica del derecho natural se ocupa principalmente de este segundo tipo de investigación, pero respeta las consideraciones descriptivas, históricas y "sociológicas" del primer tipo y busca sacar provecho de ellas. La teoría clásica del derecho natural también, como veremos (sección 5 más adelante), ofrece razones para considerar que las descripciones *generales* del derecho **(pág. 13)** son fructíferas sólo si su estructura conceptual básica se deriva, de manera consciente y crítica, de esa comprensión de las *buenas razones* que las investigaciones del segundo tipo se esfuerzan por alcanzar mediante el debate abierto y la evaluación crítica.

Cualquiera que haga y se adhiera firmemente a esta distinción básica entre investigaciones sobre lo que *es* (o *fue* , o *es) Probablemente*) y las investigaciones sobre lo que *debería* ser notarán que gran parte del debate entre los positivistas legales surge de, o al menos implica, una falta de atención a la distinción. De hecho, gran parte de la literatura jurisprudencial contemporánea oscila entre lo rigurosamente descriptivo ("externo" a la conciencia) y lo rigurosamente normativo ("interno" a la conciencia), ofreciendo diversas pero siempre incoherentes mezclas de los dos. Una comprensión rigurosamente descriptiva del derecho de Ruritania no puede hacer más que informar que es ampliamente aceptado o de alguna otra manera *aceptado* en Ruritania que en ciertas circunstancias los

jueces deben resolver los casos aplicando estándares que juzgan moralmente verdaderos aunque no tengan pedigrí, es decir, hasta ahora no certificados por ninguna fuente de derecho de hechos sociales.

Supongamos que la regla de reconocimiento así enunciada incluye en sus propios términos la declaración de que cualquier norma sin pedigrí que los jueces están obligados o autorizados a aplicar por esta regla de reconocimiento (porque la consideran moralmente verdadera) será tomada y declarada por los jueces como *parte integral del derecho de la comunidad* .

¿Qué razón tienen los positivistas exclusivistas para decir que tal regla de reconocimiento es de algún modo falsa a la naturaleza del derecho?

Supongamos, por otra parte, que la regla de reconocimiento de Ruritania estipula (*a*) que bajo ciertas condiciones su

Los jueces están *obligados* a aplicar un estándar sin pedigrí porque lo consideran *moralmente verdadero* , pero también (*b*) que al hacerlo deben tratar ese estándar *no* como una *parte integral* de la ley de Ruritania, sino más bien como análogo a aquellas reglas de estados extranjeros que son aplicables en los tribunales de Ruritania en virtud de las reglas de elección de la ley en la ley de conflictos de leyes de Ruritania. (La estipulación (*b*) bien podría tener consecuencias legales, por ejemplo, en casos relacionados con la aplicabilidad retroactiva del estándar, o su uso para evaluar si ha habido un "error de derecho" a los efectos de las reglas de limitación de la acción o restitución). ¿Qué razón tienen los positivistas legales inclusivos para decir que la parte (*b*) de tal regla de reconocimiento es de alguna manera falsa a la naturaleza del derecho?

¿Puede una disputa entre "ismos" rivales en filosofía jurídica tener un contenido teórico serio si pudiera verse afectada por lo que una comunidad particular declara ser su derecho? Ninguna verdad sobre el derecho parece estar sistemáticamente en juego en las disputas contemporáneas

entre positivistas jurídicos excluyentes e inclusivos. La disputa central no parece digna de ser investigada. Siempre que uno se exprese con claridad y sin ambigüedades ante sus lectores, no importa en absoluto si uno define el derecho positivo como (*a*) todos y sólo los estándares de pedigrí o como (*b*) todos y sólo los estándares aplicables por los jueces que actúan como tales. Cualquiera de las dos definiciones tiene sus ventajas e inconvenientes. Considerar como derecho sólo (*a*) lo que ha sido pedigrí tiene los inconvenientes ya mencionados: la relación entre el deber legal y el deber de los tribunales parece caer fuera de la "ciencia" o "filosofía" *del derecho* , y no parece haber manera de especificar con precisión qué cuenta como "pedigrí" ("derivado", "derivable", etc.) salvo la amputación tardía de Kelsen de la mayor parte del pensamiento jurídico **(p. 14)** y del método (es decir, todo razonamiento de un estándar a otro, o de la consistencia sistemática) en virtud de la demanda de que haya un acto específico de voluntad para pedigríizar todas y cada una de las proposiciones del derecho. Considerar como derecho (*b*) cualquier estándar que los tribunales tienen el deber judicial de hacer cumplir tiene el inconveniente de que no se puede hacer bien -crítica y suficientemente- sin emprender precisamente la tarea, y seguir sustancialmente la ruta, de la teoría clásica del derecho natural.

La "positividad" del derecho fue articulada, adoptada y explicada por primera vez por los teóricos clásicos del derecho natural.28 El positivismo jurídico *se* identifica a sí mismo como un desafío a las teorías del derecho natural. Ha tenido, digamos, 225 años29 para hacer inteligible su desafío. Lo mejor que sus exponentes contemporáneos pueden ofrecer como declaración de su desafío parece ser: "no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad".30 Pero la teoría clásica del derecho natural siempre ha afirmado con entusiasmo esa declaración. Algunas *leyes* son completamente injustas, completamente inmorales; el hecho de que algo sea declarado o promulgado como ley por las fuentes sociales autorizadas o reconocidas como fuentes de derecho válido de ninguna manera implica que sea (o sea considerado por alguien como) moralmente aceptable o que sea relevante para una consideración de las responsabilidades morales de alguien (ya sea en verdad o de acuerdo con alguna comprensión

convencional o idiosincrásica). No hay una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad o la responsabilidad moral. La afirmación de que las teorías del derecho natural pasan por alto algunos de los hechos sociales relevantes para el derecho es simplemente y demostrablemente falsa.

Así pues, la afirmación que pretende definir el positivismo jurídico necesita urgentemente una aclaración (véase más adelante la sección 7). Más fundamental aún, no es posible una aclaración genuina sin considerar *ambos* términos de la supuesta disyunción: derecho *y moralidad*. No se podría afirmar racionalmente que *no* existe una conexión necesaria, en ningún sentido relevante de "conexión" y "necesidad", sin prestar una atención constante y crítica a *lo que la moralidad tiene que decir* sobre el derecho, ya sea en general o como derecho de comunidades particulares. ¿Qué base hay para afirmar, implicar o permitir que se piense que los abogados, jueces y otros ciudadanos o sujetos de derecho no deberían, o no necesitan, preocuparse -precisamente cuando consideran cómo el derecho afecta a sus responsabilidades **(p. 15)** como abogados y demás- por la cuestión de qué tiene que decir *la moralidad* sobre el derecho y sobre qué tiene *derecho* a considerarse derecho? ¿Y dónde va a encontrar un estudiante de derecho una atención tan constante y crítica a la moral en lo que respecta al derecho, a la idea misma del derecho y a las leyes particulares, sino en una investigación que, cualquiera sea su etiqueta, se extienda tan ambiciosamente como la teoría clásica del derecho natural?

Si se quiere ser "positivista", "rigurosamente descriptivo" acerca del derecho como una especie de hecho social, es mejor ser positivista, rigurosamente descriptivo, también acerca de la moral. Es un descuido por parte de los "positivistas jurídicos inclusivos" suponer que cualquier sistema jurídico cuyas fuentes de pedigrí remiten a sus jueces a la "moralidad" ("justicia", etc.) es un sistema jurídico que incluye *la moral* . Lo que ese sistema jurídico, considerado descriptivamente, incluye es lo que esa comunidad o esos jueces piensan que es moral, un conjunto de creencias que, consideradas moralmente, pueden muy bien ser radicalmente inmorales. No hay un punto

intermedio, como parecen suponer los positivistas jurídicos inclusivos, entre considerar el derecho y la moral como hechos sociales (como *creencias acerca de* razones para la acción y prácticas correspondientes a esas creencias) y considerarlos como razones para la acción (razones genuinas).3

razones genuinas de la acción, las leyes positivas son hechos sociales que cuentan como razones —como leyes positivas— precisamente en la medida en que la moral hace contar sus fuentes sociales y su contenido de hecho social.

La ley natural: la tradición clásica

5 Metodología

Hay mucha incertidumbre en la jurisprudencia contemporánea acerca de si su objeto es (*a*) el *concepto* de derecho, o más bien (*b*) el derecho como una realidad social y/o como una especie de razón para la acción, de los cuales las personas, incluidos los teóricos, tienen conceptos más o menos adecuados.32 El texto paradigmático de la teoría jurídica de finales del siglo XX se llama *The Concepto de derecho* .33 Pero a pesar del artículo definido ('el'), el libro de Hart da por sentado que existen muchos conceptos de derecho, e incluso del derecho de los sofisticados Estados nacionales. El libro no intenta ni por un momento establecer que existe en algunas comunidades, grandes o **pequeñas** , un concepto de derecho que merezca ser llamado 'el' concepto de derecho. En cambio, se ocupa de la realidad del derecho, tanto como un 'fenómeno social' y como un tipo característico de 'razón para la acción', y -con un éxito notable aunque incompleto- busca con ello llegar a una 'comprensión mejorada', un *mejor concepto* , del derecho. Hart podría haber llamado con más precisión, aunque menos elegantemente, a su libro *Un nuevo y mejorado concepto de derecho* .

Esta incertidumbre sobre el objeto de estudio es una incertidumbre sobre el método. Una de las causas de la incertidumbre es que, como se dijo en la Sección 3 anterior, el derecho tiene una doble vida. Más

precisamente, está el derecho que existe como hechos comunicables acerca de las ideas y prácticas de una comunidad. Y está el derecho que es un conjunto de razones para la acción que cuentan en las deliberaciones de alguien que, en las circunstancias de una comunidad particular, está deliberando con plena razonabilidad acerca de qué hacer. Para esa persona, una supuesta razón es una *razón* sólo si es una razón que es *buena* precisamente como razón. De manera similar, para los lógicos un argumento inválido en favor de una conclusión *no es* un argumento, no es una razón para afirmar la conclusión. Sin duda, las razones que llamamos nuestro derecho están profundamente y en casi todos los detalles moldeadas por las ideas y prácticas presentes y pasadas de nuestra comunidad. Pero lo que hace que una razón sea una buena razón para la acción, en último análisis, nunca puede ser un hecho, como los hechos acerca de lo que una determinada comunidad hace o piensa. No *hay un deber* a partir de un mero *ser* . Así pues, una vez más (véanse las secciones 3 y 4), hay dos tipos distintos de investigación valiosa sobre el derecho, no uno solo. Hay una investigación sobre el derecho *como* cuestión de hecho, es decir, sobre lo que de hecho, razonable o irrazonablemente, se considera derecho en comunidades y subcomunidades particulares. Y hay una investigación sobre las leyes *como* razones (= buenas razones) para actuar, por ejemplo, como juez.

Por supuesto, es posible comprender y describir las razones de una persona o de un pueblo para actuar sin que uno mismo las considere razones sólidas. Se puede "adoptar" el punto de vista de otro sin "apoyarlo", describir evaluaciones sin evaluar, etcétera. Pero si uno aspira a decir algo *general* sobre los asuntos humanos y a ir más allá de un noticiero interminable, una lista y reproducción de las ideas de otras personas en su idioma conceptual, debe juzgar qué conceptos iluminan mejor la situación humana y qué supuestas razones para actuar son más importantes para comprender la conducta y las oportunidades humanas. ¿Se merece *cualquier* idea de ley su lugar en los relatos generales de los asuntos humanos, o debería ser reemplazada, en tales relatos, por un concepto como la dominación, la socialización o las relaciones de producción y consumo? Y si se merece su lugar, ¿por qué y en qué forma? ¿El mando de los superiores? ¿Las reglas

para una supervivencia eficiente? ¿O para la resolución de disputas? ¿O para el bien común? Y así sucesivamente.

La teoría clásica del derecho natural, como lo deja claro la obra de Aristóteles, considera que el método adecuado en las ciencias sociales, incluida la teoría política de la que forma parte la teoría jurídica (véase la sección 6), requiere que la selección de conceptos para su uso en descripciones y explicaciones generales se guíe por los mismos criterios que el teórico emplea cuando juzga lo que es *bueno* para una sociedad (y, por lo tanto, también lo que es *malo* para ella), es decir, cuando juzga cuáles son las buenas razones para las acciones en los tipos de situaciones que encuentra y en la propia sociedad del teórico. Existe, por lo tanto, una dependencia inherente, aunque a menudo no reconocida **(p. 17),** de la teoría social general descriptiva (como *The Concepto de Derecho*) sobre las valoraciones conscientes de la persona que ahora no está deliberando sino teorizando (describiendo, explicando, analizando).

A pesar de las afirmaciones de Hart sobre la neutralidad descriptiva o la libertad de valores, su método actual verifica abundantemente lo que afirma la teoría clásica. La descripción y la explicación *generales* dependen necesariamente de evaluaciones que se supone que comparten el escritor y el lector. Hart procede acertadamente en cada punto identificando funciones sociales, beneficios, ventajas, defectos y sus remedios, etc. Sin estas apelaciones al valor, a las buenas razones para la acción, sus argumentos contra las teorías descriptivas y explicativas rivales del derecho difícilmente podrían comenzar, y mucho menos tener éxito. No hay motivos para pensar que podría ser de otra manera. La historia de las teorías jurídicas que, como las de Bentham o Kelsen, intentaron basarse en hechos desnudos es una historia de definiciones que logran combinar la arbitrariedad con la falta de poder explicativo.34 Y no tenemos por qué aceptar la afirmación de Raz3

5 que podemos venir

Para conocer la "naturaleza esencial" o las "propiedades esenciales" del derecho sin considerar qué tipo de otras reglas, instituciones o, en general, arreglos sociales y

razones correspondientes para la acción, sería valioso

tienen que superar o aliviar los males de la anarquía, la tiranía y el "gobierno de los hombres". Ni su afirmación equivalente de que

'la ley tiene' su naturaleza o propiedades esenciales de otra manera que en virtud de las exigencias de la razón práctica, es decir, de las razones que hay para la acción: los bienes humanos.

Los conceptos clásicos de analogía y significado focal, utilizados extensamente por Platón y articulados por Aristóteles y Aquino, permiten que la teoría proceda sobre esta base sin suprimir o incluso oscurecer ninguno de los males, desviaciones, perversiones y prácticas o instituciones viciosas que desfiguran los asuntos humanos. Los ejemplos inmaduros, decadentes, parásitos y moralmente corrompidos de constituciones, amistades o sistemas legales no pueden forzar un debilitamiento de la explicación de los buenos tipos de constitución, amistad, ley, etc., pero aparecen en la explicación, no obstante, como lo que son: no como constituciones, leyes, etc. *en su totalidad , no como casos centrales de* **(p.**

18) esos tipos de realidad humana y de propósito humano, y no dentro del significado focal de esos términos.36

Este método se utiliza en todo mi *libro Derecho natural y derechos naturales* : véase especialmente la definición de ley y mi explicación de las formas en que llegar a tal definición difiere de "describir un concepto". El método clásico se reivindica en términos generales en el capítulo 1 de ese libro, y su relación con los notables errores de interpretación cometidos por los positivistas cuando examinan textos clásicos se explica en el penúltimo capítulo (sobre leyes injustas).

6 Sobre la relación entre filosofía jurídica y política

El tratamiento que Aristóteles hace del derecho aparece en ambas partes de su «filosofía de los asuntos humanos»: en el libro V de su *Ética* , en el libro II y en otras partes de su *Política* , y como tema de su cuidadoso pasaje puente entre los dos tratados (las páginas finales de *la Ética* , libro X). El tratamiento principal de Aquino aparece en dos partes prominentes de su vasto tratado sobre la autodeterminación humana (parte I de su *Summa Theologiae*): un tratamiento dedicado a más de cuarenta cuestiones sobre el derecho como una especie de guía para la coordinación (qq. 90-7 de la parte II), y un tratamiento de los derechos, la adjudicación y muchos aspectos relacionados con la justicia (en medio de la parte I-I, esp. qq. 57-71).

Como sugieren estos análisis y síntesis, tanto la filosofía jurídica como la filosofía política son partes de una empresa más amplia, ninguna de cuyas partes puede emprenderse con seguridad sin prestar cierta atención a las demás y al carácter del conjunto. Esa empresa más amplia podría caracterizarse como lo hace Aristóteles: "filosofía de los asuntos humanos". O, más concretamente, como lo hace Tomás de Aquino: el estudio de la acción humana como autodeterminada y autodeterminante. Ninguna de estas caracterizaciones excluye en modo alguno el análisis de aquellos aspectos de la constitución, la motivación y la conducta humanas que son biológicos, fisiológicos y, en muchos aspectos, similares a la vida de otros animales y organismos. Pero al centrarse específicamente en las implicaciones de *la libertad humana de elección* , Aquino está poniendo directamente sobre la mesa, para el análisis crítico y la apropiación **(p. 19) ,** esa característica de la realidad humana que da sentido a la preocupación distintiva de la filosofía práctica por entender la acción desde "el punto de vista interno", es decir, precisamente como la acción es entendida por la persona que actúa que delibera, identifica opciones inteligentes, elige y lleva a cabo con éxito o sin éxito la(s) intención(es) así adoptadas.

Quienes deliberan así con inteligencia, honestidad y preocupación sobre lo que hay que hacer encuentran buenas razones para respetar y promover el bienestar no sólo de ellos mismos, sino también de los miembros de su

familia, de su vecindario y de sus asociados y asociaciones económicas. El análisis crítico y reflexivo de esas razones es lo que Aristóteles llamó ética. En primer lugar, se trata de la ética que se centra en el núcleo de la autodeterminación, la virtud o la maldad, etc., de un individuo. Este enfoque tiende a abstraerse un poco de la gama completa de asociaciones *interpersonales* cuyo florecimiento es intrínseco, no meramente instrumental, al bienestar de cualquier individuo. De modo que el estudio de las ideas éticas de, por ejemplo, la justicia o el matrimonio, se amplía a la filosofía práctica de los hogares, su "economía" y su relación con la red más amplia de relaciones económicas que, siguiendo a Aristóteles, llamamos economía. Pero el razonamiento sobre qué hacer -sobre lo que cada uno debería considerar una responsabilidad- no puede quedarse ahí. Los problemas de justicia entre las partes contratantes (incluidos los cónyuges), entre el causante y el perjudicado (incluidos los padres y los hijos), entre el propietario y el intruso, etc., y, de modo similar, los problemas de coordinación de la acción —ya sea para la defensa de toda la red de vecindarios y asociaciones, o para facilitar el intercambio, la empresa productiva y la distribución justa de la riqueza— requieren la institución y el mantenimiento de una asociación que abarque a todo el mundo, del tipo que llamamos comunidad política o Estado. La filosofía ética, sin ningún cambio esencial en su propósito y método normativos y de búsqueda de buenas razones, se extiende a la filosofía política. Y dado que los problemas de administración de justicia y de coordinación para la defensa y el bienestar económico no pueden resolverse razonablemente, la filosofía ética se extiende a la filosofía política.

La ley natural: la tradición clásica

Sin nuevas normas de conducta, nuevos procedimientos para hacer cumplir los requisitos perennes de la moral y nuevos procedimientos para introducir y mantener esas nuevas normas y procedimientos de manera adecuada, la filosofía política debe incluir una teoría del derecho.

En la medida en que se trata de reconocer razones genuinamente buenas para la acción, la filosofía de la

política y del derecho no puede sino ser tan normativa como la ética misma, de la que es una extensión especializada. Sin embargo, en la medida en que la ética es una cuestión de formas razonables de pensar, tanto la ética en general como la filosofía política y jurídica en particular se basan en la lógica, una disciplina distinta porque más amplia. De manera similar, en la medida en que la ética y el resto de la filosofía práctica guían la conducta de las personas de carne y hueso, también se basan en la comprensión de la naturaleza que llamamos ciencia y que los aristotélicos solían llamar filosofía natural. Y finalmente, en la medida en que la respuesta éticamente justificada del derecho a los problemas de la vida social mencionados en el párrafo anterior implica la *creación* de nuevas normas e instituciones mediante la manipulación del lenguaje y de otros dispositivos convencionales como los sistemas de votación, los límites jurisdiccionales, etc., la filosofía jurídica tiene el carácter de otras "artes" no éticas: técnicas y **tecnologías** para alcanzar objetivos mucho más limitados que el horizonte ilimitado del bien humano de la ética. Así como las tecnologías no pueden reducirse a la ética (ni las tecnologías y la ética a la lógica o a las ciencias naturales), la teoría jurídica no puede reducirse sin resto a la ética o a la filosofía política en general.

El "realismo jurídico" tiende a reducir su objeto y método a la ciencia natural. La teoría jurídica kantiana tiende a reducir su objeto y método a la lógica. Los positivismos de diversos tipos, en la medida en que no sean simplemente incoherentes (véanse las secciones 4 y 7), reducen la teoría jurídica a una especie de tecnología. La teoría del derecho natural intenta evitar todos estos tipos de reduccionismo. Y su pieza central es su explicación de por qué y cómo el derecho, aunque depende de su razonabilidad ética para su valor y su normatividad o autoridad, *no puede reducirse a La ética* , o cualquier deducción de la ética, es en gran parte una creación genuina, completamente positiva. Esa estrategia de explicación se esboza en la siguiente sección.

7 Autoridad

Ahora podemos ver el problema que plantea la teoría de la autoridad del jurista natural, pues para que una norma sea ley, debe ser exigida por la moral. La moral tiene autoridad

en el sentido de que el hecho de que una norma sea un requisito de la moral da a los agentes una razón (quizás imperiosa) para cumplirla. Si la moral tiene autoridad y las normas jurídicas son necesariamente morales, entonces el derecho también tiene autoridad.

Sin embargo, este argumento en favor de la autoridad de la ley es en realidad fatal para ella, porque hace que la autoridad de la ley sea redundante con respecto a la de la moral. ... si todos los requisitos legales son también requisitos morales (como lo sostendría el jurista natural), entonces el hecho de que una norma sea una norma de derecho no proporciona a los ciudadanos una razón adicional para actuar. La teoría del derecho natural, entonces, no logra dar cuenta de la autoridad de la ley.37

La crítica fracasa por completo. Ninguna teoría del derecho basada en el derecho natural ha afirmado jamás que «para ser derecho, una norma debe ser exigida por la moral» o que «todos los requisitos jurídicos también lo son», independientemente de que se los postule válidamente como derecho.

—'requerimientos morales'. Los teóricos del derecho natural sostienen que el contenido de una norma jurídica justa y válidamente promulgada, como

"No exceder los 56 km/h en las calles de la ciudad" *no es* un requisito moral hasta que la autoridad legal con jurisdicción (autoridad legal) lo postule válidamente. La pieza central de la teoría del derecho basada en el derecho natural es su explicación de cómo la creación **(p. 21)** de una ley "puramente positiva" puede crear obligaciones morales que *no* existían hasta el momento de su promulgación. Desafortunadamente, el error de Coleman y Leiter, por muy profundo que sea, tiene muchos precedentes. Kelsen, en particular, solía afirmar que, según la teoría del derecho natural, la ley positiva es una mera "copia" de la ley natural y

'simplemente reproduce la ley verdadera que de alguna manera ya existe'; se ha demostrado que la afirmación es una mera farsa.38 Al igual que Coleman y Leiter, Kelsen no citó ningún texto para apoyar sus afirmaciones sobre lo que

dice la teoría del derecho natural, porque (como tuvo la oportunidad de saber) no se podía citar ninguno.

Como ilustran abundantemente los cincuenta y cinco años de jurisprudencia de Kelsen, los esfuerzos del positivismo por explicar la autoridad de la ley están condenados al fracaso. Porque, como bien dicen Coleman y Leiter, "una autoridad práctica es una persona o institución cuyas directivas proporcionan a los individuos *una razón para* actuar (en cumplimiento de esos dictados)";39 y podrían haber añadido, una razón que no sea meramente una réplica, para cada individuo, de las "razones prudenciales" egoístas de ese individuo para actuar de esa manera. Pero, como deberían (pero no lo hacen) reconocer, ningún hecho, por complejo que sea, puede por sí mismo proporcionar una *razón para* actuar, y mucho menos un *deber* del tipo que podría hablar con autoridad en contra del interés propio de un individuo. (Para repetir, la "autoridad" que no hace más que rastrear el "yo quiero" del interés propio es redundante para la página 11 de 39

La ley natural: la tradición clásica

(El positivismo no puede *formular un deber* a partir de un mero ser . Por lo tanto, puesto que el positivismo se enorgullece de tratar sólo con hechos, se priva de la única *fuente concebible* de razones para la acción (deberes), a saber, los valores verdaderos e intrínsecos (los bienes humanos básicos y los primeros principios proposicionales de la razón práctica que nos dirigen hacia esos bienes como algo que se debe perseguir y señalan lo que los daña como algo que se debe evitar).

La incoherencia del positivismo —su incapacidad inherente y autoimpuesta para tener éxito en la tarea explicativa que se propone— queda muy bien ilustrada por el esfuerzo de Coleman y Leiter de explicar "la autoridad de la regla de reconocimiento".40 Ellos introducen esta explicación con la observación de que "todos reconocemos casos de leyes vinculantes que son moralmente reprensibles (por ejemplo, las leyes que apoyaron el apartheid en Sudáfrica)".4

1 Para que podamos comprobar cómodamente sus explicaciones.

de esta obligatoriedad, de esta autoridad, al preguntar cómo tales explicaciones podían figurar en las deliberaciones de un funcionario (digamos Nelson Mandela cuando ejercía como abogado de la Corte Suprema) en Sudáfrica en aquellos días.

Mandela (imaginemos) pregunta a Coleman y Leiter *por qué* (y si) la regla sudafricana de reconocimiento, que él sabe que es el contenido proposicional de las actitudes que acompañan y respaldan el hecho masivo de la conducta oficial convergente en Sudáfrica, le da una razón para la acción de un tipo que podría juzgar razonablemente autoritativo. ¿Cómo hace este hecho de la conducta oficial convergente, pregunta, que la ley no sea simplemente *aceptada? ¿Tan* legal y autoritario como ley, pero realmente *autoritario como ley* para él o para cualquier otra persona que reconoce su injusticia?

Coleman y Leiter **(p. 22)** es la siguiente: (1) A menudo, su interés personal requiere que usted coordine su comportamiento con el de estos funcionarios o con el de otras personas que, de hecho, están actuando en línea con esos funcionarios. (Pero Mandela está preguntando por instrucciones autorizadas, no por guías para el interés personal. El interés personal requiere la cooperación con los gángsters locales, pero sus instrucciones no son autoritarias.) (2) Además, si usted piensa que esos funcionarios están tratando de hacer lo que exige la moralidad, tiene motivos para seguir su ejemplo. (Mandela no pensará así, y tendrá razón.) (3) Usted puede "creer que la regla de reconocimiento proporciona algo así como los estándares correctos para evaluar la validez de las normas subordinadas a ella". 42 (Y no lo cree con razón.) (4) "... aparte de [sus] opiniones sobre los méritos sustantivos de la regla de reconocimiento en sí... [e]l evitar la confusión y el caos, así como las condiciones de estabilidad liberal, requieren coordinación entre los funcionarios". Aquí, por fin, Coleman y Leiter ofrecen una razón del tipo pertinente, una razón que podría debatirse racionalmente al ser confrontada con razones del mismo tipo.

El requisito que se afirma en la frase citada va mucho más allá del "hecho de la conducta convergente"; reconoce evaluaciones sólidas del orden, la paz y la justicia

("liberalismo"); de hecho, no es nada si no un requisito moral. Es *posible* explicar la autoridad de la ley sólo si se reconoce la "tesis de la separabilidad" 43 como un equívoco entre las tesis defendibles e indefendibles, y la tesis "positivista" preferida por Coleman y Leiter.

En la jurisprudencia, hay un nombre para una teoría del derecho que se propone identificar y debatir, abierta y críticamente, los principios y requisitos morales que responden a la petición *de las personas que deliberan* de que se les muestre por qué una norma jurídica, válidamente promulgada, es vinculante y autoritativa *para ellas* , precisamente como derecho. Ese nombre, para bien o para mal, es "teoría del derecho natural".

Coleman y Leiter podrían replicar que estoy confundiendo la autoridad legal con la moral. Pero esta respuesta depende de la visión errónea —que, como hemos visto, ellos sostienen rotundamente— de que el derecho positivo tal como se entiende en la teoría del derecho natural no agrega nada a los requisitos morales preexistentes. Una vez que reconocemos que muchos requisitos legales (¡no todos!) no serían requisitos morales a menos que fueran creados legalmente de acuerdo con los propios criterios de validez legal del derecho, podemos ver fácilmente el sentido de decir que la autoridad del derecho, en el sentido focal de la

"Autoridad" no es otra cosa que su autoridad moral. Para repetir, la mayoría de nuestras leyes no tendrían autoridad moral a menos que fueran leyes positivas y legalmente válidas. De modo que su autoridad moral es también una verdadera autoridad *legal* . Las leyes que, debido a su injusticia, carecen de autoridad moral, no son legalmente autoritarias en el sentido focal de "autoridad". Su "autoridad" no es, al fin y al cabo, más que la "autoridad" del Sindicato, de gente poderosa que puede *obligarte* a cumplir con su voluntad so pena de consecuencias desagradables, pero que no puede crear lo que cualquier persona que se respete consideraría una obligación genuina. (Véase también la sección 13 más abajo.) **(p. 23)** La estrategia central de la teoría del derecho natural para explicar la autoridad de la ley apunta a la subdeterminación (que está muy lejos de ser pura indeterminación) de la

mayoría, si no de todos, los requisitos de la razón práctica en el campo de la autodeterminación abierta (no meramente tecnológica) de los individuos y las sociedades. De hecho, cuanto más benévolas e inteligentes sean las personas, más se les ocurrirán esquemas buenos pero incompatibles (no compatibles) de coordinación social (incluida siempre la coordinación "negativa" de tolerancias mutuas) en el nivel político: propiedad, moneda, defensa, procedimiento legal, etc. Como la unanimidad sobre los méritos de esquemas particulares es prácticamente imposible, pero se requiere la coordinación en torno a *algunos* esquemas para el bien común (justicia, paz, bienestar), estas buenas personas tienen razones suficientes para reconocer la autoridad, es decir, una autoridad aceptada y aceptable.

La ley natural: la tradición clásica

procedimiento para seleccionar esquemas particulares de coordinación con los cuales, una vez seleccionados, cada miembro razonable de la comunidad está moralmente obligado a cooperar *precisamente porque han sido seleccionado* —es decir, precisamente como *jurídicamente* obligatorio para la conciencia moral y decente.

De ahí la independencia del contenido y la perentoriedad que Hart, en su obra tardía, reconoció acertadamente como características de las razones jurídicas para la acción y como la esencia de su autoridad. Y, como muestra la explicación, esta independencia del contenido y perentoriedad no son ni incondicionales ni exentas de excepciones.

Un grado suficiente de injusticia en el contenido anulará la perentoriedad de la conciencia. *Con el permiso* de Coleman y Leiter, las leyes de Sudáfrica, o algunas de ellas, no eran vinculantes, aunque *se las consideraba, trataba y aplicaba ampliamente como* vinculantes. El positivismo nunca va más allá de informar sobre actitudes y conductas convergentes (tal vez las actitudes sofisticadas y articuladas que constituyen un conjunto de reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación). No tiene nada que decir a los funcionarios o ciudadanos privados que quieren juzgar si, cuándo y por qué, la autoridad y la obligatoriedad

reclamadas y *aplicadas* por quienes *actúan como* funcionarios de un sistema legal, y por sus directivas, son de hecho *razones autorizadas* para su propia acción consciente. El positivismo, en este punto, no hace más que repetir (i) lo que cualquier abogado competente —incluido todo partidario competente de la teoría del derecho natural — diría que son (o no son) leyes válidas intrasistémicamente, que imponen "requisitos legales" y (i) lo que cualquier observador astuto advertiría que son las consecuencias probables del incumplimiento. No puede explicar la autoridad, para la conciencia de un funcionario o de un ciudadano particular (juicio racional último), de estos supuestos e impuestos requisitos, ni su falta de tal autoridad cuando son radicalmente injustos. El positivismo no sólo es incoherente. También es redundante.

A pesar de toda su sofisticación, los positivismos jurídicos contemporáneos se encuentran esencialmente en la posición adoptada por Austin en su brutal *e irrelevante* explicación de la autoridad de las leyes perversas: si digo que las leyes gravemente contrarias a la moral no son vinculantes, "el Tribunal de Justicia demostrará lo inconcluyente de mi razonamiento colgándome, en virtud de la ley cuya validez he impugnado"44.

(p. 24) 8 Derechos

La jurisprudencia avanza y retrocede. El análisis de los derechos de finales del siglo XIX que Hohfeld completó supone un notable avance en claridad. Pero Aquino habla de derechos de cada uno de los cuatro tipos hohfeldianos,4

5 así como por los abogados civiles de su época (y de épocas anteriores). La palabra "derecho"

traduce el latín *ius* o *jus* , la raíz de las palabras 'justicia', 'jurista', 'jurídico' y 'jurisprudencia'. Aunque Aquino no usa las formas plurales de la palabra *ius* con tanta frecuencia como nosotros usamos el plural 'derechos', es un completo error afirmar, como algunos han hecho, que carecía o repudiaba el concepto de derechos en el sentido moderno, en el que un derecho es 'subjetivo'.

en el sentido de pertenecer a alguien (el sujeto del derecho). Cuando define la justicia como la voluntad constante de dar a los demás *lo que es suyo* , Aquino inmediatamente pasa a tratar esa frase como sinónimo de *su derecho* (*ius suum*); por lo tanto, trata un derecho/derechos (*ius/iura*) como subjetivos. (También usa la palabra para hablar de "objetivo"

correcto, es decir, qué acción o relación interpersonal es *correcta* —moral o legalmente, según el contexto.)46

Hobbes, que se inspiró mucho en el positivismo benthamita y austiniano, rechazó la tradición jurídica clásica y definió el "derecho" como libertad en el sentido de ausencia absoluta de deberes. De modo que las personas tienen la mayoría de los derechos en el estado de naturaleza, en el que no tienen deberes. Esta medida ejemplifica una regresión en la filosofía jurídica y, de manera más general, en la política y la moral. Afortunadamente, el error es bastante obvio. Si nadie tiene deberes hacia o en relación con los demás, será más preciso decir que nadie tiene derechos en absoluto. Porque todos, en tal estado de cosas, están sujetos a ser destruidos o abusados por todos y cada uno, y las acciones de todos pueden verse impedidas tanto como cualquier persona o grupo quiera y sea capaz de organizar. La verdad es que el concepto de derecho tiene poco sentido salvo como (el derecho de reclamación hohfeldiano) un correlato del deber de alguien más, o (la libertad hohfeldiana) como protegida por el deber de no interferencia de alguien más, o (el poder hohfeldiano) como promovido por el deber de los funcionarios y otros de reconocer y efectuar los propios actos jurídicos (o sus contrapartes éticas), o (la inmunidad hohfeldiana) como protegida por un deber similar de los funcionarios y otros de no reconocer los actos jurídicos de otro como supuestamente se relaciona con mi posición.

De esto no se sigue, como algunos han supuesto, que en la concepción clásica el deber sea conceptualmente o de otro modo anterior al derecho(s). Los deberes hacia los demás son (por definición) deberes en justicia, y la justicia es (por definición) la voluntad de dar a los demás sus *derechos* . De modo que los deberes, al menos hacia los demás, y los

derechos están interdefinidos; ninguno es anterior al otro. Uno no es anterior al otro.

La ley natural: la tradición clásica

No se puede entender realmente el concepto relevante de deber a menos que se comprenda esa igualdad fáctica y normativa de los seres humanos que es el fundamento de la justicia; el concepto de derecho(s) otorga reconocimiento normativo a esa igualdad. En la medida en que la escuela del "derecho natural moderno" definió los derechos de manera más bien unilateral **(p. 25)** en términos de libertad y/o poder, concebidos como propiedades del sujeto, corrió el riesgo de oscurecer la correlatividad esencial de los deberes y, en general, de las relaciones correctas entre las personas, o su interdependencia con ellos.

Aunque la frase "derechos humanos" es bastante reciente, y nunca se le ocurre utilizar la frase exactamente equivalente

"derechos naturales" (plural), Aquino tiene claramente el concepto de derechos humanos, pues articula una serie de preceptos o normas de justicia que se refieren, dice, a lo que se debe a *todos por* igual.47

Más fundamentales que los derechos o los deberes, y también indispensables para determinar racionalmente qué derechos tienen las personas, son los primeros principios de la razón práctica que identifican las razones básicas para la acción, orientándonos hacia los bienes humanos básicos. Ninguna teoría de los derechos está fundamentada o, incluso en líneas generales, completa a menos que atienda la cuestión de los aspectos básicos del bienestar humano. Ninguna teoría de los derechos humanos puede ser satisfactoria a menos que atienda la cuestión de qué características reales de la realidad humana nos hacen a cada uno, en el sentido pertinente, iguales a otros seres humanos, y hacen que otras criaturas en este mundo no sean nuestros iguales y carezcan de los derechos que tenemos. La filosofía jurídica contemporánea (y la teoría jurídica: véase la sección 27 más abajo) está empañada por su falta de atención a la persona humana,48 una falta de atención ejemplificada (uno podría pensar) por la selección

de temas de este *Manual* , y reparable solo retomando la sistemáticamente compleja y ambiciosa empresa perseguida por la teoría clásica del derecho natural.

9 Institucionalidad

Los significados agrupados de nuestra palabra "institución", como su raíz latina *institutio* , apuntan a características salientes de las leyes, y de muchas cosas que la ley concierne: se hacen , se originan, se establecen, se instituyen; establecen un patrón, arreglo, *orden* , sistema, constitución y/u organización; *duran* mientras las personas y/o sus acciones van y vienen. Porque esas son las características salientes de los muy diversos tipos de realidad que llamamos instituciones: esclavitud, contrato, propiedad, banca, este banco (empresa o edificio), los tribunales, juicio por jurado, suicidio ritual, vestimenta informal del viernes, y así sucesivamente. Los juristas romanos como Gayo y Triboniano hicieron mucho para transmitir la palabra al mundo moderno al llamar a sus libros de instrucción fundamental *Institut* [*ion*] *es* : libros para iniciar al estudiante en los *principios* (los orígenes o fundamentos racionales) y las ideas y prácticas *establecidas que dan a un sistema legal su forma tanto como algo* **(p. 26)** distinto de otros tipos de arreglo social y como algo diferente de otros sistemas legales.

Así, pues, una exploración de las múltiples facetas de la institucionalidad del derecho será una exploración de los papeles gemelos de la razonabilidad y de la elección racionalmente subdeterminada en la postulación y el mantenimiento de un sistema jurídico incluso completamente decente. Será también una exploración de las formas en que el derecho es a la vez secundario o incluso subordinado a, mientras regula, otras instituciones sociales que no instituye, ya sean razonables y buenas (como las formas adecuadas de matrimonio y familia, o tipos menos ambiciosos de promesas, por no hablar de comunidades y prácticas religiosas), o irrazonables, viciosas y dañinas (como la prostitución, la esclavitud o la vendetta). No debemos imaginar que las instituciones de mercado o los matrimonios o las corporaciones esperan el surgimiento de normas jurídicas "que confieran poder". Las normas jurídicas son a menudo ratificatorias y reguladoras

en lugar de verdaderamente constitutivas, cualquiera sea su forma jurídica y su papel en la creación de las versiones jurídicas de las prácticas e instituciones sociales sobre las que, por así decirlo, superviene. Este papel ratificatorio y regulador es a menudo muy deseable como medio de preservar la paz y la justicia. Pero, a pesar de toda su originalidad y variabilidad, las instituciones jurídicas —en la medida en que son razonables y dan lugar a exigencias de conciencia— siguen dependiendo de principios morales fundamentales que seleccionan los requisitos de una razonabilidad atenta a los bienes humanos básicos y a las características humanas de la libertad de elección dentro de las limitaciones de la corporalidad y la emocionalidad, la maduración, la mortalidad, la forma y la dinámica del medio ambiente, etcétera.

Tiempo y positividad: el carácter institucional del derecho es un emblema de la aspiración del derecho a traer al presente y al futuro previsible un orden arraigado en el pasado, el pasado de algún acontecimiento (como la concepción o el nacimiento) o acto originario, habitualmente pero no siempre un acto jurídico, un acto destinado precisamente a cambiar las relaciones jurídicas, como aceptar una oferta contractual, constituir una empresa o adquirir acciones en ella, constituir un fideicomiso, etcétera. Como los acontecimientos de la revolución y *el golpe de Estado* recuerdan de vez en cuando a los teóricos, jueces y profesionales constitucionales, Página 14 de 39

La ley natural: la tradición clásica

Ni siquiera el conjunto de disposiciones constitucionales más elaborado, autorreferencial y completo puede prever de manera adecuada todas las contingencias en la vida de esa institución en funcionamiento, el Estado (la comunidad política).49

10 razones

Hart puso a la jurisprudencia firmemente en el camino de regreso —o más bien, de avance— hasta el punto en que se reincorporará a la tradición clásica. Su mensaje central es que el derecho y todos sus **elementos** y conceptos

constitutivos deben entenderse, en la jurisprudencia como en la vida, desde el punto de vista interno (véase la sección 1). ¿Y qué es el punto de vista interno? Es la manera de pensar de alguien que trata una regla como una *razón para* la acción (y no simplemente como una predicción o base para la predicción). Las obras posteriores de Hart, olvidadas pero importantes, en particular algunos de sus *Ensayos sobre Bentham* 50, reformularon toda su teoría del derecho aún más firmemente como una teoría de un tipo particular de razón para la acción: razones que son perentoriamente normativas en virtud no de su contenido sino de su relación con otras reglas autoritativas (de cambio, de adjudicación y, sobre todo, de reconocimiento).

Hart va más allá. Ofrece una explicación de las *razones que* tienen las personas para introducir estas reglas de autorización (de cambio, adjudicación y reconocimiento) y tratarlas como si tuvieran autoridad. Las razones son, en resumen, que la vida social sin ellas es muy defectuosa: plagada de disputas, inadaptable al cambio, etc. Estas reglas "secundarias" son razonables precisamente como remedios para tales defectos. Pero va aún más lejos y ofrece razones para las reglas "primarias".

reglas cuya contribución a la vida social deseable se ve reforzada por las reglas secundarias. Las reglas primarias, dice, son racionalmente requeridas para la "supervivencia". Debemos notar, sin embargo, que además de sus categorías oficiales de reglas primarias que imponen obligaciones contra la violencia, el robo y el fraude, y reglas secundarias de legislación, adjudicación y reconocimiento de leyes, Hart da prominencia a otra vasta categoría de reglas: aquellas que confieren poderes más o menos *privados* para cambiar la posición normativa de uno mediante contratos, transferencias, etc. Hay *razones* para introducirlas y reconocer su autoridad, por el bien de su inmensa "comodidad": son una

'Dar un paso adelante' es tan importante como dar la rueda, dice.

Todo esto sitúa a Hart dentro del territorio de la teoría clásica del derecho natural.5

1 Pero él se niega a establecerse como

Allí, el ciudadano declara que (1) los bienes y razones básicos para actuar además de la "supervivencia" son "controvertidos", y se niega a entrar en la dialéctica clásica que muestra lo irrazonable y poco realista que es tratar la supervivencia como la única razón básica para actuar. (2) Las buenas razones que existen para beneficiar a la sociedad mediante la existencia de una ley (reglas tanto secundarias como primarias, etc.) no tienen prioridad a la hora de explicar la actitud interna de lealtad a la sociedad y a su ley; las personas, incluidos los jueces, "pueden" conformarse por otras "razones", como el arribismo, el conformismo ciego, el tradicionalismo acrítico, etc. Nunca responde a la objeción clásica de que, aunque estas motivaciones alternativas pueden existir y de hecho existen, y pueden estar muy extendidas, nunca pueden tener el poder justificatorio o incluso el poder descriptivo-explicativo de las buenas razones que existen para introducir y mantener la ley *contra* el impulso del arribismo u otras formas de interés egoísta, y *contra* el conformismo con las viejas formas y tradiciones.

Al pensar en la variedad de instituciones sociales de tipo legal, emplea con firmeza y de la manera más beneficiosa la distinción entre casos centrales **(p. 28)** y secundarios, y entre significados focales y análogos. Pero nunca reconoce cómo los hechos de motivación variada pueden, asimismo, acomodarse mejor si se reconocen casos centrales y secundarios *de la actitud interna* .

De este modo, Hart nos pone en el camino de entender el derecho como una especie de buena razón para la acción, pero se resiste a una consideración crítica, abierta y profunda de qué tipos de razones para la acción son realmente razonables, realmente buenas como razones. La ambición de la teoría del derecho natural es precisamente ser una consideración de ese tipo.

El camino queda abierto una vez que uno advierte el error en la afirmación de Hume de que la razón sólo puede ser esclava de las pasiones (no puede motivar salvo como medio director para satisfacerlas o responder a ellas). 52 Las emociones están implicadas en la acción humana, pero

no tienen por qué ser el factor motivador último, exclusivo o incluso primario. Mucho más adecuados para ese papel son los bienes humanos inteligibles básicos, las oportunidades inteligentes de mejora real y florecimiento como persona con otras personas. Estos bienes intrínsecos se introdujeron en la Sección 2 anterior. 53 Su inteligibilidad, como beneficiosa y perfectiva de las personas humanas, es la fuente de su carácter directivo, de su consideración como *razones para* la acción. También es la fuente de la pregunta ulterior: ¿qué se debe hacer y cuáles son los requisitos de la razonabilidad práctica? 54

¿Dada la multiplicidad de bienes humanos básicos y de personas que podrían actualizarlos en sus vidas? El quid de la cuestión es que no se debe reducir la directividad de las razones básicas para la acción. Su directividad combinada o integral, si bien no es otra razón buena o adicional para agregar a la lista, puede ser Página 15 de 39

La ley natural: la tradición clásica

articulado como este principio: en toda deliberación y acción, uno debe elegir y querer de otras maneras aquellas y sólo aquellas posibilidades cuya voluntad sea compatible con la realización humana integral, es decir, la realización de todos los seres humanos y sus comunidades, en todos los bienes humanos básicos.5

5 Éste es el principio maestro de la moralidad, y

También puede formularse como el principio primario de los derechos humanos: las demás personas, en la medida en que la satisfacción de sus necesidades dependa de la elección y la voluntad de uno, tienen derecho a que esa elección y esa voluntad permanezcan abiertas a la realización humana integral.

Todos los demás principios morales son especificaciones de este principio moral maestro. El imperativo kantiano de que en cada acto uno se considere legislador de "un reino de fines" ("un conjunto de fines en conjunción sistemática") es una insinuación de él; también lo es el primer principio del cristianismo, el amor al prójimo como a uno mismo por el bien del Reino; la concepción aristotélica de *la*

eudaimonía como fin último y el mandato utilitarista de buscar "el mayor bien/felicidad del mayor número" son otros intentos menos felices **(p. 29)** de articularlo. *Humanidad integral El cumplimiento* puede considerarse como una especie de punto último (fin) de la vida y la acción humanas, pero sólo en el sentido de que está en el corazón del principio maestro.

¿Cómo se concreta el primer principio de la moralidad en normas morales menos abstractas? ¿Cómo se plasma su prescripción racional en responsabilidades concretas? La realización humana integral no es un vasto estado de cosas que pueda proyectarse como la meta (fin) de un plan mundial de mil millones de años. Más bien, lo que prescribe el principio maestro es que no se debe limitar voluntariamente el espectro de personas y bienes que nos interesan siguiendo motivos no racionales, es decir, motivos que no se basan en requisitos inteligibles de las razones básicas de la acción. Un tipo de motivo no racional son los sentimientos hostiles, como la ira y el odio hacia uno mismo o hacia los demás. Una persona o un grupo motivados por sentimientos de venganza, por ejemplo, no tienen una voluntad abierta a la realización humana integral. Por lo tanto, una primera especificación del principio maestro es: no responder a la herida con la herida. Este principio se considera fundamental en todos los sistemas jurídicos decentes y es totalmente compatible con los estándares de compensación justa (incluso mediante la autoayuda) y de castigo retributivo para restablecer el equilibrio de equidad entre los malhechores y los respetuosos de la ley (véanse las secciones 20-2 y 26 a continuación).

Una segunda especificación estratégica del principio maestro de la moral es el principio que toda forma de teoría moral consecuencialista, proporcionalista, utilitarista u otra teoría moral supuestamente agregativa está hecha a medida para rechazar: no hagas el mal.

El derecho a elegir destruir, dañar o impedir alguna instancia de un bien humano básico, para que ese bien pueda venir. 56 Este es el fundamento de los derechos humanos verdaderamente inviolables y es la columna vertebral de los sistemas jurídicos decentes, ya que estos

sistemas jurídicos excluyen incondicionalmente el asesinato o daño a personas humanas inocentes como medio para cualquier fin, público o privado; y sobre la base de especificaciones análogas del principio moral maestro excluyen incondicionalmente el uso del testimonio perjuro, la opción de emitir un juicio falso u otro apoyo judicial u oficial al fraude, la violación incluso por el bien de la seguridad nacional y la esclavitud. Una parte necesaria de la defensa de cada una de esas especificaciones del principio primario de la moral es la crítica de los métodos éticos agregativos, que todos pretenden identificar bienes mayores que superan el mal realizado, y todos fracasan al pasar por alto la inconmensurabilidad de las personas, de los bienes básicos de las personas y de los efectos transitivos e intransitivos de la elección. 57

Un tercer principio que da relativa especificidad al principio rector de la moral es la Regla de Oro, el principio básico de la justicia: «Haz a los demás lo que quisieras que te hicieran a ti; no impongas a los demás lo que no quisieras que te obligaran a aceptar». Porque una voluntad marcada por el egoísmo u otra parcialidad no puede estar abierta a la realización humana integral **(p. 30)** . Este principio racional de imparcialidad58 de ninguna manera excluye todas las formas y sentimientos correspondientes de preferencia por uno mismo y por aquellos que son cercanos y queridos (por ejemplo, la responsabilidad parental por sus hijos y la consiguiente priorización de los mismos); excluye las preferencias motivadas por deseos, aversiones u hostilidades que no corresponden a aspectos inteligibles de las *razones reales* para la acción, los bienes humanos básicos instanciados en las vidas de otros seres humanos como en las vidas de uno mismo o de aquellos cercanos a su corazón.

11 Formalismo

La ley no puede cumplir sus funciones de coordinación y otras funciones directivas a menos que sea promulgada. Incluso si pudiera, normalmente sería injusto para algunos, si no para todos, los sujetos de la ley que permaneciera sin publicar. Además, normalmente es injusto para los funcionarios, incluidos los tribunales, no aplicar las reglas que fueron publicadas y tomadas por los sujetos de la ley

como aplicables a circunstancias del tipo que ahora están ante el tribunal u otro funcionario. Que la ley tenga una "forma" pública es, en ambos sentidos, el núcleo de la idea de una regla de reglas ("... de la ley") y no de la discreción personal ("... de los hombres"). Y que los productos de la elaboración de leyes sean tratados como válidos, como ley, solo si se hacen de acuerdo con una Página 16 de 39

La ley natural: la tradición clásica

La "forma y manera" determinadas son igualmente esenciales para la positividad deseable de la ley y para la limitación deseable de los gobernantes políticos y sus funcionarios por la ley. Uno debería poder conocer gran parte, si no toda, de la ley prestando atención, y en gran medida sólo prestando atención, a su forma, en lugar de a las intenciones no publicadas de sus creadores, o a sus propósitos, o a su justicia u otro valor. Si todo esto no fuera así, la ley positiva sería redundante; pero no lo es (véanse las secciones 3, 6-7 más arriba); de modo que la forma y las formalidades forman parte de la idea misma de tener ley.

En muy raras ocasiones, una teoría del derecho se describe a sí misma como "formalista". Así, Ernest Weinrib ofrece, bajo esa etiqueta, una explicación de ciertas instituciones, como el derecho de responsabilidad civil, que, según él, sólo pueden entenderse si se dejan de lado todas las cuestiones sobre su sentido, su valor o su utilidad social. Su inteligibilidad y realidad ideal son independientes de cualquier valor que puedan tener, y son transhistóricas en el sentido de que son independientes también de los propósitos de comunidades particulares. Pero tanto la metafísica como el poder esclarecedor de esta tesis son muy cuestionables.

Aparte de la existencia de leyes e instituciones jurídicas en las mentes y disposiciones de personas y comunidades particulares, la única realidad de las leyes y las instituciones jurídicas —pero ésta es **(p. 31)** también su realidad *primaria— es la siguiente: razones para la acción* que son buenas porque están relacionadas inteligiblemente con (¡aunque usualmente no son deducibles de!) las razones básicas para la acción, los bienes básicos, los

valores intrínsecos en juego en la acción humana y su desarrollo integral en estándares morales.

Por lo general, "formalista" es un epíteto aplicado con intención hostil por aquellos que consideran que el método adjudicativo real o recomendado de alguien no presta la suficiente atención a las intenciones no expresadas o los propósitos adicionales de los legisladores, o a las consideraciones de justicia, misericordia y/o algún otro aspecto del bienestar humano.59 Dado que gran parte (aunque no toda) de la ley existe en virtud de una *determinatio* que no puede afirmar con razón ser la resolución única y razonable (moralmente requerida) de un problema social (véase la sección 7 anterior), la pregunta de cuánto es "demasiado" o "muy poco"

La atención judicial a las evaluaciones no expresadas en la forma de *determinatio* (la legislación o las sentencias o prácticas anteriores) es en sí misma una cuestión que en gran medida corresponde a *la determinatio* , no a la deducción o la introspección de lo evidente ni a ningún otro proceso intelectual capaz de producir una respuesta única y correcta. Es, en resumen, una cuestión acerca de la cual se puede decir muy poco de manera útil haciendo abstracción de los sistemas jurídicos particulares y de los tipos particulares de cuestiones que surgen en ellos.

12 Pragmatismo

El término "pragmatismo" fue introducido en el discurso de los filósofos por Charles Sanders Peirce en 1878, para expresar un complejo de ideas sobre la lógica (el buen pensamiento) que había desarrollado desde 1867. En 1903 dio en Harvard una serie de siete conferencias sobre "El pragmatismo como principio y método del pensamiento correcto".60 Estas conferencias permiten a sus lectores ver que un pragmatismo que es fiel a las ideas y argumentos de su fundador es compatible con, de hecho, una especie de continuación de, los métodos filosóficos clave y los hallazgos de Platón, Aristóteles y otros defensores de la teoría clásica de la ley natural.

En efecto, Peirce explica que «la cuestión del pragmatismo es la cuestión de la abducción». Peirce distingue la

abducción de la inducción y la deducción como uno de los tres modos de inferencia, de moverse con firmeza en el pensamiento. Peirce explica la abducción como la percepción de datos, de «una masa de hechos ante nosotros», que nos parece «una maraña confusa, una jungla impenetrable » , hasta que «se nos ocurre que si supusiéramos que algo es verdad cuando no lo sabemos, esos hechos se ordenarían luminosamente. Eso es *la abducción* ».6

1 El núcleo del "secuestro" de Peirce es

(podemos decir) lo que Aristóteles llamó *nous* y Tomás de Aquino *intellectus* : insight, comprensión que no es ni deducción ni inducción en los sentidos modernos del término, sino que se basa en datos de experiencia, no en una mera "intuición" sin datos.

Peirce entiende la lógica como propiamente normativa, como dirigida y orientadora hacia y por el bien de la verdad, como el objeto(ivo) de la actividad humana de pensar. "Todo hombre está plenamente convencido de que existe algo llamado verdad, o de lo contrario no haría ninguna pregunta. *Esa* verdad consiste en una conformidad con algo *independiente de su pensamiento de que es verdad*". *62* Puesto que la lógica es una actividad humana guiada por y hacia un bien que debe alcanzarse (la bondad lógica de permitir el logro del bien cognitivo de la verdad), la lógica está subordinada a (¡aunque no es un mero instrumento de!) otro conocimiento más amplio de la normatividad: la ética. Y la ética, considerada como normas de la acción humana, se basa a su vez en lo que Peirce (excéntricamente) llama estética: un conocimiento de lo que es

'admirable *per se*'.*63* La verdad y el conocimiento de ella es, por tanto, uno de estos bienes intrínsecos *per se* .

El verdadero pragmatismo está, pues, muy alejado del "pragmatismo" de aquellos, como Richard Rorty o Richard Posner, en cuyos labios el término significa un escepticismo (que se refuta a sí mismo) acerca de la verdad y una aceptación deliberada de la incoherencia lógica y otras formas de arbitrariedad manifiesta en la aserción. Tal

"pragmatismo", puesto que reduce abiertamente la aserción a una Página 17 de 39

La ley natural: la tradición clásica

El pragmatismo básico, instrumento de satisfacción de necesidades u otros impulsos, no es parte de la filosofía. (Por supuesto, así como una ley injusta es parte de la ley, y la mala ciencia es parte de la ciencia, ¡así también el pragmatismo básico *es* parte de la filosofía!) Lo que hay que decir al respecto, para fines filosóficos, se ha dicho en el análisis de Platón de la retórica básica, en la primera de sus discusiones primarias sobre la ley natural, el *Gorgias* . 64 El pragmatismo verdadero, recordado aunque de manera incompleta por Jürgen Habermas, entiende que hay una investigación fructífera de las presuposiciones y precondiciones de las acciones humanas (libremente elegidas) de pensar razonablemente (precisamente, lógicamente, responsablemente) y disertar auténticamente. Y entre las primeras de esas precondiciones está que uno entienda, mediante una *comprensión inmediata* de su propia experiencia de inclinación y posibilidad, que la comprensión, la razonabilidad y el conocimiento no son meramente posibilidades sino también una oportunidad de participar en un bien humano básico, y por lo tanto una verdadera *razón* para la acción. El surgimiento de tales percepciones y su consolidación y desarrollo en la razón práctica es el momento en que el niño alcanza la edad de la razón.

(p. 33) 13 Derecho y obligación

Una vez que se entiende que la positividad de la ley es una realidad (y un concepto, y un ideal) vigorosamente promovida, si no también inventada, por los partidarios de la "ley natural" (moral objetiva), se entenderá fácilmente que la disyuntiva

La distinción entre “obligación jurídica” y “obligación moral” es demasiado burda. Hay, más bien, un tipo único de obligación moral que sólo se da como propiedad de las leyes *positivas o como resultado de* ellas. Puede llamarse “obligación jurídico-moral” u “obligación jurídica en el sentido moral”. Debe distinguirse de la “obligación jurídica

intrasistémica" que determinadas normas jurídicas declaran crear (o son declaradas por otras normas jurídicas) y que las instituciones jurídicas también declaran y toman como fundamento para los castigos y las sanciones.

En los últimos años, algunos juristas han sostenido que es lógica o conceptualmente posible disociar los conceptos de autoridad y obligación. Se podría reconocer a los gobernantes y sus funcionarios la autoridad que los posee, incluida la autoridad moral para crear y hacer cumplir la ley, y el derecho a no ser usurpados, mientras que al mismo tiempo ninguna de sus leyes, ni siquiera las que imponen obligaciones jurídicas intrasistémicas, crearía ninguna obligación jurídica en el sentido moral (aunque algunas de ellas podrían, por supuesto, coincidir en contenido con normas morales obligatorias incluso en ausencia de la ley). Se debería admitir que esto es conceptualmente posible, pero se debería negar que las concepciones resultantes de la autoridad y la obligación jurídica correspondan a cualquier actitud o práctica histórica de la comunidad que se pueda describir. Más importante aún, los nuevos conceptos propuestos no escogen ningún tipo razonable de opción, ningún tipo de arreglo social o conjunto de disposiciones que puedan servir a los bienes en aras de los cuales existe la ley y vale la pena instituir, mantener o restaurar.65

El análisis de la autoridad en la sección 7 subrayó la impotencia del positivismo para proporcionar una explicación de la misma que pudiera satisfacer racionalmente a quienes más interesan al derecho: aquellos que (por ejemplo, los jueces) tienen la oportunidad realista de evadir lo que el derecho busca exigirles autoritativamente. No *hay deber* a partir de un mero *ser* , por complejo que sea. Por lo tanto, lo mismo debe ser cierto, incluso más obviamente, de la obligación. Como Hart se dio cuenta vívidamente,66

Su propia explicación de la obligatoriedad de la ley — incluso de su obligación intrasistémica— era profundamente insatisfactoria. Su propia crítica de Austin había girado en torno a la diferencia radical entre *estar obligado* (el *es* de 'estoy amenazado' más el hecho o la

motivación subracional del miedo) y estar *bajo una obligación* (un *deber ser*). Pero su propia explicación de la obligación legal en términos de una presión social insistente motivada por las creencias *de otras personas* sobre la importancia no ofrecía un puente más plausible **(p. 34)** hacia el *deber ser* que necesitaba explicación. De manera similar, su explicación de la regla de reconocimiento como un mero hecho sobre disposiciones y prácticas oficiales convergentes 'funcionaba' abandonando la actitud interna:

La preocupación razonable por las razones de la acción, en su momento decisivo. Las razones de Hart para suspender todos *los deberes del sistema legal* de los meros eslabones *de* la práctica oficial son débiles. Sin duda, algunos o incluso muchos funcionarios y otras personas pueden abandonar la búsqueda de buenas razones para la lealtad a la ley y conformarse con motivaciones subracionales como el conformismo, el tradicionalismo o el arribismo. Pero tales actitudes no logran dar sentido pleno a las exigencias de la ley.

El caso central de las razones no es el que se acepta comúnmente como razones, sino las razones que son buenas *como razones* . El caso central de la actitud interna es la aceptación racionalmente justificada de la ley como obligatoria en conciencia, como algo que habla con verdadera autoridad en el momento de la elección. Sólo una teoría del derecho natural encuentra la justificación racional para tal aceptación.

Tampoco es cierto que la teoría clásica del derecho natural simplemente postergue el día malo suspendiendo todas las razones y obligaciones de un *hecho último* , la voluntad de Dios. Eso puede ser cierto, como vimos, en el caso de algunas teorías "modernas" del derecho natural (Sección 2).

arriba). Pero cuando Tomás de Aquino, siguiendo a Agustín, dice que la ley moral natural (y por tanto toda ley humana justa, positiva) tiene su obligatoriedad "de la ley eterna", no se está refiriendo a un mandato divino sino más bien a la

inteligibilidad, bondad, belleza y atractivo racional del gran esquema de cosas elegido, al crear, por *la sabiduría divina* . 67 La normatividad de lo obligatorio es la normatividad del primer principio de la razón práctica o ley natural: el bien debe ser buscado y hecho, y el mal evitado - los referentes de este 'bien' están dados por los otros primeros principios de la razón práctica, las razones básicas para la acción (Secciones 2, 10 arriba). La razón por la cual una opción particular para la acción o la abstención es obligatoria es siempre, en última instancia: si no elijo esta opción no respeto coherentemente, razonablemente, la realización humana integral - el bien de todas las personas y comunidades humanas - al cual me dirige el conjunto de las únicas *razones* que yo u otros tenemos para elegir algo.

14 Adjudicación

La responsabilidad primordial de los tribunales es aplicar la ley. La ética de este proceso de adjudicación fue motivo de gran preocupación para los teóricos clásicos del derecho natural, como Tomás de Aquino. Los jueces deben preocuparse por establecer la verdad sobre lo que hicieron las partes. Pero esta responsabilidad, si bien nunca puede separarse de su objetivo (la correspondencia con la realidad de los actos y hechos pasados), debe llevarse a cabo de acuerdo con las reglas de prueba **(p. 35) .**

Estas reglas tienen varios propósitos. Uno es hacer efectiva la presunción de inocencia, que es en sí misma una forma específica del principio general de la razón según el cual uno debe amar al prójimo como a sí mismo. Otro propósito de las reglas de prueba es preservar la igualdad fundamental de las partes al disminuir el riesgo de que una de ellas obtenga una ventaja sobre la otra por sorpresa, superioridad retórica u otros medios similares. Otro propósito es disminuir el riesgo de que el juez o el jurado, que juzga los hechos, se distraiga con reacciones emocionales o de otro tipo no racionales a características del caso que no son verdaderamente relevantes para el objetivo de hacer justicia mediante la aplicación del derecho positivo sobre la base de hechos verdaderos. Los teóricos clásicos estaban impresionados por el riesgo de

que las personas que juzgan en las circunstancias emocionalmente atractivas de hechos y partes particulares se desvíen de ese objetivo.

Un cierto pesimismo o realismo sobre la imparcialidad equilibrada de los jueces y jurados inclinó a los teóricos clásicos a favorecer la legislación —si se quiere, la codificación— por sobre los métodos de derecho consuetudinario para hacer las *determinaciones* mediante las cuales el derecho natural se especifica de manera no deductiva en reglas e instituciones del derecho positivo de una comunidad particular. Aquí llegamos a la responsabilidad y función secundaria de los jueces: la interpretación y desarrollo de nuestro derecho. Como lo demuestra el análisis del "positivismo jurídico exclusivo" (Sección 3 anterior), esto implicará consideraciones que de alguna manera van más allá de lo que ya está completamente especificado y determinado en las fuentes de hechos sociales (legislación previa y precedentes).

Pero la aspiración de que haya una regla, un gobierno, de *la ley* y no "de los hombres" (jueces en particular) exige que cada referencia a los estándares permanentes de la moral y cada razonamiento a partir de ellos sea moderado y filtrado por el mantenimiento coherente de la ley existente de la comunidad "como un todo", incluidas sus muchas *determinaciones puras* (secciones 7 y 11 anteriores).

La columna vertebral moral de la ley es un pequeño número de reglas estrictas y sin excepciones contra el daño intencional y la mentira (Sección 10 supra). Gran parte del resto del marco y la esencia de la ley implica dar especificidad a amplias responsabilidades afirmativas de cuidado y equidad. Esta especificidad da como resultado sistemas particulares de derecho transaccional, procesal y de propiedad. La razonabilidad de estas normas e instituciones particulares no es de la forma

"inevitablemente requerido por la razón (moralidad)", sino más bien en la forma "adoptado por nuestra ley por elección entre el abanico de opciones razonables". Pero una vez que se han elegido *estas* opciones, los requisitos racionales de coherencia limitan fuertemente el abanico de

opciones razonables para una mayor especificación y desarrollo. (Véase también la sección 25.)

abajo.)

A falta de una remodelación radical de toda una área del derecho, como la que puede emprender un legislador, el desarrollo jurídico debería proceder por lo que Coke llamó esa "razón artificial del derecho"68 que es peculiarmente responsabilidad de los jueces. Porque los jueces son simplemente personas dedicadas a, y equipadas intelectual y moralmente para, decidir como, por así decirlo, voces del derecho y, por lo tanto, de la comunidad, en lugar de decidirse por sí mismos como individuos. Su responsabilidad de hacer justicia entre las partes -de lograr una **resolución** moralmente *sólida* y justificada del caso- siempre debe armonizarse con la responsabilidad de hacer que esa resolución también *se ajuste* -al menos, no contradiga- al derecho existente de la comunidad, considerado en su conjunto y en la medida en que sea moralmente tolerable. Una forma tradicional de señalar este requisito de adecuación era el principio de que, al resolver incertidumbres interpretativas, los jueces deben preguntarse qué *habrían* promulgado (dentro de los límites de la razonabilidad) quienes hicieron la ley en sus formas y expresiones existentes *si* hubieran atendido a las circunstancias en cuestión.

Si bien deberíamos aceptar en términos generales algunos elementos principales de la explicación de la adjudicación de Ronald Dworkin, deberíamos

La ley natural: la tradición clásica

Rechace su tesis de que incluso en los casos difíciles debe presumirse que hay una única respuesta legalmente correcta. Esa tesis exagera tanto la especificidad de los propios estándares de la moralidad como la determinación lingüística y de propósito de la mayoría de las reglas postuladas. Los requisitos de solidez moral y ajuste con la ley postulada y sus fuentes de hechos sociales son requisitos que eliminan innumerables resoluciones lógicas posibles del caso y producen una resolución legal única y correcta de todos los casos fáciles. Pero en un caso difícil,

característicamente dejarán más de una respuesta que es moral y legalmente correcta, es decir, *no incorrecta* . Dworkin tiene razón al observar que, como juez, uno generalmente, incluso en un caso difícil en un tribunal dividido, considerará que una de las respuestas se presenta como convincente. Pero esto es resultado del hecho de que cada juez añade al conjunto de leyes plenamente postuladas un conjunto de presunciones sobre cuestiones que son o implican conjeturas sobre el futuro, por ejemplo, sobre las consecuencias de adherirse a los "derechos de los estados" en una era de interdependencia económica internacional o de dislocación económica nacional, o de sumarse a una aventura política especulativa como la Unión Europea, o de que el tribunal supremo desafíe los deseos y expectativas del ejecutivo nacional, etcétera. Las presunciones de este tipo deberían ser, y normalmente lo son, bastante estables en la mente de un juez individual, y confieren a las propias deliberaciones de ese juez una especificidad e inevitabilidad que en cierto grado superan la especificidad de la ley.

Cada uno de estos dos amplios propósitos y aspectos de la adjudicación —la aplicación a los hechos y el desarrollo interpretativo— requiere que el juez sumerja en cierta medida su propia mente, incluidas sus preferencias morales y creencias fácticas, en favor de la de la comunidad. En la tradición, esto se dramatizó en la regla moral y legal, defendida por Tomás de Aquino y muchos otros, pero no todos, de que los jueces deben adjudicar en línea con la evidencia legalmente admisible y sin tener en cuenta hechos que la ley no permite que se pongan como evidencia, incluso si el juez, como individuo, sabe que son ciertos.69

Gran parte del razonamiento judicial adopta la forma de decidir que los hechos relevantes en el nuevo caso *B* son análogos a los del caso *A previamente decidido* y, por lo tanto, deben ser tratados de la misma manera. Este "razonamiento por analogía" ha sido considerado desconcertante por los teóricos, quienes observan que, como razonamiento, parece tener el patrón de una falacia bien conocida.

El enigma se resuelve al notar que lo que justifica apelaciones justificadas a la analogía no es **(p. 37)** un patrón de razonamiento, sino una *comprensión* de algún estándar —quizás nunca notado o articulado antes— que justifica *tanto* la decisión anterior en *A* como la decisión correspondiente en *B* , y es apropiadamente coherente con el resto de la ley y con el juicio práctico sólido en general.

15 Derecho y epistemología

La positividad de la ley permite un amplio margen para la "consideración". Algunas de estas consideraciones son moral y legalmente inevitables: por ejemplo, una vez determinados los hechos mediante un proceso adecuado, deben considerarse a partir de entonces como ciertos, y de manera indiscutible una vez transcurrido el tiempo para apelaciones o impugnaciones colaterales. Algunas consideraciones no son inevitables, pero pueden ser razonables: por ejemplo, un tribunal, para obtener jurisdicción y hacer justicia que de otro modo no se podría lograr, puede considerar que los hechos ocurrieron en un lugar donde, en verdad, no ocurrieron. Pero los ejemplos de ficciones sólo sirven para resaltar la epistemología general de la ley.

Los acontecimientos ocurren realmente y se puede juzgar que han ocurrido con certeza. Algunas creencias sobre los acontecimientos, y sobre el bien y el mal, lo correcto y lo incorrecto, son falsas. Algunas descripciones de los acontecimientos son mentiras porque las personas que las dan saben, o se puede saber que creen, que no corresponden a las realidades que pretenden describir. Algunas creencias sobre lo que es digno de elección son tan contrarias a la verdad, tan erróneas e irrazonables, que cualquiera que actúe en función de una de ellas puede y debe ser culpado y, cuando corresponda, penalizado por hacerlo. La epistemología de nuestro derecho es el realismo de sentido común sobre los hechos y los valores que, con refinamientos críticos reflexivos, caracteriza la tradición clásica de la teoría del derecho natural.

Como hemos visto (sección 1), la tradición distingue enérgicamente entre verdades sobre el orden de la naturaleza, verdades sobre la lógica, verdades sobre el

orden razonable de la acción humana (principios de ética, política, derecho) y verdades sobre lo técnicamente o artísticamente efectivo. Las verdades del tercer orden (moral) no pueden reducirse a verdades de ningún otro tipo, ni siquiera a verdades de la naturaleza. Porque la naturaleza de los seres humanos es tal que la realización es una cuestión de autodeterminación mediante elecciones libres (y juicios de valor acompañantes) en el horizonte abierto de los bienes humanos; de modo que la medida y el carácter plenos de la realización humana, y el significado y las implicaciones plenos de los primeros principios de la razón práctica, no pueden conocerse plenamente antes de esas elecciones y juicios y de su puesta en práctica en la acción por parte de los individuos y las comunidades. Pero la naturaleza de un ser que puede realizarse no puede conocerse adecuadamente de otro modo que sabiendo cuál es la *realización de ese tipo de ser* . Así, la antropología filosófica **(p. 38),** el conocimiento de la naturaleza humana en primer orden, requiere para su realización el conocimiento práctico, de tercer orden, que llamamos ética y Página 20 de 39

La ley natural: la tradición clásica

teoría política.

Los escritos de Hume y Kant muestran ampliamente la perspicacia de sus autores. Por eso es muy significativo que la causa epistemológica de sus críticas a la teoría clásica de la realidad y del valor y de sus desviaciones de ella sea su negación o descuido de *la intuición* , por la que se añade a los datos de la experiencia y la inclinación una *comprensión* de algún hecho o valor. Esa comprensión es, no obstante, auténtica en aquellos casos —que son de importancia fundamental— en que puede y debe alcanzarse sin el beneficio del razonamiento (sino que, más bien, hace posible el razonamiento).

El rechazo de toda *evidencia propia* por considerarla arbitraria, espeluznante, sospechosa o tautológica, formal y vacía es auto-refutable, como en última instancia lo son las epistemologías derivadas de Hume y Kant.

16 Derecho y lenguaje

Puesto que uno puede fracasar en la expresión de lo que quiere decir y puede tener dificultades para encontrar palabras que transmitan lo que tiene en mente, y puesto que el lenguaje se expande estrechamente en la estela del avance del conocimiento y la comprensión (real o aparente), es evidente que el lenguaje nunca es verdaderamente fundamental. Sin embargo, nuestros esfuerzos intelectuales hacen poco progreso sin la ayuda del lenguaje y de las ideas, creencias y juicios compartidos y compartibles que transmite. Entre nuestros esfuerzos intelectuales se encuentran, por supuesto, nuestras leyes y nuestros discursos *de lege lata* , *de lege ferenda* y *de lege reformanda* —sobre qué es la ley, qué ley debería haber y sobre cómo mejorar las leyes que tenemos.

El lenguaje, la transmisión de significado de una mente a otra por medio de símbolos materiales (audibles, visibles, táctiles), manifiesta a su manera nuestra naturaleza extraordinaria como seres que son, a la vez y de manera radicalmente *unitaria* , espirituales y materiales. Esta dualidad sin dualismo es la fuente no sólo de oportunidades, como el juego, las artes creativas y el matrimonio, sino también de limitaciones. Entre esas limitaciones está la indeterminación, o mejor dicho, la subdeterminación, la vaguedad inherente tanto a nuestros propósitos como al lenguaje mediante el cual podemos tratar de articularlos y promoverlos.

Mediante el lenguaje de la legislación y los argumentos judiciales que sientan precedentes, hacemos las innumerables *determinaciones* moralmente requeridas para dar efecto a nuestra responsabilidad moral de amar (respetar y promover el bienestar de) nuestro prójimo como a nosotros mismos. Pero esos actos de especificación nunca eliminan por completo la vaguedad o la necesidad de determinaciones posteriores que deben buscar un ajuste apropiado no sólo con la *determinatio* que se está interpretando, sino también con el resto relevante de nuestra ley y los requisitos e implicaciones continuos o tal vez nuevos de las verdades morales relevantes. Como se dijo en la Sección 14 anterior, la teoría clásica de *la determinatio* reconoce claramente que en un buen número **de** casos no hay *una única respuesta correcta, sino más bien una serie de respuestas correctas (no incorrectas),*

una de las cuales debe, a los efectos de legislar o juzgar, seleccionarse mediante un proceso diseñado tanto para ser justo en su proceso de elección entre respuestas alternativas razonables (no incorrectas), como para minimizar el riesgo de que se adopte una de las innumerables respuestas *incorrectas* . La vaguedad semántica es una, pero sólo una, de las causas de esta generalizada subdeterminación del derecho.

Más básicos que los significados de las palabras son los significados, las intenciones, de los hablantes y otros usuarios de las palabras.

La interpretación del lenguaje jurídico está al servicio de la cooperación y la justicia entre las personas que son o serán miembros de la comunidad de la que es ley. El instrumento "jurídico" especial de esa cooperación es la creación y el mantenimiento de las normas jurídicas por las "fuentes sociales" del derecho: personas que actúan con ciertos tipos de intención. Por lo tanto, las intenciones de los fundadores, la "intención original", siempre son relevantes. Pero era su responsabilidad utilizar el lenguaje de una manera que fuera entendida de manera confiable y en línea con las expectativas convencionales y profesionales sobre los modos de interpretación. Por lo tanto, el lenguaje de los textos tiene cierta independencia -no absoluta ni incondicional- de las mentes de los legisladores. Y ambos aspectos de la interpretación jurídica permanecen dentro del marco del propósito primordial del derecho de promover el bien común respetando los derechos y los intereses legítimos. Este tema se analiza un poco más en las observaciones de la Sección 27 sobre la interpretación constitucional y estatutaria.

17 Derecho y objetividad

Como seres corporales, tenemos una tendencia a entender la objetividad a partir del modelo de los objetos corporales y verlos (o sentirlos de alguna otra manera). La filosofía empirista de todo tipo (que no debe confundirse con la ciencia natural empírica y el sentido común empírico) se basa en esta tendencia. Y el empirismo fue un supuesto y una premisa muy importantes en la obra del principal fundador del positivismo jurídico contemporáneo, Jeremy

Bentham. En formas menos ingenuas, sigue siendo un importante remanente en la jurisprudencia contemporánea.

La ley natural: la tradición clásica

La objetividad no se entiende adecuadamente según el modelo de un gato que ve o anticipa un platillo de leche. La objetividad del significado, y de la transmisión y comprensión exitosas del significado, ya está más allá de los recursos explicativos del empirismo (y hace que la filosofía empirista se refute a sí misma). La objetividad, más bien, es una cuestión de apertura a los datos y de voluntad de considerar todas las preguntas relevantes y de someter cada intuición a la crítica de otras preguntas. Es una cuestión de que nuestras operaciones intelectuales estén libres de todos los sesgos que harían menos probable el logro de la verdad (la meta de la investigación **)** . En la medida en que nosotros como sujetos (personas que actúan) tengamos esta apertura y esta libertad de sesgos que oculten la verdad, seremos objetivos, nuestras investigaciones y juicios serán objetivos, no meramente subjetivos, y, sujetos a errores y engaños ocasionales, las realidades que afirmamos y los bienes que juzgamos verdaderamente dignos de búsqueda y beneficiosos son objetivamente lo que juzgamos que son.

No hay razones sólidas para pensar que los juicios sobre bienes, los "juicios de valor", estén condenados a ser meramente subjetivos. Los esfuerzos filosóficos, como el de John Mackie, por tratarlos como "demasiado extraños" para ser objetivos fracasan porque pasan por alto la "extrañeza" -en relación con la norma animal de ver claramente un objeto material- de muchos otros tipos de juicios, por ejemplo, sobre la validez lógica, o la verdad en la teoría científica natural y en la investigación histórica, o sobre el significado intersubjetivo.71

18 La ley y la elección racional

Existen al menos tres sentidos importantes y distintos del término ambiguo "elección racional". (1) La elección es racional cuando es completamente razonable, es decir,

cumple con todos los requisitos de la razonabilidad práctica y, por lo tanto, es moralmente correcta. (2) La elección es racional en un sentido más estricto de "racional" cuando está motivada racionalmente en el sentido de que su objeto ha sido previsto por la inteligencia práctica y tiene un atractivo racional incluso si en algún aspecto está motivada en última instancia por el sentimiento o la emoción en lugar de por la razón, habiendo los sentimientos o las emociones en cierta medida encadenado e instrumentalizado a la razón. (3) Las elecciones son "racionales" en un sentido especial inventado por el "juego" o la "decisión".

Los teóricos de mediados del siglo XX, para significar una decisión y una acción que es técnica o tecnológicamente correcta, según los estándares de algún arte o técnica para evaluar la forma más rentable de alcanzar un objetivo técnico relevante; una decisión típica de este tipo será aquella para la cual, dentro del juego, la técnica "racionalmente elegida" es una

razón "dominante", aquella que, siendo conmensurable con las razones de las opciones alternativas, incluye todos los beneficios que ofrecen y algunos más.72

Esta complejidad de sentidos causa muchos malentendidos. El sentido (3) es el único sentido en el que la economía y la teoría de los juegos o de la decisión, como tales, emplean la frase. Pero el sentido común a menudo la utiliza en el sentido (2). Y los filósofos de la gran tradición la utilizan en el sentido (1), argumentando que las elecciones de los otros dos tipos son menos que completamente, o incluso adecuadamente, racionales. El argumento clásico es *la República de Platón* , en la que **(p. 41)** los jóvenes interlocutores de Sócrates lo desafían con más fuerza a demostrar que la justicia y las otras virtudes opuestas al egoísmo —¡opuestas por el egoísmo!— tienen sentido incluso cuando la justicia y la virtud de uno lo ponen a merced de egoístas inescrupulosos y sus partidarios impulsados por las emociones. El objetivo de todo el diálogo no es proponer "estados ideales", sino afrontar el desafío de los jóvenes mostrando que el egoísmo es contraproducente, y contraproducente porque derriba la regla constitucional (el dominio) de la razón sobre las demás fuerzas del alma del egoísta, dejando a los egoístas -

tiranos- a merced de impulsos anárquicos, lujurias y terrores internos, con sus psiques a la vez hinchadas y hambrientas. La razón, cuando no está subordinada a poderes menos inteligentes, nos alinea con las verdades que el egoísmo pasa por alto o desafía. Los bienes humanos básicos que nos dan todas las razones que podemos tener para tomar decisiones inteligentes son bienes para todos, no sólo para mí. Y uno de los bienes humanos básicos es la amistad que el egoísmo coherente hace imposible.

La esencia de la amistad es ésta: *A* está interesado en el bienestar de *B por* el bien de *B , y B* en el de *A* por el bien de *A ; y por lo tanto, A* tiene motivos para estar interesado en el bienestar de A no sólo por su propio bien, sino también por el *de B* ; y *B* también. De modo que el interés de ninguna de las personas se basa únicamente en el bienestar de esa persona, ni únicamente en el bienestar de la otra persona. Así, la relación de interés (voluntad, elección, acción, afecto) es, y está dirigida hacia, un *bien verdaderamente común* . Este bien común da a su relación su punto de autosuficiencia. El amor egoísta por uno mismo se trasciende.

O más bien, resulta claro que el egoísmo es una forma de automutilación, una desviación sin salida del camino hacia la realización humana integral.73

Existe una amistad natural, afectivamente tenue pero real e inteligente, de cada persona con todas las demás personas. Así, la amistad y la justicia se encuentran o comparten una inteligibilidad común. El "dilema del prisionero" o el jugador hobbesiano que considera satisfactorio o "racionalmente preferible" el resultado en el que él mismo sale impune y el otro, en cambio, se ve obligado a pagar una multa.

La ley natural: la tradición clásica

Por el contrario, los modelos economicistas o de teoría de juegos de elección racional no dan lugar a una estrategia o un resultado determinados cuando las preferencias de los jugadores incluyen una preocupación por la justicia y la decencia del resultado, es decir, una preocupación por el bien *común* . Por lo tanto, aunque tienen su utilidad para

destacar los riesgos y los efectos secundarios no deseados, no pueden sustituir a la teoría integral de la elección racional: la teoría de la ley natural.

19 Derecho y sexualidad

El derecho estatal y el gobierno están moralmente limitados; no tienen jurisdicción propia más allá del mantenimiento de la justicia y la paz. Esa es la posición a la que llegó la teoría del derecho natural **(p. 42)** cuando Aquino74 dejó atrás la tesis platónico-aristotélica7

5. El papel de la ley estatal es hacer todo lo necesario para mejorar el bienestar de los ciudadanos, incluida su buena conducta. Cuando la jurisdicción obligatoria del Estado ya no se concibe según el modelo de la crianza de niños pequeños, resulta claro que la ley no debe castigar a los adultos sexualmente corruptos por actos que realizan solos o en grupo, en completa privacidad y con pleno consentimiento.

Dado que algunas teorías e ideas éticas populares hoy en día niegan que exista una ética de la sexualidad como tal, es necesario indicar por qué algunos tipos de elección de participar en actos sexuales en solitario o entre adultos que consienten pueden ser corruptos. De hecho, sin una explicación de este tipo, resultará imposible explicar por qué los actos sexuales entre adultos y niños voluntarios son abuso infantil en lugar de una forma agradable de juego o (como sostenían algunos griegos antiguos) de amor y educación.

Existe una forma de vida —llamémosla matrimonio— en la que un hombre y una mujer, ambos en edad de razón y madurez sexual, acuerdan vivir juntos permanentemente, coordinando la totalidad de sus vidas en función de las necesidades e intereses verdaderos de cada uno y de cualquier descendencia de su unión, y actualizando, experimentando y expresando este compromiso mutuo mediante la relación marital. Un acto sexual es cualquier acto destinado a conducir a la satisfacción sexual propia o de otro, y la relación *marital* es un acto sexual que en sus intenciones y tipo es apto para actualizar, expresar y permitir que los esposos experimenten su amistad,

compromiso y apertura a la procreación de descendencia. Dado que la voluntad de aceptar y criar hijos si son concebidos mediante la relación marital es un aspecto integral de la lógica del matrimonio —es lo que da sentido a su compromiso con la exclusividad y la permanencia— ningún acto sexual puede ser marital a menos que no sólo exprese el compromiso de los esposos en la amistad sino que también sea de tipo generativo. Porque sólo un acto consensual de tipo generativo puede expresar la apertura de la pareja a la procreación.76 E incluso un acto de tipo generativo será no marital si uno de los cónyuges está dispuesto, incluso condicionalmente, a participar en las mismas acciones con alguien fuera del matrimonio.77 Porque si uno tiene tal voluntad, *no puede* hacer:

Aunque, como hacen muchos, uno puede *esperar* en vano que la relación con su cónyuge sea una expresión y experiencia de la comunión y el compromiso con su pareja en *nuestro matrimonio* . Al estar dividida la voluntad de uno, el acto sexual de uno es uno de los muchos tipos de acto sexual que carecen de la integridad de un acto verdaderamente marital, la integridad de una unión en la que la unión de órganos es una unión de cuerpos, emociones, sentidos, inteligencia y compromiso voluntario. **Esa** falta de integridad es lo que se entiende por "sexualmente corrupto".

El matrimonio es una forma básica del bien humano.78 Es una amistad, una relación que no es un mero medio para generar y criar hijos, como algunas teorías inadecuadas de la ley natural lo han considerado. Y la procreación que, si llegan los hijos, será la culminación de la relación no es un mero medio para la satisfacción de la pareja, como muchos lo consideran hoy. Por lo tanto, es una relación que es un bien *intrínseco* , con dos aspectos constitutivos y de apoyo mutuo, la amistad y la procreación. El acuerdo de los esposos de compartir la vida incluye el acuerdo de participar juntos en relaciones maritales siempre que sea mutuamente aceptable y no irrazonable; esto es una cuestión de derecho mutuo. Kant confundió groseramente este derecho con el dominio: la relación de propiedad de una persona con una cosa subpersonal.

—sobre el cuerpo del cónyuge. (Gran parte del pensamiento moderno comparte la suposición errónea de Locke y Kant de que el cuerpo viviente de uno no es uno mismo sino algo que pertenece al yo/persona.) Parte integral del bien del matrimonio es esta voluntad comprometida79 de actualizar juntos, y permitir que cada uno experimente, el bien de nuestro matrimonio, en la alegría prevista80 de los actos maritales auténticos. Cuando los actos sexuales de la pareja no son auténticamente maritales, la inteligibilidad de su matrimonio se desintegra: sus actos sexuales se desvinculan de su compromiso mutuo. Este desvinculamiento y desintegración es contrario a ambos bienes constitutivos del bien básico complejo del matrimonio: no sólo el bien de la amistad marital sino también el bien de los hijos cuya formación total como personas se beneficia tan profundamente en el contexto de un buen matrimonio, y son tan vulnerables a todo lo que daña al matrimonio.

Por lo tanto, la conciencia de cualquier cónyuge que realmente comprenda el bien del matrimonio debe rechazar, entre otras cosas, cualquier tipo de voluntad, por condicional que sea, de participar en actos sexuales fuera del matrimonio. Y dado que incluso *aprobar* (considerando moralmente razonable) los actos sexuales de los solteros implica una voluntad, aunque condicional, de participar en actos sexuales fuera del matrimonio, todo cónyuge lúcido debe desaprobar todos esos actos. Además, dado que tal desaprobación es requerida por el bien del matrimonio, y el bien del matrimonio es verdaderamente un bien humano básico y un componente esencial del bien común, el respeto por el bien del matrimonio requiere que incluso los solteros, y aquellos que por alguna buena razón nunca se casarán, rechacen los actos sexuales fuera del matrimonio y los juzguen como un tipo de elección equivocada.

(p. 44) De ello se desprende que una parte muy importante de la educación de los niños es prepararlos, emocional e intelectualmente, para el matrimonio auténtico o, si sus

opciones vocacionales u otras circunstancias de su vida les impiden casarse, para el respeto por el bien del matrimonio negándoles su consentimiento o aprobación para actos sexuales no matrimoniales. Permitir deliberadamente que los niños a nuestro cuidado se vuelvan sexualmente corruptos —que desarrollen una disposición a aprobar actos sexuales desintegrados del bien del matrimonio— es una gran injusticia para ellos, ya que bloquea su participación genuina en un bien humano básico. Los padres y otras personas responsables de la educación de los niños tienen derecho a recibir ayuda para cumplir con sus responsabilidades en justicia. Es una responsabilidad fundamental del gobierno y la ley del estado —en esto Aristóteles tenía razón8—:

1

para prestarles su ayuda, prohibiendo coercitivamente, por ejemplo, todo tipo de pedofilia, todo tipo de publicación o distribución de pornografía infantil, toda enseñanza por parte de empleados o agencias públicas de que las relaciones sexuales fuera del matrimonio (por ejemplo, homosexuales)82 pueden ser razonables, y todo mantenimiento de lugares de recreo organizados para relaciones sexuales fuera del matrimonio cuya disponibilidad pública y deliberada para ese fin sugeriría a los niños que tales actividades son aprobables. Un gobierno y un sistema jurídico que, teniendo los recursos para asumir estas responsabilidades, deliberadamente se desentiende de ellas en nombre de la elección, el pluralismo o la libertad de expresión, se equivoca acerca de lo que realmente son los derechos humanos pertinentes y es gravemente injusto.

Consideraciones similares de justicia para los niños requieren un apoyo estatal enérgico al contrato matrimonial y a las madres que dedican su tiempo a mantener un hogar en lugar de aceptar un empleo que, en la mayoría de los casos, será menos significativo y valioso para el bien común. La oposición del Estado a abusos como la poligamia está justificada por el otro aspecto del bien del matrimonio, la amistad que exige una *igualdad genuina y de largo alcance* entre los cónyuges. Es de gran importancia para el bien común que la inteligibilidad y el

valor del matrimonio se preserven en las mentes de los niños y los adultos por igual prohibiendo la apropiación del título de matrimonios y de cualquier privilegio proporcional a las pesadas cargas del matrimonio por relaciones que, como el llamado "matrimonio entre personas del mismo sexo", carecen de una parte esencial de la lógica del matrimonio y son contraídas por personas que rechazan casi universalmente la exclusividad constante que es esencial para la fidelidad y la integridad matrimoniales (y, por lo tanto, para la justicia para los niños). Como bien dijo Aristóteles, "los seres humanos son por naturaleza más conyugales que políticos".84 Esta centralidad del bien del matrimonio para las formas razonables de vida y comunidad, y por tanto para la realización humana, es la razón por la que tantos aspectos de **(p. 45)** lo que lo promueve, como lo que lo socava o lo ataca, están dentro de la jurisdicción de la ley y el gobierno estatales a pesar de la limitación de esa jurisdicción a la paz y la justicia.

20 Filosofía del derecho de responsabilidad civil

Muchos teóricos jurídicos contemporáneos parecen valorar sólo una parte de la teoría jurídica clásica, una parte que se encuentra entre sus más débiles: la explicación aristotélica de la justicia correctiva. Es cierto que Aristóteles tiene razón al decir que la restauración de una igualdad alterada injustamente entre una persona y otra es el principio que obliga a los causantes de un ilícito a compensar a quienes han sometido injustamente a un daño o pérdida, y que ese principio es un principio esencial y verdadero de justicia, aunque su preocupación por restaurar la igualdad difiere de la preocupación por mantener la igualdad en la distribución de un conjunto compartido de beneficios o cargas entre un conjunto de personas.8

5 Pero tiene poco o nada útil que decir a modo de

Respuesta a las preguntas decisivas y difíciles: ¿deben tratarse a personas drásticamente desiguales en términos de riqueza, por ejemplo, como si hubieran sido *iguales* inmediatamente antes del ilícito? ¿Cómo se puede distinguir una causa ilícita de una causa inculpable o no ilícita de pérdida? ¿Qué medida de compensación restablece la igualdad preexistente hipotética cuando tanto

la culpa como (independientemente) los recursos de los demandados difieren tanto en relación con cualquier escala dada de pérdida?

El proyecto distintivo de compensación del derecho de responsabilidad civil depende claramente de un conjunto previo de juicios sobre qué formas de interacción entre personas son aceptables dentro de una comunidad determinada. Pero la prioridad de esos juicios puede ser más lógica que cronológica: hasta cierto punto, una comunidad debería y forma sus juicios de aceptabilidad *en* el contexto de demandas por responsabilidad civil. Sin embargo, antes de esos juicios comunitarios hay, en muchos contextos, juicios Página 24 de 39

La ley natural: la tradición clásica

La responsabilidad civil extracontractual se basa en deliberaciones individuales o privadas sobre lo que vale la pena y lo que amenaza lo que vale la pena, y sobre qué niveles de riesgo de pérdida de lo que vale la pena son aceptables en diferentes contextos. La columna vertebral de la responsabilidad civil extracontractual es un conjunto de principios morales (de derecho natural) que identifican como incorrectas todas las elecciones precisamente para dañar o engañar. Pero la esencia de la responsabilidad civil extracontractual es un conjunto de normas que incorporan tanto elementos de "derecho natural" como "elementos positivos". Los primeros reflejan una comprensión más o menos adecuada de los aspectos básicos e intrínsecos del bienestar humano y las principales estructuras sociales que conducen a ese bienestar. (Estos aspectos y estructuras son lo que los teóricos de la responsabilidad civil extracontractual suelen llamar "derecho natural").

'intereses'.) Los elementos 'positivos' en materia de responsabilidad civil reflejan intereses más o menos convencionales (que podrían razonablemente ser diferentes)

elecciones de modos de alcanzar los bienes humanos básicos, elecciones entre diseños alternativos de estructuras e interacciones sociales que promuevan el bienestar, y **(p. 46)** elecciones entre diferentes tipos y

niveles de riesgo de efectos secundarios indeseables de esos tipos alternativos de estructura y modos de actuar.

Una ley de responsabilidad civil adecuada identifica como ilícito todo acto *cuyo fin sea* precisamente causar daño a otra persona: la doctrina estadounidense de que la malicia hace ilícito es acertada, mientras que el rechazo inglés de esa doctrina es insensato (y poco entusiasta).86 Pero una comprensión precisa de *la intención* identifica como *efecto secundario no* deseado muchas consecuencias completamente previsibles y previstas de una elección. La doctrina de la facultad de derecho de que lo previsto es intencional es una ficción indeseable, como lo es la doctrina similar de que lo intencional incluye todo lo que es razonablemente previsible como cierto o altamente probable.

La responsabilidad por los efectos secundarios de las propias acciones, previstos o previsibles, es moral y humanamente diferente de la responsabilidad por lo que uno pretende, y por lo tanto debe considerarse como un tipo distinto de base para la responsabilidad extracontractual. En principio, nuestro derecho la trata como algo distinto, primero dividiendo el delito en intencional y negligente, y luego analizando este último con el aparato principalmente normativo de deberes y estándares de cuidado y lejanía de la causalidad.

Las normas que funcionan apropiadamente en esas fases del análisis de los incidentes que causan pérdidas en materia de responsabilidad civil son, entonces, en parte los principios y normas permanentemente válidos de la verdadera moralidad, y en parte las normas que una comunidad adopta mediante sus elecciones de formas de vida.87 Los principios y normas del derecho natural no requieren ni excluyen elecciones como la elección de nuestra comunidad de permitir que los vehículos pesados sean impulsados por las carreteras a velocidades que exceden con creces la velocidad de una caminata. Ni tampoco elecciones como la elección de una comunidad hipotética de fijar el límite de velocidad para los vehículos de motor en 40 km/h.

mph Pero, una vez que se toman esas decisiones racionalmente subdeterminadas (como inevitablemente sucede por la práctica y el uso, si no por la legislación o por los tribunales que deciden demandas por infracción o negligencia), proporcionan una medida racionalmente determinada (al menos presunta o revocablemente aplicable) para identificar muchos de los deberes y estándares de cuidado de la ley de responsabilidad civil extracontractual, y muchas de las demarcaciones de la ley de responsabilidad civil extracontractual entre pérdidas procesables y remotas. Todo esto es un paradigma de la interacción de la moralidad y *la determinación* (de lo "natural" y lo "positivo"), que es el tema central de la teoría clásica del derecho natural (véase la sección 14 supra).

En general, el derecho consuetudinario desarrollado en materia de responsabilidad civil, al igual que el derecho civil desarrollado en materia de delitos, encarna una verdadera comprensión de las personas, de su valor, de su libertad eficaz para elegir el bien o el mal y del bien común promovido por la iniciativa y la empresa individual en comunidad con otras personas y en parte para el bien de ellas.

El nombre clásico de esa verdadera comprensión práctica de los principios es derecho natural. Sin embargo, de ello no se sigue que todas las características principales de nuestro derecho de responsabilidad civil estén en plena consonancia con los requisitos de razonabilidad, es decir, con el derecho natural. ¿Cómo, por ejemplo, puede ser justo exigir a los demandados que compensen con una medida que no tiene en cuenta en absoluto los medios del demandado o del demandante para compensar o soportar la pérdida **(p. 47)** , ni la inocencia o maldad de la conducta de las partes en aspectos que no son causalmente relevantes para el daño o la pérdida procesables? ¿No debería el derecho de responsabilidad civil, sin abandonar su estructura central, incorporar algunos principios modificadores del tipo que en otras partes de nuestro derecho, como en la teoría del derecho natural, se denominan equidad?

21 Filosofía del Derecho Contractual

La distinción entre los deberes de cuidado y compensación especificados, regulados y exigidos por la ley de responsabilidad civil y los deberes de cumplimiento y compensación especificados, regulados y exigidos por el contrato no es una separación completa. Es bastante razonable que existan responsabilidades civiles, como la interferencia de ciertas maneras en las relaciones contractuales. Aun así, la distinción es clara, sólida y no se debe esperar que desaparezca. La "muerte del contrato", anunciada hace una generación, fue correctamente ignorada por aquellos a quienes más les interesaba: los empresarios dispuestos a demandar y esperando ser demandados incluso por contratos puramente ejecutorios (totalmente no cumplidos). Porque hay buenas razones para tratar ciertos tipos de acuerdos celebrados voluntariamente como creadores, desde el momento del acuerdo (u otro comienzo acordado), de un conjunto de obligaciones y de derechos correlativos que pertenecen, desde ese momento, a la ley y Página 25 de 39

La ley natural: la tradición clásica

activos protegidos (riqueza) del titular del derecho.

Históricamente, los sistemas jurídicos han sido cautelosos a la hora de asumir la responsabilidad de regular y hacer cumplir los acuerdos informales, y mucho menos los puramente ejecutivos. Esto no es sorprendente ni signo de estupidez o superstición. Los sistemas jurídicos tienen muchas responsabilidades previas y más urgentes y, como los abogados de los sistemas jurídicos avanzados olvidan fácilmente, la existencia de una obligación moral claramente identificable no implica que los órganos jurídicos del Estado tengan la responsabilidad moral de ocuparse de ella. Las responsabilidades afirmativas siempre están sujetas a las circunstancias. Sin embargo, las obligaciones morales que se crean mediante un acuerdo son obligaciones de justicia; defender la justicia es para lo que sirven esencialmente los órganos del Estado, y las obligaciones morales subyacentes creadas por los acuerdos voluntarios son la base racional de las obligaciones legales que son el corazón de lo que llamamos contrato. Las obligaciones morales creadas por las asunciones voluntarias de responsabilidad por parte de los

fideicomisarios son análogas a las centrales del contrato, y son de manera similar la base racional de gran parte del derecho de los fideicomisos. Cuando se relajan las antiguas doctrinas del derecho consuetudinario sobre prividad y contraprestación, se hace evidente que el contrato y los fideicomisos son más profundamente similares e interrelacionados de lo que su separación doctrinal, institucional y pedagógica habitual sugeriría.

De la misma manera, el contrato y la propiedad están profundamente interconectados a nivel de principio. La "elección en acción" constituida por el incumplimiento de un contrato incluso puramente ejecutorio es **(p. 48)** el testimonio del derecho positivo de la verdad moral de que la libertad, la dignidad y el poder de una persona incluyen su capacidad para enriquecer a otras personas específicas aquí y ahora al elegir conferirles los derechos presentes correlativos a (implicados por) la asunción (empeño) de la responsabilidad de prestarles algún servicio específico futuro. Sin embargo, las personas son radicalmente superiores a todas las realidades subpersonales, y el derecho de propiedad es correctamente distinto en la medida en que su objeto paradigmático son las realidades subpersonales, no las obligaciones de servicio, obligaciones que nunca deberían ser tratadas como una especie de cosa subpersonal. Esta idea informa correctamente gran parte de la parte correctiva del derecho contractual, más obviamente su aversión a ordenar el cumplimiento específico de un servicio personal *stricto sensu* .

Para explicar la fuerza moralmente vinculante de asumir voluntariamente la responsabilidad mediante promesas o acuerdos, es esencial tener en cuenta los beneficios razonablemente previsibles de la división del trabajo y la cooperación. Es este beneficio de la cooperación entre personas que *no están* en una relación *stricto sensu de* pareja lo que da a las asunciones voluntarias de responsabilidad (dentro de ciertos límites) la importancia normativa que pretenden tener, y las convierte en tipos de actos razonables, no en jerga ni en autoesclavitud. El tipo de beneficio en juego es esencialmente una especie de control sobre el futuro, un tipo de seguridad que no consiste tanto en evitar daños anticipados como en mejorar positivamente el bienestar de todas las partes. Los intentos

hobbesianos, lockianos y kantianos de explicar la obligación promisoria apelando a sanciones extrínsecas, a la supuesta lógica de la autoconsistencia y/o a la metafísica de la personalidad, todos parecen equivocados.

Todos ellos fracasan por falta de la idea clave de un bien común en el que las partes obtienen beneficios individuales mediante el servicio de una cooperación que puede ser asincrónica y extenderse de manera confiable mucho más allá del presente, mientras que no está comprometida con un proyecto común como el que comparten los socios *en sentido estricto.88* La misma idea clave nos da motivos para decir que la concepción de Oliver Wendel Holmes de los contratos como creadores de nada más que la obligación legal disyuntiva de cumplir o pagar daños es, si bien no incoherente o incapaz de ser adoptada por un sistema legal, no por ello menos precisa como explicación del derecho consuetudinario, civil o internacional, ni en absoluto deseable como alternativa.

Así como el derecho de responsabilidad civil presupone ciertas verdades sobre la acción y la intencionalidad humanas que a menudo niegan los escépticos teóricos, el contrato presupone todas estas y también algunas otras verdades relacionadas sobre la inteligibilidad del lenguaje y la accesibilidad de los significados, creencias e intenciones de otras personas. Incluso el llamado derecho "objetivo"

La prueba empleada para analizar ofertas o aceptaciones toma como decisivo lo que una persona razonable, en el contexto, habría juzgado como el significado y la intención reales ("subjetivos") del hablante.

(p. 49) 22 Filosofía del Derecho Penal

No es posible entender y justificar adecuadamente una ley justa en materia de delitos sin comprender algunos elementos fundamentales de (i) la teoría política, (ii) la teoría moral, (iii) la metafísica de las personas y sus actos, y (iv) un conocimiento basado en el sentido común de la cultura y las disposiciones de los jueces o jurados de una comunidad determinada. La teoría clásica del derecho natural, en sus formas contemporáneas, aborda estas cuestiones de manera explícita y justifica la clara distinción

entre derecho penal y derecho civil que es característica de los sistemas jurídicos modernos, pero no de la práctica y la teoría antiguas o incluso medievales.

Que la ley y el gobierno del Estado 'monopolizan la fuerza' (como dice Kelsen), o que son los únicos que tienen el derecho de autorizar y Página 26 de 39

La ley natural: la tradición clásica

La administración de medidas irrevocables y deliberadamente dañinas que llamamos castigo (como sostiene más acertadamente Santo Tomás de Aquino) es un elemento decisivo en la teoría política, descriptiva o normativa. La teoría jurídica debe ser considerada como la incorporación y extensión de este elemento cuando busca dar cuenta de (*a*) los límites adecuados de los requisitos prohibitivos y afirmativos del derecho penal, y (*b*) el sentido y la justicia de imponer un castigo cuando se violan esos requisitos. La primera función del derecho penal, la de identificar aquello de lo que los sujetos *deben* abstenerse (o, en unos pocos casos, hacer), se justifica sólo por la premisa de que ninguna de las otras personas que ejercen autoridad legítima, por ejemplo, la autoridad parental o directiva corporativa, y ningún otro tipo legítimo de medida salvo ésta, es probable que sea eficaz o justa para identificar, y tratar de evitar o reducir, la perspectiva de que algunos sujetos sean tratados *injustamente* por otros.89

La segunda función del derecho penal, la de autorizar y exigir la imposición de medidas punitivas contra quienes hayan sido hallados judicialmente culpables de haber violado sus requisitos, se entiende mejor como un elemento de la función más amplia del Estado de mantener y, cuando sea necesario, crear y rehacer una distribución justa de beneficios y cargas. La carga de cumplir con los requisitos justos de la ley recae, en justicia, sobre todos los sujetos de la ley, de hecho, sobre todas las personas dentro de su jurisdicción territorial. Siempre que se cometen delitos que podrían ser castigados con justicia, los infractores se benefician de renunciar, a su propia voluntad arbitraria, a esa carga. La ventaja que obtienen de ese modo ilícita e injustamente es precisamente la ventaja de una especie de

libertad para hacer lo que quieran, para seguir sus propias preferencias y elecciones en lugar de la forma establecida para todos por la ley. De acuerdo con la función del Estado de mantener la justicia distributiva, las autoridades estatales pueden, por lo tanto, estar justificadas en privar coercitivamente a los infractores de este tipo de ventaja, de modo que el equilibrio de ventaja y desventaja, entre ellos y los respetuosos de la ley —un equilibrio perturbado por el acto criminal voluntario— se restablezca y rectifique. Esta privación que restablece el equilibrio es precisamente de la clase de ventaja que los infractores obtuvieron: de una libertad excesiva. El castigo justo no es esencialmente una cuestión de infligir dolor, sino más bien de reprimir la voluntad, la libertad, de los infractores **.** (Nada más que esta línea de pensamiento puede dar sentido a la noción opaca de que los crímenes o los criminales *merecen* castigo.) *La retribución* , por lo tanto, es el objetivo general justificativo del castigo.90 La oportunidad de utilizar castigos justificados retributivamente para disuadir y reformar es sólo un efecto secundario adicional, y las medidas destinadas a disuadir y/o reformar no pueden ser más perjudiciales para los intereses de los delincuentes condenados de lo que pueden justificarse por consideraciones retributivas.

Y la relación intrínseca de la retribución con la función y autoridad únicas del Estado para mantener un patrón justo de ventajas y desventajas relevantes explica por qué el derecho penal es tan distinto del civil. En el derecho civil o privado, la víctima de un delito busca reparación del infractor, como rectificación de una relación preexistente entre ellos que se presupone que es justa. Pero en los procedimientos penales, la víctima del infractor no tiene una posición adecuada salvo como testigo, porque aquí son los intereses de los respetuosos de la ley (normalmente incluida la víctima) los que deben ser reivindicados como una cuestión de restaurarles la *justicia* .

Las principales doctrinas generales del derecho penal sobre la voluntariedad, los actos y *el mens rea* están estrechamente vinculadas con la comprensión que la teoría retributiva tiene de lo que hay en los delitos que justifican el castigo. Por supuesto, la teoría, a su vez, al igual que las doctrinas, se basa en una comprensión de lo que implica

que las personas *actúen* (en lugar de simplemente comportarse, como en el sonambulismo). Se basa particularmente en una comprensión de que el paradigma de la acción es la *ejecución* de una *elección* , una *intención específica* adoptada como un medio previsto para algún fin previsto, alguna intención más amplia. Esa ejecución es típica -y en todos los casos que están dentro del ámbito propio del derecho penal- mediante movimientos corporales (aunque ciertamente hay actos, como la oración o el cálculo mental, en los que no hay movimiento de la persona que actúa).

Muchos de los enigmas de la teoría del derecho penal se refieren a la cuestión de demarcar elementos de conducta de *la acto* ,9

1 y demarcando el acto de lo que causa, sus *consecuencias* . Muchos delitos, aunque no todos, se definen jurídicamente en términos no sólo de tipos de intención y de movimiento corporal, sino también de tipos de efecto. El derecho penal se crea así mismo —y con razón— problemas que no surgen en la reflexión puramente moral, en la que lo que se pretende, en general (como fin) y en particular (como medio), es decisivo para el juicio más o menos independientemente de lo que de hecho sucede o deja de suceder como resultado.

En la doctrina y la práctica del derecho penal surge mucha confusión debido a la renuencia de quienes lo aplican a diferenciar claramente entre *conducta* y *acción* (la conducta precisamente *como* la ejecución de una elección), y entre acción y *consecuencias* , particularmente cuando las consecuencias fácilmente previsibles pero no deseadas son impresionantemente dañinas y las intenciones y otras motivaciones del acusado son opacas para los observadores.

(p. 51) 23 Filosofía del derecho de propiedad

La ley natural: la tradición clásica

La propiedad, en todas las formas que conoce la doctrina jurídica, es un conjunto definido de relaciones normativas entre personas, consideradas precisamente en la medida en que una o más de ellas están o podrían estar relacionadas con alguna parte del mundo —algún recurso— que puede ser objeto de uso humano. Los tipos de interés pertinentes con respecto a un recurso (una cosa o *res*) pueden, por supuesto, ser bastante indirectos y contingentes, como en el caso del dinero, las acciones, los futuros, las patentes y similares. Pero siempre la fuente última del valor de esos bienes intangibles es su potencialidad para conferir control sobre los recursos y el uso de estos recursos para promover algún bien intrínseco (real o supuesto) de una persona humana.

Aunque la doctrina jurídica, por buenas razones técnicas, contrasta *los derechos entre personas* con *los derechos sobre cosas* , los derechos de este último tipo siempre son reducibles a combinaciones de derechos entre personas, y siempre tienen como punto principal la regulación de las relaciones entre personas (por ejemplo, la exclusión de los no propietarios de la cosa y su uso). Todo el derecho de propiedad, cada derecho y relación de propiedad, y cada elemento de propiedad, está totalmente al servicio de las personas humanas y de las relaciones justas entre personas. Ningún tipo de relación física entre personas particulares y cosas particulares -la "ocupación" original y/o de larga data, la creación mediante el trabajo personal en otras cosas, la invención- constituye por sí misma una razón normativamente suficiente para reconocer o dictaminar que esas personas tienen propiedad sobre esas cosas, y menos aún que tengan con derecho la propiedad "absoluta" como el *dominium romano* o la propiedad absoluta en el derecho consuetudinario. Los recursos del mundo preexisten a todos nosotros, y dado que todos somos fundamentalmente iguales entre nosotros como personas, la única base normativa razonable es que todos esos recursos deben ser tratados en todo momento como para el beneficio de todos.

Así, los derechos de propiedad en todas sus formas (i) otorgan a personas particulares derechos al uso y/o los frutos de los recursos con prioridad sobre todas las demás personas (que hasta ese momento están excluidas de dicho

disfrute de la cosa), pero (i) al mismo tiempo están moralmente sujetos a una especie de fideicomiso, hipoteca, gravamen o usufructo incipiente en favor de *todas las demás personas* . Esta carga moral sobre las tenencias de propiedad recibe *una especificación legal* de las diversas normas de derecho privado y público (que varían, como las formas mismas del derecho de propiedad, de un sistema a otro) que califican la prioridad de los propietarios en el disfrute y control: molestias, servidumbres prescriptivas, impuestos, dominio eminente, "antitrust" (ley antimonopolio), etcétera.

Por lo tanto, la tradición clásica del derecho natural acepta la posición articulada en el lema aparentemente paradójico de Aristóteles: la propiedad debe ser privada en la posesión pero común (compartida) en el uso.92 Esto suena paradójico, ya que el objetivo de la posesión es el uso, y el objetivo de hacer privada la posesión -el objetivo de *apropiarse* de recursos y derechos sobre recursos para personas particulares con exclusión de otras- es **(p. 52)** (como dejan claro las famosas discusiones de Aristóteles y Aquino93 y la triste experiencia de dos generaciones de bolchevismo confirma superabundantemente) proporcionar incentivos para una gestión y explotación cuidadosa, prudente, pero dinámica y con visión de futuro de esos recursos. Tales incentivos residen en la prioridad de uso y disfrute de los propietarios. ¿Cómo puede entonces llamarse correctamente común al uso? ¿Cómo puede decirse que los no propietarios, que no han contribuido en nada a la creación o el cultivo y la gestión de la cosa, tienen algún derecho a participar en su disfrute? La respuesta está en la idea ya mencionada de que los derechos de disfrute de los propietarios, aunque confieren suficiente prioridad y beneficio para incentivarlos a cuidar y cultivar, están condicionados por un cuasi-fideicomiso residual en beneficio de todos cuyas necesidades podrían ser razonablemente satisfechas con alguna participación en el uso o los frutos del recurso. Las instituciones de impuestos redistributivos son quizás los mecanismos más característicos del reconocimiento por parte de los sistemas jurídicos modernos de esta carga moral sobre la propiedad privada. Siempre que se tenga siempre presente el objetivo de la institución de la propiedad -el bienestar de las personas-, el dictamen aristotélico escapa a la paradoja

y prescribe un equilibrio apropiado entre el comunismo ingenuo y el capitalismo puro. El hecho de que no se pueda esperar que tal equilibrio sea simplemente óptimo, o permanentemente apropiado, no implica que la búsqueda de un equilibrio apropiado sea inútil.

Así como los diversos contornos técnicos de las instituciones de propiedad de un sistema legal no se delinean en el tratado sobre la propiedad sino bajo el título de agravio (conversión, violación...) y contrato (transferencia de título en venta...), así también las reglas que imponen la sujeción ordenada de los derechos de todos los propietarios a los intereses y derechos morales de los necesitados se encuentran en muchos rincones del derecho. Muchos sistemas legales no contienen ninguna calificación explícita de las leyes de robo para acomodarse a los hambrientos, una calificación prominente en los escritos de los moralistas de la tradición ("en la necesidad, todas las cosas son comunes"94). Tal falta puede justificarse, si es que se puede, solo por sólidas prácticas compensatorias de discreción procesal y de sentencia. El olvido de la tradición parece contribuir al mal tiempo que los juristas han hecho recientemente de *Vincent v. Lake Erie* Transportation.95

24 Filosofía del Derecho Internacional

La ley natural: la tradición clásica

El término "derecho internacional" es una traducción del término *Jus inter gentes* , que surge en la renovación de la teoría del derecho natural en el siglo XVI **(p. 53) tras el colapso de una cristiandad secular-eclesiástica unitaria. El derecho internacional, articulado en los siglos siguientes como un derecho entre** *estados,* más que entre naciones o pueblos como tales, manifiesta en su desarrollo contemporáneo tanto la complejidad subyacente de la comunidad humana (una complejidad que excede con creces la multiplicidad de estados) como la inexactitud de la idea de que un estado es, sin reservas, una *perfecta communitas* , una comunidad completa con derecho a constituir el horizonte último e incondicional de la lealtad

de una persona justa. ¿Tiene una persona individual, o un grupo que no es un estado, legitimidad para actuar ante órganos internacionales como sujeto de derecho internacional con derechos sustantivos y procesales derivados del derecho internacional? ¿Tiene una organización internacional como las Naciones Unidas una personalidad internacional comparable a la de un Estado, y sus derechos en el derecho internacional se limitan a los que le reconocen los Estados partes en su creación? ¿Puede decirse lo mismo de una organización no gubernamental como la Cruz Roja Internacional? Si las "personas" distintas de los Estados pueden ser sujetos de derechos de derecho internacional, ¿pueden también ser creadores de normas de derecho internacional, como pueden hacerlo los Estados?

Estas cuestiones han impulsado muchos de los avances del derecho internacional durante los últimos cincuenta años. Todas ellas surgen de una creciente comprensión de que nuevas interdependencias, económicas, ambientales y culturales, están dando origen a una comunidad humana mundial que podría, en principio, convertirse en una *perfecta communitas* equipada para supervisar la aplicación de la justicia en todas partes. En ocasiones, como en Nuremberg en 1945-6, estas cuestiones han dejado al descubierto los fundamentos del derecho natural que por sí solos podrían justificar la afirmación de que cierta conducta puede ser, y concretamente fue, una

'crimen contra la humanidad', sujeto a juicio internacional.

¿Por qué se necesitan y justifican las leyes y los gobiernos estatales con jurisdicción sobre las familias, los barrios y otras asociaciones dentro de un territorio distinto y económicamente viable? Fundamentalmente, por la necesidad de una autoridad de la que se pueda esperar que administre castigos coercitivos e irreparables con la justicia de la imparcialidad y el cuidado de la verdad.96 Históricamente, parece que los Estados y sus gobiernos se han constituido muy a menudo mediante una simple toma de autoridad no autorizada por ningún título legal preexistente o cualquier otra pretensión moral que no sea la perspectiva de tener, *de facto* , probabilidades de lograr un grado de coordinación y cooperación suficiente para

permitir que la justicia no sea simplemente deseada y ordenada sino que realmente se haga.97 Hoy no existe ningún tipo de autoridad legislativa, ejecutiva o judicial internacional de caso central porque ninguna persona o grupo es capaz de tomar el poder, en el sentido antes mencionado, y porque los Estados coinciden tácitamente en juzgar que no se puede confiar en ninguna autoridad existente o previsible para actuar con una justicia efectiva suficiente para merecer una transferencia general o subordinación de la jurisdicción estatal a ella.

Por lo tanto, los acuerdos (tratados) y, en menor medida, la práctica consuetudinaria (especialmente de los Estados) siguen siendo las fuentes primarias del derecho internacional, que sigue siendo, tanto descriptiva como moralmente, un caso de derecho relativamente subdesarrollado y no central. Sin embargo, **no** se lo debe llamar simplemente un sistema jurídico primitivo; en la medida en que se trata de ellos, los procesos jurídicos internacionales son aplicaciones sofisticadas de "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". 98

y de aquellas técnicas para estabilizar el pensamiento práctico y convertirlo en un instrumento de comunidad y cooperación, que llamamos doctrina legal, como se evidencia en las "decisiones judiciales y las enseñanzas de los publicistas más altamente calificados de las diversas naciones".99 En estas fórmulas, los términos "reconocido" y "civilizado", si no también

'calificado', apuntan hacia la suposición —plenamente justificada— de que hay principios verdaderos —tradicionalmente llamados ley natural— que subyacen a este y a todo otro orden, principio y doctrina legal.

25 Filosofía del derecho consuetudinario

El término "derecho consuetudinario" se encuentra en Eurípides y Platón, y es bien conocido (como *ius commune*) en el pensamiento jurídico y político en el derecho civil medieval (derecho romano) y eclesiástico, en un significado sustancialmente igual a un aspecto de su significado en el pensamiento jurídico y político inglés: la ley general del

reino, a diferencia de las costumbres locales y personales pertenecientes a una familia, un lugar o un distrito. Pero otro aspecto del derecho consuetudinario es quizás más significativo: su distinción con respecto a los estatutos u otras disposiciones, con respecto a la ley hecha por un organismo cuya autoridad y función principal es precisamente cambiar la ley del reino.

Los abogados que siguen la tradición denominada common law, a diferencia del derecho romano o civil, han reflexionado durante casi mil años sobre la naturaleza del common law. La historia de sus reflexiones muestra que nunca ha habido una explicación estable, articulada, coherente y generalmente aceptada del lugar o los papeles que desempeñan en su composición fuentes como la razón (principio moral), la antigüedad (permanencia), la costumbre popular, el precedente judicial o la práctica profesional.

experiencia, opinión y práctica.100 Sin embargo, todos identifican, de una manera u otra, dos dimensiones del common law. El common law, cuya administración incumbe a los tribunales superiores de justicia, es un derecho que está inherentemente relacionado con la razón, de hecho, en cierto sentido se deriva de *ella* , y es de alguna manera una cuestión de *uso* .

Cada una de estas dimensiones es compleja. *La razón* significa los principios de elección y acción razonables que se han llamado ley natural o (con el mismo significado y referencia) ley de la razón o moralidad o derechos humanos y decencia humana, o equidad, **(p. 55)** imparcialidad y justicia. Pero la "razón" del derecho consuetudinario a menudo se ha considerado que incluye la "razón artificial" de una profesión erudita, dejando sin aclarar la cuestión de hasta qué punto se trata de una cuestión de sabiduría moral basada en algo más que la experiencia ordinaria, y hasta qué punto es una cuestión de doctrinas técnicas, instituciones y prácticas *postuladas* por elecciones de abogados profesionales que razonablemente podrían haber

elegido de manera diferente. En este último sentido, la "razón" del derecho consuetudinario se fusiona con la segunda dimensión principal, el uso, pero conserva el sentido especial de que las doctrinas y demás postuladas por las prácticas de la profesión jurídica están sujetas a un requisito de consistencia interna y coherencia entre sí. (Véase también las secciones 3 y 14 anteriores.) La mayoría de las confusas y cambiantes discusiones de los antiguos abogados comunes sobre la naturaleza del derecho común podrían haberse clarificado con una comprensión firme de la idea tomista de que los principios de la razón práctica necesitan ser extendidos y aplicados por *la determinatio* .10

1 Como se señaló hacia el final de la Sección 3 y en la Sección 14 supra, uno de los principios inmutables que subyacen a cualquier *determinatio justificable* es el principio de que los casos similares deben decidirse de la misma manera. Esto fundamenta la aceptación por parte del common law de las normas de *stare decisis* (precedente judicial), una aceptación que cristalizó casi tan pronto como se establecieron las condiciones previas (especialmente los informes jurídicos impresos). Porque los jueces que se enfrentan a una cuestión no resuelta por el significado claro de una constitución o estatuto deben tratar de resolverla de la manera en que sería resuelta por cualquier otro juez que conozca del caso el mismo día en el mismo ámbito. (Eso es parte de lo que implica la administración *del common* law, y los jueces del common law a menudo piensan que su ámbito es, para algunos fines, tan amplio como "el mundo del common law"). Pero esa coherencia sincrónica (contrafáctica) de las decisiones requiere que haya algún estándar de decisión además de los estatutos y la respuesta moral de cualquier juez dado a la cuestión. El estándar debe ser *relevante* , identificable por todos y más fácilmente identificable que la respuesta a la cuestión en cuestión. El hecho de que la cuestión haya sido resuelta en el pasado de una manera particular por los jueces en el mismo contexto jurídico general es relevante y, por lo tanto, proporciona un estándar presuntamente y refutablemente apropiado para resolver la cuestión aquí y ahora.

26 Agravios privados y recursos

El derecho de los agravios y los recursos privados, del cual el derecho de responsabilidad civil es uno de los tipos centrales, ciertamente no puede justificarse ni describirse bien mediante teorías que pasan por alto su **(p. 56)** estructura fundamental como un conjunto de derechos y deberes primarios y correlativos (por ejemplo, no ser difamado y no difamar) cuya violación ('incumplimiento') se toma para *justificar* el reconocimiento de que *P* , cuyo derecho primario fue violado, adquiere de ese modo un derecho de acción correctiva en la ley para obtener una compensación, y que *D* , habiendo incumplido un deber primario, correlativamente se vuelve responsable, a juicio de *P* , de realizar dicha compensación a *P.* El incumplimiento del deber es la violación del derecho y la ' *causa* de acción'.

Cualquier explicación que explique los derechos de reparación, no como consecuencias de la violación de derechos primarios, sino como medios para maximizar la riqueza social o algún otro valor (por ejemplo, reduciendo precauciones inútiles y/o costos de transacción incurridos en intentos de intercambio de derechos), no dará sentido a las reglas y doctrinas omnipresentes de nuestro derecho de responsabilidad civil extracontractual que niegan *a P* un derecho de reparación cuando el incumplimiento de *D del deber hacia T* previsiblemente causó daño a *P* pero no implicó el incumplimiento de ningún deber primario hacia *P.* De modo que los análisis economicistas de la responsabilidad civil extracontractual, aunque útiles al llamar la atención sobre ciertos efectos secundarios de las reglas y procedimientos legales, no servirán. Pero igualmente, las teorías que se ponen el manto de la teoría aristotélica

La "justicia correctiva" no ha logrado llenar los vacíos en el relato de Aristóteles: su insuficiente atención a los derechos y deberes *primarios* que hacen que los errores sean identificables como errores, y su descuido a la hora de explicar cómo la violación del derecho primario *justifica* la orden judicial normal de daños compensatorios completos.

La reciente descripción102 del agravio como fundado en un "principio de recurso civil" se ofreció como descriptiva y

"conceptual" y rechazó cualquier propósito "normativo" o justificatorio. Su crítica de las teorías rivales demostró poderosamente que las teorías economicistas, utilitaristas y (de diferentes maneras) aristotélicas de la justicia correctiva no dan sentido a la estructura de la responsabilidad civil extracontractual y a muchas de sus reglas. Y el análisis de nivel medio de esa estructura que hace la teoría señaló correctamente la forma en que las convenciones sociales y otras normas de justicia otorgan cierta determinación a la responsabilidad civil extracontractual.

derechos y deberes primarios.103 Pero en su nivel más profundo, esta teoría del recurso civil falla al pasar por alto la dependencia radical del análisis descriptivo o conceptual del compromiso crítico irrestricto con las cuestiones de evaluación.

con las verdades normativas que son la única fuente racional de justificaciones (o condenas). Porque una teoría o explicación que aspire a un nivel interesante de generalidad no puede "dar sentido" suficientemente a ninguna regla o estructura institucional sin demostrar que están justificadas -si lo están- por principios que el teórico no sólo puede

"Sugerir" tiene "ciertas justificaciones normativas atractivas"104 pero puede juzgarse razonablemente que *está justificado* en el rico sentido de justificación buscado por un juez concienzudo que delibera sobre cambiar toda la vida de *D* , o *P* , o ambos al hacer o rechazar una adjudicación de daños. En ausencia de una justificación normativa tan pura, los rivales derrotados pueden reclamar el campo de batalla **(p. 57)** denunciando como anacronismos aquellos rasgos de la ley no explicados -no se ha demostrado que estén justificados, o se ha demostrado que son injustificables- por sus explicaciones rivales.

Como justificación de la estructura del agravio, la teoría del recurso sería rechazada por la teoría clásica del derecho

natural.

En su raíz, la teoría del recurso considera como digno el impulso emocional de la víctima de un delito de " *desquitarse* ",105

al ' *actuar* contra ' -tener recurso contra- el violador de los derechos.106 Este impulso es en la mayoría de los aspectos, si no en todos, contrario al verdadero principio de no responder a daño con daño (Sección 10 anterior). La teoría del recurso no explica por qué *el* impulso de *P debería ser permitido cuando es un deseo de apoderarse de los bienes del malhechor, pero no cuando es un deseo de imponer a D* un daño o perjuicio como el que *P* ha sufrido. Deja sin explicar por qué el derecho de acción correctiva otorgado por la ley en reconocimiento y sustitución del impulso emocional de *P* debería extenderse, como lo hace en agravio, a una compensación completa por todas las pérdidas previsibles. Pero al mismo tiempo, aunque trata los derechos reparatorios de *P como independientes de cualquier supuesto deber moral de D* de *ofrecer voluntariamente* una compensación completa, la teoría no proporciona respaldo a la idea (véase la Sección 20 anterior) de que nuestra ley es simplista, desequilibrada y hasta cierto punto injusta e injustificable al mantener una regla cuasi universal de compensación *completa por las pérdidas previsibles causadas por el incumplimiento de D* del deber hacia *P* , por menor que sea ese incumplimiento y cualesquiera que sean los recursos relativos de *P* y *D.* Además, la teoría del recurso ofrece de manera cuestionable justificar la institución de los daños punitivos, una parte de la ley de agravios que, en sus formas estadounidenses, parece mezclar injustificadamente el derecho privado con el público (especialmente, pero no solo, el derecho penal); Incluso las formas más restringidas de la institución de daños punitivos, en otras partes del mundo del derecho consuetudinario, pueden justificarse solo en la medida en que la institución equivale (si es que equivale) a otorgar daños por un delito distinto aunque hasta ahora implícito de desprecio por la personalidad de *P , muy similar al delito (agravio) del derecho romano de Injuria* .

La teoría del recurso identifica correctamente las características centrales de nuestro derecho de responsabilidad civil que han sido mal entendidas o subestimadas durante mucho tiempo, y las cuestiones centrales de explicación o justificación de esas características. Pero deja esas cuestiones apenas resueltas. La resolución necesaria tendrá que reconocer que no todas las características del derecho de responsabilidad civil pueden justificarse; algunas de las características que necesitan reforma son de muy larga data, pero otras son importaciones recientes bajo la influencia de enfoques economicistas y otros enfoques "orientados a la política". La resolución provendrá del reconocimiento de que, como otras partes del derecho pero a su manera distintiva, los fundamentos del derecho de responsabilidad civil son juicios sobre qué tipos de relaciones entre personas son justas y razonables, tanto de manera genérica como en tipos particulares de contexto. Estos juicios son la base principal para reconocer derechos y deberes primarios. El derecho reparador a compensación en caso de violación por parte de *D del derecho de P* invoca un juicio adicional sobre equidad y razonabilidad al restablecer la relación justa entre ellos que la conducta de *D* rompió. Muy a menudo -pero de ninguna manera **siempre-** la justicia reparadora exige la restauración de la igualdad que es la razón de ser de lo que establece la ley de responsabilidad civil extracontractual (y en muchos casos solo la ley de responsabilidad civil extracontractual): *D,* en la medida de lo posible, restaura *a P* a la posición que *P* habría disfrutado si no se hubiera producido el incumplimiento de su deber *hacia P.*

27 Interpretación constitucional y estatutaria

La interpretación de textos y otras afirmaciones es a veces simplemente histórica: ¿qué pretendía comunicar un determinado autor o grupo de autores en su texto u otra afirmación? Esa pregunta, incluso cuando se refiere a un texto con múltiples autores, a menudo tiene una respuesta determinada en cuya exactitud se puede tener una confianza razonablemente alta. (Si usted piensa que esta afirmación es demasiado optimista, la ha comprendido y ha hecho su parte para verificarla). Sin embargo, a menudo no se puede dar una respuesta tan determinada y fiable a la

pregunta, salvo: no sabemos y no tenemos medios de saber qué pretendía comunicar el autor o los autores sobre tal o cual asunto, al que su texto parece más o menos estrechamente relacionado. A menudo, esta incertidumbre tiene su origen en las limitaciones que hacen que los seres humanos sean incapaces de prever todas las cuestiones relevantes o de abordar exhaustivamente incluso aquellas cuestiones que sí prevén.

En la práctica judicial y jurídica, la interpretación de los textos y las declaraciones constitucionales y estatutarias nunca puede ser razonablemente exclusivamente histórica. Las constituciones y las leyes surgen para su consideración —de hecho, existen como *ley— sólo en* la página 31 de 39

La ley natural: la tradición clásica

En un contexto de la intención del intérprete de servir a las personas y a su bienestar, el bien común, por ejemplo, haciendo justicia de acuerdo con la ley como juez. Las constituciones y los estatutos exigen una comprensión históricamente precisa, en la medida de lo posible. Decir lo contrario es negar su autoridad para *resolver* cualquiera de las cuestiones de la vida social que necesitan ser resueltas por la ley. Pero las constituciones y los estatutos -y lo que quienes los promulgaron escribieron, dijeron y pretendieron comunicar y lograr- también necesitan ser interpretados como partes de un todo de inmensa complejidad y alcance: los acuerdos y compromisos constituyentes de la comunidad entre sus pueblos constituyentes, sus inversiones pasadas de todo tipo, sus necesidades presentes, incluida la superación de las fuentes actuales de conflicto, la sabiduría y la artesanía, y la estrechez de miras y el egoísmo de sus órganos legales y otras élites, y muchos otros aspectos de su bien común. Sólo como partes de este todo, concebido como orientado al bien común presente y futuro, las constituciones y leyes tienen alguna autoridad legal o alguna pretensión, legal o moral, de guiar las deliberaciones actuales de alguien.

(p. 59) Dado que la ley y el pensamiento jurídico merecen poco respeto o consideración a menos que sirvan, o puedan ser llevados a servir, a toda persona a la que podrían beneficiar, todos los derechos humanos básicos deben

considerarse como el elemento que controla toda cuestión de interpretación que de otro modo estaría abierta. El error básico de la Corte Suprema en *Dred Scott v. El caso Sandford* 107 se refería a la interpretación de la disposición de la Constitución, por ejemplo, en relación con el poder del Congreso para la naturalización, sin una fuerte presunción de que, cualesquiera que sean los supuestos y expectativas de sus creadores, toda disposición constitucional debe, si es posible, ser entendida como consistente con derechos humanos tan básicos como el reconocimiento como persona jurídica. Un error esencialmente idéntico es cometido por aquellos jueces, como el juez Scalia, que interpretan las referencias no elaboradas de la Decimocuarta Enmienda a las "personas" como si permitieran a los estados tratar como no personas y autorizar el asesinato o la esclavitud (en bancos de embriones) de los no nacidos, a quienes esos mismos jueces saben que son en realidad personas humanas.108

Cuando no están en juego violaciones inequívocas de los derechos humanos fundamentales, muy poco de lo que es de amplia generalidad puede decirse para resolver de manera determinante las numerosas cuestiones de interpretación que exigen un equilibrio adecuado entre la fidelidad al texto, la fidelidad a las intenciones de sus creadores, la fidelidad a la ley histórica, la coherencia con otras partes de la ley, el respeto a la división de responsabilidades constitucionales entre las legislaturas, los tribunales y las agencias administrativas, las necesidades de las personas presentes y futuras previsibles, y las propias intuiciones del juez sobre las probables consecuencias de decisiones alternativas y desarrollos alternativos de la ley.

28 Responsabilidad

El sustantivo abstracto «responsabilidad» surge recién hacia fines del siglo XVIII; el primer usuario registrado en el *Oxford English Dictionary* es Hamilton, seguido por Burke. Pero esta palabra de la Ilustración transmite con gran riqueza un conjunto de ideas que las filosofías ilustradas de Hume, Kant y Bentham intentaron desterrar o tornaron innecesariamente oscuras. Son ideas que hoy son tan familiares para el sentido común como para Platón y

sus interlocutores. Son esenciales para dar sentido a la idea de obligación, con la que comenzó este capítulo.

Una primera idea es que uno puede realmente provocar, *causar* , efectos en el mundo, incluyendo beneficios y daños para sus semejantes, su vecino y cualquier otra persona humana. Nada de esto se explica bien en términos de conjunciones constantes observadas.

(p. 60) El poder causal de uno, y en particular el poder de la mente sobre la materia, es una realidad que uno experimenta y entiende (aunque no de una manera completamente explicativa) en cada acto por el cual uno lleva a cabo lo que pretendía, por ejemplo, decir a su clase las palabras audibles 'Hume y Mil refutaron las teorías clásicas de la ley natural'.

Una segunda idea es que cuando la conducta de *A ha dañado a B* , a veces es cierto (aunque a veces no) que *A* es responsable, está *sujeto a responsabilidad* , ante *B* , es decir, debe hacer algo para rectificar la relación actual entre ellos y restablecer una relación anterior, más apropiada. A veces este deber está implícito en alguna regla de un sistema jurídico en virtud del cual se puede exigir *a A que responda —responda* ... en latín y luego en idiomas modernos— a la queja de *B* , tanto negando o reconociendo su responsabilidad causal por el daño de *B* , como repudiando o aceptando su deber de compensar *a B* en alguna medida.

La responsabilidad tiene, pues, en su núcleo un ejemplo de una visión más amplia: uno puede, y a menudo o en algunos aspectos siempre lo hace, estar en una relación tal con otras personas humanas que uno tiene el *rol* , la función, la obligación de prestarles algún servicio, tal vez sólo de tener cuidado de no dañarlas, tal vez de cuidarlas positivamente en Página 32 de 39

La ley natural: la tradición clásica

De alguna manera, como la persona responsable de la promoción de su bienestar en algunos o todos los aspectos. Esto está asociado con la importante verdad práctica de que el gobierno, correctamente entendido y llevado a cabo,

no es una cuestión de dominar a los demás sino de prestarles algún servicio, de modo que —hablando siempre del caso central, desde el punto de vista interno de la conciencia— *la autoridad sobre* es una consecuencia de *la responsabilidad por* . La autoridad ('poder'), como la ley misma, es un medio para un fin que quienes tienen autoridad son responsables de promover, el bien común de (todos los que pertenecen a) la comunidad en y sobre la cual tienen cualquier autoridad que tengan.

Una cuarta idea es que lo que uno hace, y por lo tanto lo que causa, es peculiarmente propio si y sólo si uno tiene la *capacidad* de elegir hacer lo contrario. Uno es, entonces, un agente responsable si tiene esta capacidad de libre elección entre alternativas abiertas, es decir, si hay ocasiones en las que uno contempla opciones alternativas y nada (ya sea dentro o fuera de uno mismo), salvo la elección de una opción en preferencia a otras, determina lo que uno hace.

Este estatus de capacidad y responsabilidad no es etimológicamente y sino realmente y (ontológicamente y, metafísicamente y), el núcleo del conjunto de realidades comprendidas en las ideas articuladas en la cuádruple analogía de la responsabilidad.

Todo esto deja, por supuesto, mucho por decir para explicar las interrelaciones e implicaciones del conjunto de teorías, pero en este capítulo se llega al límite de su transgresión de los límites. La teoría clásica de la ley natural está abierta al desarrollo y a nuevas perspectivas en todas las dimensiones, por lo que se puede esperar que los capítulos siguientes de este *Manual* añadan mucho valor a este capítulo y lo corrijan en varios aspectos sin derribar ninguna de las principales tesis clásicas que ha articulado nuevamente.

Notas:

(1) Por razones de economía, en este capítulo se utiliza el término "estándares" para referirse a cualquier principio, regla o norma que dé o pretenda dar dirección (para motivar y clasificar y ordenar las motivaciones) en las deliberaciones de alguien que está considerando qué hacer.

De modo que la palabra abarca no sólo las "direcciones generales" mencionadas en el párrafo anterior, sino también los "criterios".

mencionados en la presente oración, sino también principios y reglas de derecho positivo, etcétera.

(2) Véase John Finnis, 'Derecho natural y ética del discurso', *Ratio Juris* , 12 (1999), 354-73; *American Journal of Jurisprudencia* , 43 (1999), 53–73.

(3) Sobre los cuatro tipos de conocimiento/ciencia/disciplina considerados en este párrafo, y su irreductibilidad, véase, por ejemplo,

Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (Oxford University Press, 1998) (en adelante *Aquinas*), cap. 2; Finnis, 'Legal Reasoning and Legal Theory', en Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1992), 134–57 en 139–40.

(4) *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo* de Samuel Pufendorf, vol. I, *La traducción* , de William Abbott Oldfather (Oxford: Oxford University Press, 1931) (en adelante *Elementos*).

(5) *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* de Samuel Pufendorf, vol. I, *La traducción* , de CH Oldfather y W.

A. Oldfather (Oxford: Oxford University Press, 1934).

(6) Ed. Robert Horwitz, Jenny Strauss Clay y Diskin Clay (Ithaca, NY: Cornel University Press, 1990); también publicado como W. von Leyden (ed.), *Ensayos sobre la ley de la naturaleza* (Oxford: Oxford University Press, 1954).

(7) Pufendorf, *Elementos* , prefacio, pág. xxx.

(8) En el artículo 7 infra se examina cuál es, en último análisis, este fin explicativo de la obligación.

(9) Locke, *Preguntas* , 192–3.

(10) ibíd. 158–9, 166–7.

(11) Véase ibíd. 102-3.

(12) Véase ibíd., pp. 204-205.

(13) Véase, por ejemplo, Pufendorf, *Elements* , i, def. 12, secc. 17: 'Porque, si se ha eliminado a Dios de la función de administrar justicia, toda la eficacia de... pactos, a cuya observancia una de las partes contratantes no puede obligar a la otra por la fuerza, expirará inmediatamente, y cada uno medirá la justicia por su propia

ventaja. Y, ciertamente, si estamos dispuestos a confesar la verdad, una vez que se ha eliminado el temor a la venganza divina, no parece haber razón suficiente para que yo esté obligado, una vez que las condiciones que gobiernan mi ventaja hayan cambiado, a proporcionar esa cosa, porque me había comprometido a proporcionarla a la segunda parte mientras mis intereses se dirigían en esa dirección; esto es, por supuesto, si no tengo que temer ningún mal real, al menos de ningún hombre, como consecuencia de ese acto.

(14) Locke, *Preguntas* , 165-6: 'es evidente... que los hombres pueden proceder de cosas sensibles *con alguien superior un hombre poderoso y sabio que tiene derecho y autoridad* sobre los hombres mismos . ¿ Quién negará que el barro *es la voluntad del alfarero? sujeto* y cáscara por la misma mano con la que fue formado' (énfasis agregado, aquí como en otros lugares).

(15) Véase Locke, *Preguntas* , 178–9 (pasaje eliminado por Locke en 1664).

(16) Véase Hobbes, *De Corpore Politico* (1650), parte I, cap. 3; *Leviatán* , cap. 14; Finnis, *Derecho natural y derecho natural. Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1980) (en adelante *NLNR*), 348–9 (citando y analizando los pasajes relevantes y señalando las falacias de la

equivocación temporal y la preferencia cronológica inexplicada inherentes a la estrategia).

(17) Véase *NLNR* , 349.

(18) Para una lista de bienes básicos, véase, por ejemplo, Finnis, 'Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?', en Robert P. George (ed.), *Liberalism and Morality* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 1–26 en 4; más completamente, *Aquinas* , 79–86; anteriormente, Finnis, *NLNR* , 59–99.

(19) Véase Finnis, 'Cumplimiento legal de los deberes hacia uno mismo: Kant versus neokantianos', *Columbia Law Review* , 87

(1987), 433–56 en 443–5, 454–6.

(20) Véase *Santo Tomás de Aquino* , 29–34, 90–91.

(21) Véase, por ejemplo, *Ética a Nicómaco* , I: 1094b15–16.

(22) Hans Kelsen, *La teoría general de las normas* , primera edición, 1979, trad. Michael Hartney (Oxford: Oxford University Press, 1991), caps. 57-8.

(23) Véase, por ejemplo, 'Una posdata', en Marshal Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Londres: Duckworth, 1984), 81–7.

(24) Véase Finnis, 'La verdad en el positivismo jurídico', en Robert P. George (ed.), *La autonomía del derecho* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 195-214.

(25) Véase Finnis, 'La moraleja del cuento de hadas', *Law Quarterly Review* , 115 (1999), 170–5 en 174–5.

(26) Raz comienza a dejar atrás con razón la idea de que la teoría jurídica debe atender únicamente a lo que se postula en las fuentes de los hechos sociales, cuando afirma que el derecho es sistémico, de modo que el contenido de lo que cuenta como "expresamente postulado" se establece por el contenido de *otras* normas y principios del sistema. Esto

implica que, incluso si estos otros estándares son postulados por hechos sociales, ningún legislador, judicial o de otro tipo, establece o puede establecer por sí mismo el contenido y el efecto jurídico de su acto (hecho social) de postulación.

(27) Véase Platón, *Gorgias* ; Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* , II, prol.; *Tomás de Aquino* , 20, 124–5.

(28) Véase la sección 3, n.° 24 supra.

(29) Es decir, desde Jeremy Bentham, *A Comment on the Commentaries* (Londres, 1776).

(30) Así, Jules L. Coleman y Brian Leiter, 'Legal Positivism', en Dennis Patterson, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford y Cambridge, Mass., Blackwel, 1996), 241. Añaden otra "creencia central".

y un "compromiso" más. (i) La creencia central es que "lo que cuenta como ley en cualquier sociedad particular es fundamentalmente una cuestión de hecho social o convención ("la tesis social")". Sobre esto, el teórico clásico del derecho natural comentará que es equívoco entre (*a*) la proposición tautológica de que lo que se considera ley en una sociedad particular se considera ley en esa sociedad, y (*b*) la proposición falsa de que lo que cuenta como ley para personas completamente razonables (por ejemplo, jueces completamente razonables) que deliberan sobre sus responsabilidades es todo y sólo lo que se considera ley.

por otros en esa sociedad—falso porque *el deber* (por ejemplo, el deber de responsabilidad razonable) no está implícito en el *es* (y véase la Sección 7 a continuación). (i) El compromiso adicional es 'un compromiso con la idea de que los fenómenos que comprenden el dominio en cuestión (por ejemplo, la ley...) deben ser accesibles a la mente humana'. Este compromiso es totalmente compartido por la teoría clásica del derecho natural, que define el derecho natural como principios accesibles a la mente humana, y el

derecho positivo como reglas ideadas por mentes humanas (ya sea reafirmando esos principios y/o complementándolos mediante

'especificación').

(31) Hay una tercera forma o "forma intermedia" de *articular* el derecho o la moral: la "distante" o "profesional".

En una declaración en la que se habla *como si* se estuvieran formulando normas como razones genuinas para la acción, mientras que en realidad se reserva la opinión. Y, en efecto, hay muchas otras formas de hablar, incluidas la mentira, la actuación, etc. Nada de esto afecta a la posición expresada en el texto.

(32) Véase, por ejemplo, Joseph Raz, 'Dos puntos de vista sobre la naturaleza de la teoría del derecho: una comparación parcial', *Legal Theory* , 4

(1998), 249–82 en 280: 'la filosofía jurídica... simplemente explica el concepto que existe independientemente de ella'; 256:

'tener un concepto puede no ser suficiente para obtener un conocimiento profundo de *la naturaleza de la cosa* de la que se trata... una explicación filosófica... tiene como objetivo mejorar la comprensión [de las personas] *del concepto* en un sentido u otro'

(énfasis añadido; se eliminó la cursiva de Raz en las primeras tres palabras). Pero véase también la nota 35 a continuación.

(33) HLA Hart, *El concepto de derecho* (Oxford: Oxford University Press, 1961, 2ª ed. 1994).

(34) Hay un momento en el pensamiento de Bentham en el que ve a medias la conexión intrínseca entre comprender la ley y evaluarla: véase su *Introducción a los principios de la moral y la legislación* (primera impresión en 1780, ed.

Wilfrid Harrison, Oxford: Basil Blackwel, 1967), 401 (cap. 16, párr. 57); asimismo los párrs. 48-57 de su *Fragmento sobre Gobierno* (publicado por primera vez en 1776, ed. Harrison 1967), 23–5. Pero su visión oficial y estable de la jurisprudencia descriptiva general es el empirismo crudo, estéril y que oscurece la realidad de su *Of Laws in General* , ed. Hart (Universidad de Londres, Athlone Press, 1970).

(35) Joseph Raz, 'Postema sobre la autonomía del derecho y las razones prácticas públicas: un comentario crítico', *Legal Theory* , 4

(1998), 1–20 en 16. Pero cf. Raz, 'Two Views of the Nature of the Theory of Law', n.31, en 267: 'Hart... negó que la explicación de la naturaleza del derecho sea evaluativa. Para él era una empresa 'descriptiva'. Por razones explicadas por John Finnis [*NLNR* , cap. 1], creo que Hart se equivoca aquí, y Dworkin tiene razón en que la explicación de la naturaleza del derecho implica consideraciones evaluativas'. Aún así, Raz, como otros positivistas contemporáneos que reconocen la necesidad de tal 'evaluación', insiste en que no necesita y no debe extenderse o no se extiende a la evaluación *moral* .

Al igual que la insistencia de Hart en que la evaluación que es intrínseca al concepto de derecho puede y debe limitarse a

'supervivencia', todos esos intentos de truncar la razón práctica (la evaluación) parecen arbitrarios.

(36) No se sugiere aquí que para comprender *un* término se deba identificar una instancia (o tipo de instancia) como central o paradigmática y un significado como focal. Por el contrario, la identificación de significados como "focales" e instancias o tipos como "centrales" siempre es *relativa* a algún punto de vista o línea de investigación específica o foco de interés, y por lo tanto tiene una importancia particular en las ciencias sociales, en la medida en que su objeto de estudio está constituido por lo que las personas han elegido hacer: Finnis, "Razón, autoridad y amistad en la ley y la moral", en BY Khanbai, RS

Katz y RA Pineau, *Jowett Papers 1968–1969* (Oxford: Blackwel, 1970), 101–24 en 101; *NLNR* , 11; *Aquinas* , 45–6: ' *A juzgar por los estándares apropiados para evaluar las acciones humanas como razonables o irrazonables* , algunas constituciones son centrales...'.

(37) Jules L. Coleman y Brian Leiter, 'Positivismo legal', en Dennis Patterson, *A Companion to Philosophy of Law y teoría jurídica* (Oxford y Cambridge, Mass.: Blackwel, 1996), 244.

(38) Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (Harvard University Press, 1945), 416; Finnis, *NLNR* , 28.

(39) 'Positivismo jurídico', n. 37 supra, pág. 243 (énfasis añadido). En lugar de 'dictar', léase directiva o prescripción (por ejemplo,

promulgación, sentencia judicial, etc.).

(40) ibíd. 248.

(41) ibíd. 243.

(42) 'Positivismo jurídico', n. 37 supra, pág. 248.

La ley natural: la tradición clásica

(43) Véase el texto del artículo 4, nota 30 supra.

(44) Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* , primera publicación, 1832, ed. Hart (Londres, 1954), 185; véase Finnis, *NLNR* , 354-355.

(45) Véase *Santo Tomás de Aquino* , 133 n. 10, 134 n. 12.

(46) Véase Finnis, *NLNR* , 206, 228; *Aquino* , 132–8.

(47) Véase *Tomás de Aquino* , 136 (' *indifferer omnibus debitum* ').

(48) Véase Finnis, 'La prioridad de las personas', en Jeremy Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 1–15.

(49) Véase Finnis, *NLNR* , 275–6 y citas en 275 n. 7.

(50) HLA Hart, *Ensayos sobre Bentham: Estudios en Jurisprudencia y Teoría Política* (Oxford: Oxford University Press, 1982), especialmente el ensayo final y el ensayo VI.

(51) A estos efectos, no importa que, como se indica en la Sección 9, los teóricos del derecho natural tengan con razón reservas sobre la inferencia que algunos podrían sacar de Hart, de que las personas no tenían la capacidad de, digamos, casarse hasta que hubo reglas legales que "conferían poder" sobre el matrimonio.

(52) Véase, por ejemplo, Robert P. George, *In Defence of Natural Law* (Oxford: Oxford University Press, 1999), cap. 1. Para las propias violaciones de Hume de la verdad lógica (a menudo llamada, con cierta ingenuidad, la ley de Hume) de que *el deber* no puede deducirse del *es* , véase Finnis, *NLNR* , 36–8, 41–2.

(53) Véase la nota 18 supra.

(54) En *NLNR* , cap. 5, los requisitos de razonabilidad práctica se presentan como si fueran evidentes por sí mismos, pero deberían entenderse más bien como especificaciones del principio maestro unificador de apertura a la realización humana integral: véase *Aquino* , cap. 4.

(55) Sobre este "principio maestro de la moralidad", véase, por ejemplo, Finnis, J. Boyle y G. Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality, y el realismo* (Oxford: Oxford University Press, 1987), 281–8.

(56) Para una explicación y defensa de este principio, véase Finnis, 'Commensuration and Public Reason', en Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason* (Cambridge, Mass.: Harvard University

Press, 1997), 215–33 en la pág. 226; más extensamente, Finnis *et al., Nuclear Deterrence* , caps. 9 y 10.

(57) Véase, por ejemplo, Finnis, 'Commensuration and Public Reason', n. 56 supra, págs. 218-223; *Fundamentals of Ethics* (Oxford: Georgetown University Press y Oxford University Press, 1983), págs. 109-142.

(58) Véase además 'Commensuration and Public Reason', 227-229, que muestra, *entre otras cosas* , cómo el contenido de este estándar racional suele estar proporcionado, en casos específicos, por factores subracionales (gusto por el riesgo, convenciones, etc.).

(59) Sobre las acusaciones de Roberto Unger sobre el formalismo en nuestro derecho, véase Finnis, 'On "The Critical Legal Studies Movement"', en John Eekelaar y John Bel (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series* (Oxford: Oxford University Press, 1987), 145-165.

(60) Charles Sanders Peirce, *El pragmatismo como principio y método del pensamiento correcto: las conferencias de Harvard de 1903 Sobre el pragmatismo* , ed. Patricia Ann Turrisi (Albany, NY: State University of New York Press, 1997). William James invitó a Peirce y sugirió el título.

(61) *El pragmatismo como principio y método del pensamiento correcto* , 282.

(62) ibid, 255 (énfasis en el original).

(63) ibid. 118-19. Los teóricos clásicos están menos dispuestos a subordinar *cualquiera* de los cuatro tipos de "ciencia" a los otros tres (por ejemplo, la lógica a la ética).

La ley natural: la tradición clásica

(64) Para una consideración del *Gorgias* y la ética del discurso (a diferencia de la retórica básica), en diálogo con Jürgen Habermas (no un pragmático en el sentido básico),

véase Finnis, 'Natural Law and the Ethics of Discourse', n. 2.

arriba.

(65) Para la sugerencia y respuesta discutidas en este párrafo, véase Rolf Sartorius, 'Positivism and the Foundations of Legal Authority', en Ruth Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1987), 43–61; Finnis, 'Comment', ibid. 62–75.

(66) Véase, por ejemplo, Hart, *Essays on Bentham* , 266-267.

(67) Véase Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* , II, q. 96, a. 4; *Tomás de Aquino* , 307–12.

(68) *Prohibiciones del Roy* (1608), 12 Co. . Reps. 64.

(69) *Tomás de Aquino* , 250; Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-I, q. 67, a. 2, q. 64, a. 6 anuncio

(70) Este tipo de percepción es un ejemplo de lo que Peirce llama abducción: Secc. 12 arriba.

(71) Véase Finnis, *Fundamentos de ética* , n. 57 arriba, en 57–66.

(72) Sobre la "racionalidad" en la teoría de juegos y la teoría de la elección social, véase Finnis, "La autoridad de la ley en el predicamento de la teoría social contemporánea", *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* , 1 (1984), 115–37 en 129–33;

'Derecho natural y razonamiento jurídico', en Robert P. George (ed.), *Teoría del derecho natural: ensayos contemporáneos* (Oxford: Oxford University Press, 1992), 134–57.

(73) Véase *Santo Tomás de Aquino* , 111–17.

(74) Véanse los textos y el análisis en *Aquino* , 222–54.

(75) p. ej. Aristóteles, *Política* , II: 1280a31–1281a; VI: 1332a28–b12; *Ética a Nicómaco* , V: 1130b23–6; x: 1179b32–1180a5.

(76) Tal relación sexual —un acto sexual que incluye el depósito del semen por parte del hombre y la ingestión por parte de la mujer de su semen en su tracto generativo— puede ser de tipo generativo incluso si las personas saben o creen que son estériles: véase Aquino, *Quodlibet* , XI q. 9, a. 2 ad 1 y otros textos citados y explicados en Finnis, 'El bien del matrimonio y la moralidad de las relaciones sexuales: algunas observaciones filosóficas e históricas', *American Journal of Jurisprudencia* , 42 (1998), 97–134 en 126–9; *Aquinas* , 150, 181. Véase también Robert P. George, *En defensa de la Derecho* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 139–83, especialmente 140–7, 156.

(77) Para versiones y discusiones mucho más completas del argumento esbozado en esta oración y en el párrafo siguiente, y de las raíces del argumento en Aquino, véase *Aquinas* , 148–54; Finnis, 'The Good of Marriage', 118–26.

(78) Véase *Santo Tomás de Aquino* , 82, 146 n. 58.

(79) Esta voluntad *positiva , junto con la resolución de no* involucrarse en actos sexuales fuera del matrimonio (adulterio), es lo que la tradición entiende por *fides* , que es así mucho más rica que la moderna "fidelidad": ver *Aquino* , 144-147; Finnis, "El bien del matrimonio", 106-11.

(80) Véase Aquino, *In 1 Cor* ., 7.1 ad v. 5 [325], y la discusión del placer como motivo y buen aspecto de las relaciones maritales en Finnis, 'The Good of Marriage', 102–11; *Aquino* , 143–7.

(81) Véase también *NLNR* , 216–17, 222–3, sobre la moral pública y el paternalismo que es legítimo porque es por el bien de los niños.

(82) Sobre el rechazo de los actos sexuales homosexuales por parte de Platón, Aristóteles, Plutarco y otros maestros de la teoría clásica de la ley natural, véase Finnis, 'Law, Morality, and “Sexual Orientation”', *Notre Dame Law*

Review , 69 (1994), 1049–76; una versión revisada y abreviada, con respuestas a algunas objeciones, se encuentra en John Corvino (ed.), *Same Sex: Debating the Ética, ciencia y cultura de la homosexualidad* (Lanham, Maryland, Boulder, Colo., Nueva York, Oxford: Rowman & Littlefield, 1997), 31–43. Véase también ""Actos desvergonzados" en Colorado: abuso de la erudición en casos constitucionales", *Academic Questions* , 4 de julio (1994), 10–41 en 19–41.

La ley natural: la tradición clásica

(83) Véase Finnis, 'El bien del matrimonio', 130-134.

(84) *Ética a Nicómaco* , VI I: 1162a17–18.

(85) *Ética a Nicómaco* , V: 1131b25–1132b20.

(86) Véase Finnis, 'Intención en el derecho de agravios', en David Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law* (Oxford: Oxford University Press, 1995), 229-248.

(87) Véase Patrick Kelley, '¿Quién decide? Las convenciones de seguridad comunitaria en el corazón de la responsabilidad civil por agravios', *Cleveland Revista de Derecho Estatal* , 38 (1990), 315.

(88) No es necesario que un proyecto de este tipo se lleve a cabo, y normalmente no lo hace, por motivos de generosidad (*liberalitas*), sino que, una vez acordado mediante promesa o contrato, es una cuestión de la virtud de la justicia estricta y del vicio de la injusticia, no de generosidad o mezquindad. Contrástese con James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Oxford: Clarendon Press, 1991).

(89) *Santo Tomás de Aquino* , 239–52.

(90) Véase *Aquino* , 210–15; *NLNR* , 262–4.

(91) Véase Finnis, 'Intención y efectos secundarios', en RG Frey y Christopher W. Morris (eds.), *Responsabilidad y Responsabilidad: ensayos sobre derecho y moral* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 32–64.

(92) *Política* , I: 1263a25, a 38.

(93) *Política* , I: 1262b36–1263b26; Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* , I -I q. 66, a. 2; *Tomás de Aquino* , 188–90.

(94) *Tomás de Aquino* , 190–6; Grocio, *De Jure Belli ac Pacis* , I. i . 6; Pufendorf, *De Jure Naturae* , I. vi. 5–8 (n. 5 supra, págs.

301–9).

(95) 124 NW 221 (Minn. 1910): salvar la vida durante una tormenta amarrando el barco propio al muelle de otro no es una transgresión, incluso si crea una obligación de compensar los daños causados al muelle.

(96) *Santo Tomás de Aquino* , 247–52.

(97) Finnis, *NLNR* , 245–52.

(98) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38(1)(*d*).

(99) ibíd., art. 38(1)(*e*).

(100) Esto queda ampliamente demostrado para el período 1150-1630 por J. W. Tubbs, *The Common Law Mind: Medieval and Concepciones modernas tempranas* (Baltimore y Londres: Johns Hopkins University Press, 2000).

(101) La discusión de las máximas por parte del Presidente del Tribunal Supremo Sir John Fortescue, en su *De Laudibus Legum Angliae* (*c* . 1469), apela a la concepción de Aristóteles de los principios evidentes por sí mismos, y a la discusión de Fortescue sobre la comunidad política en *The El gobierno de Inglaterra* (1475) apela a la concepción

de gobierno limitado de Aquino (ver Finnis, '¿Es la teoría del derecho natural compatible con el gobierno limitado?', n. 18 arriba), pero no hace referencia al desarrollo que hace Aquino de la teoría de Aristóteles sobre la derivación de la ley a partir del principio por *determinatio* .

(102) Benjamin C. Zipursky, 'Derechos, errores y recursos en el derecho de agravios', *Vanderbilt Law Review* , 51 (1998), 1–100.

(103) Benjamin C. Zipursky, 'Negligencia legal y la estructura de la ley de negligencia', *Fordham Law Review* , 67

(1998), 649–90 en 679–80. Véase más generalidad en la nota 102 supra.

(104) Zipursky, 'Derechos, errores y recursos', 97.

(105) Lo que Zipursky llama un deseo de retribución no tiene nada que ver con la retribución defendida en la explicación del crimen y el castigo propuesta en la sección 22 anterior, una teoría en la que los deseos de la víctima, e incluso la

La ley natural: la tradición clásica

Los deseos de los respetuosos de la ley no tienen importancia normativa.

(106) Zipursky, 'Derechos, errores y recursos', 85.

(107) (1857) 60 US 693; Finnis, 'La prioridad de las personas', n. 48 supra, págs. 7-8.

(108) Véase Finnis, 'Public Reason, Abortion, and Cloning', *Valparaiso University Law Review* , 32 (1998), 361–82 en 373–4.

Juan Finnis

John Finnis es profesor de Derecho y Filosofía Jurídica en la Universidad de Oxford y profesor Robert y Frances

Biolchini en la Facultad de Derecho de Notre Dame.





La ley natural: la tradición moderna

Manuales de Oxford en línea

La ley natural: la tradición moderna

Brian H. Bix

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0002

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo se centra en trabajos recientes sobre la teoría del derecho natural, en particular aquellos que se centran en el análisis del derecho positivo. Comienza con una breve historia y una visión general de las teorías del derecho natural. Los teóricos jurídicos modernos que se identifican con la tradición del derecho natural parecen tener objetivos y enfoques claramente diferentes de los asociados clásicamente con el derecho natural. Este artículo trata de dos tipos diferentes de derecho natural: el derecho natural como teoría moral/política y el derecho natural como teoría jurídica/social, conectados en un nivel básico. Analiza dos líneas de pensamiento, el derecho natural y los derechos

naturales, como intercambiables o estrechamente conectadas y refleja una perspectiva moderna. La idea más importante que los teóricos modernos del derecho natural han aportado a la jurisprudencia es que las concepciones del derecho que tienen en cuenta las aspiraciones morales del derecho ofrecen una mejor comprensión de la institución social.

Palabras clave: teoría del derecho natural, teoría política, teoría social, perspectiva moderna, jurisprudencia La teoría del derecho natural es un modo de pensar sistemáticamente sobre las conexiones entre el orden cósmico, la moral y el derecho, que, de una forma u otra, ha existido durante miles de años. Diferentes teorías del derecho natural pueden tener objetivos bastante dispares: por ejemplo, ofrecer afirmaciones generales sobre la acción y la elección correctas (moralidad, teoría moral); ofrecer afirmaciones sobre cómo se llega al conocimiento moral correcto (epistemología, metateoría moral); y ofrecer afirmaciones sobre la comprensión adecuada del derecho y las instituciones legales (teoría legal). Como se discutirá, el derecho natural también ha jugado un papel central en el desarrollo de la teoría política moderna (con respecto al papel y los límites del gobierno y con respecto a los derechos naturales).

1 y el derecho internacional.

(p. 62) El enfoque de este capítulo está en los trabajos más recientes sobre la teoría del derecho natural, particularmente aquellos que se concentran en discutir (las implicaciones del derecho natural para) el derecho positivo.2 Sin embargo, es difícil entender el origen y la dirección de los trabajos modernos sin tener un fuerte sentido de la tradición de la que surgieron, por lo que el capítulo comenzará con una breve historia y una descripción general de las teorías del derecho natural.

Se pueden encontrar aspectos importantes del enfoque de la ley natural en Platón (*c.* 429–347 a. C.),3 Aristóteles (384–322 a. C.)4 y Cicerón (106–43 a. C.);

c. 1225-1274) le da una forma sistemática.6 En el período medieval y durante el Renacimiento, con la obra de

escritores como Francisco Suárez (1548-1617), Hugo Grocio (1583-1693),

En el caso de los filósofos (1645), Samuel Pufendorf (1632-1694), John Locke (1632-1704) y Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), las teorías del derecho natural y de los derechos naturales fueron partes integrales del pensamiento teológico, moral, legal y político. El papel que ha desempeñado el derecho natural en debates religiosos, morales y políticos más amplios ha variado considerablemente, tal vez como era de esperar.7

En ocasiones se la ha identificado con una religión establecida en particular, o de manera más general con el status quo, mientras que en otras ocasiones se la ha utilizado como apoyo por quienes propugnan un cambio radical. De manera similar, en ocasiones, quienes escriben en la tradición de la ley natural han parecido estar más preocupados por la cuestión individual de cómo se puede vivir una vida buena ("moral", "virtuosa");8 en otras ocasiones, la preocupación ha sido más amplia, social o internacional: ¿qué normas podemos encontrar bajo las cuales todos podamos congeniar, dados nuestros diferentes valores e ideas sobre el bien?9

(p. 63) Algunos de los teóricos jurídicos modernos que se identifican con la tradición del derecho natural parecen haber

objetivos y enfoques claramente diferentes de los asociados clásicamente con el derecho natural. La mayoría de los teóricos clásicos eran básicamente teóricos morales o políticos, que preguntaban: ¿cómo se actúa moralmente? O, más específicamente, ¿cuáles son las obligaciones morales de uno *como* ciudadano dentro de un estado, o como funcionario estatal? Y, ¿cuáles son los límites de la acción gubernamental legítima (es decir, moral)? 10 Por el contrario, algunos (pero no todos) de los teóricos modernos que trabajan dentro de la tradición1

1 son teóricos sociales o teóricos del derecho, entendidos en sentido estricto. Su principal disputa es con otros

enfoques para explicar o entender la sociedad y el derecho. De hecho, gran parte de la teoría moderna del derecho natural se ha desarrollado como reacción al positivismo jurídico, un enfoque alternativo para teorizar sobre el derecho. Como se discutirá, se pueden ver los dos tipos diferentes de derecho natural —el derecho natural como teoría moral/política y el derecho natural como teoría legal/social— como conectados en un nivel básico: ambos ejemplifican una visión del derecho (civil) no sólo como gobernante, sino también como gobernado.12

1 Teoría tradicional de la ley natural

1.1 Definición

¿Qué hace que una teoría sea una teoría de la "ley natural"? 13 Hay casi tantas respuestas a la pregunta como teóricos que escriben sobre la teoría de la ley natural o que se autodenominan **(p. 64)** "teóricos de la ley natural". Algunas de las definiciones propuestas son bastante amplias. Según algunos comentaristas que se identifican como "teóricos de la ley natural", todo lo que parece requerirse para que una teoría encaje en esa categoría es que considere los valores como objetivos y accesibles a la razón humana. 14 Tal visión podría excluir muy poco: casi toda teoría moral podría calificar como una teoría de la ley natural, más o menos el relativismo moral más endurecido, el escepticismo o el no cognitivismo. 1

5 Por supuesto, en

En el caso de John Finnis (1940–) y muchos otros autodenominados teóricos del derecho natural, su reivindicación de ser incluidos en la categoría está respaldada por su trabajo consciente dentro de una tradición particular,16 citando, discutiendo y elaborando las opiniones de predecesores prominentes.17

Muchos comentaristas definen la categoría de manera más estrecha, al ofrecer más contenido a la palabra "natural".18 Sin embargo, incluso aquí, las explicaciones de "natural" pueden divergir radicalmente: por ejemplo, (1) que los principios morales pueden leerse a partir de la "Naturaleza" o de un universo cargado normativamente **(p.**

65) ;19 (2) que los principios morales están ligados a la naturaleza humana, y

"Naturaleza" se utiliza aquí para indicar ya sea la búsqueda de características humanas básicas o comunes o (en la medida en que esto sea diferente) alguna discusión de la teleología humana, nuestro propósito u objetivo dentro de un plan más grande, usualmente divino;20 y (3) que hay un tipo de conocimiento de la verdad moral que todos tenemos por nuestra naturaleza como seres humanos.21

Existe otra división aguda dentro de la tradición clásica del derecho natural, entre quienes pretenden interpretar y aplicar las ideas de Aquino. Como lo describió un participante en el debate, la cuestión es si la

'El conocimiento de lo razonable, lo bueno y lo correcto se deriva del conocimiento previo de la naturaleza humana o de lo que es

“natural” para los seres humanos” o si “algo en el dominio moral es “natural” para los seres humanos y de acuerdo con la naturaleza humana precisamente en la medida en que puede juzgarse como *razonable* ; y algo en este ámbito del discurso es “antinatural” y moralmente incorrecto precisamente en la medida en que es *irrazonable* ”. 22 No es que un lado reclame un vínculo entre la naturaleza humana y el bien y lo correcto, y el otro lado no; es más una cuestión de epistemología, el camino al conocimiento. Un lado sostiene que llegamos a saber lo que es correcto y bueno investigando la naturaleza humana, mientras que el otro lado argumenta que el conocimiento de lo bueno y lo correcto llega por otro camino **(p. 66)** (la habitual combinación de racionalidad y observación empírica),23 incluso si los "bienes humanos básicos y las normas morales *son* lo que son porque la naturaleza humana *es* lo que es".24 Una ventaja obvia de *no* tratar de derivar verdades morales de afirmaciones descriptivas sobre la naturaleza humana es que uno no necesita confrontar la objeción (resumida en la Sec. 1.5 a continuación) de que esto implica una derivación inapropiada de "debería" a partir de "es".25

Se podría percibir una noción amplia, quizás metafórica, que une las diversas formas de la ley natural tradicional, e incluso puede vincular las teorías morales/políticas de la ley natural con las teorías legales/sociales de la ley natural.26 El enfoque dentro de la ley natural se aleja de la ley convencional, de la ley civil, hacia algo más alto o (para cambiar la imagen) más básico que las reglas o guías, tal vez teleológicamente. En las formas voluntaristas de la ley natural tradicional,27 son los mandatos divinos los que crean los estándares morales; en algunas formas de la ley natural tomista, es un ideal hacia el cual los humanos, por su naturaleza, se esfuerzan; en las teorías legales de la ley natural recientes, es el sentido en el cual las reglas legales convencionales son aproximaciones de lo que la ley realmente es (Ronald Dworkin) o lo que la ley debe tratar de ser (Lon Fulger). Además, en la mayoría de las teorías tradicionales de la ley natural, la ley natural no se entiende por analogía con (o como una versión imperfecta de) la ley positiva, sino más bien al revés: que es la ley natural la que es el enfoque principal, y la ley positiva la que debe ser entendida por (Ronald Dworkin) o por (Lon Fulger).

analogía con, o como una versión imperfecta de, la ley natural.28

1.2 La ley natural y Dios

La teoría del derecho natural ha llegado a ser asociada para muchas personas con la creencia religiosa, en parte debido al largo período durante el cual aquellos asociados con la Iglesia Católica fueron los principales elaboradores y defensores de esa tradición.29

(p. 67) Sin embargo, la mayoría de los escritores importantes dentro de esta tradición han hecho lo posible por disociar los principios de la ley natural de la creencia en una tradición religiosa particular o de la creencia en una (cierta clase de) deidad. Grocio puede haber sido el primero en hacer esta declaración claramente: "Lo que hemos estado diciendo tendría un grado de validez incluso

si admitiéramos lo que no se puede admitir sin la mayor maldad, que no hay Dios, o que los asuntos de los hombres no le conciernen".30

El contexto de los escritos sobre el derecho natural de los siglos XVII y XVIII puede ayudar a explicar el papel disminuido de Dios en sus teorías. Algunos de los escritores reaccionaban contra las disputas y guerras teológicas de la época (en particular, aunque no exclusivamente, entre protestantes y católicos) y trataban de escapar de ellas, y buscaban una forma de fundamentar una filosofía moral o política que pudiera evitar tales disputas. De manera similar, algunos teóricos buscaban principios a partir de los cuales se pudiera construir un derecho internacional, principios que pudieran ser aceptados por naciones y pueblos de creencias muy diferentes.3

1 Por último, los teóricos políticos buscaban una base para justificar y limitar el gobierno, pero de una manera más favorable a la libertad individual, y temían que una base religiosa tendiera hacia un gobierno teocrático y autoritario. Los tres desarrollos dentro de la teoría del derecho natural requerían un papel reducido de Dios, reducido, pero por lo general no eliminado por completo, ya que Dios era a menudo una base práctica para fundamentar los deberes y derechos últimos.32

Los escritores contemporáneos dentro de esta tradición a menudo insisten igualmente en poder ofrecer "una teoría de la ley natural sin necesidad de hacer referencia a la cuestión de la existencia, la naturaleza o la voluntad de Dios".33 Sin embargo, todavía se pueden encontrar teóricos dentro de la tradición que adoptan la posición opuesta: que no se puede entender la noción de *ley natural* sin postular un ser sobrenatural que ordena su cumplimiento.34

(p. 68) El papel de Dios dentro de varias teorías de la ley natural también permite diferenciar dichas teorías en función de la prevalencia relativa de la "voluntad" o la "razón".3

5 En un extremo está el "voluntarismo",36 una subcategoría del voluntariado natural.

Teorías legales en las que Dios -y, en particular, la voluntad de Dios- desempeña un papel importante. Podemos remontarnos a Sócrates de Platón, quien le pregunta a Eutifrón: "¿Lo que es sagrado es sagrado porque los dioses lo aprueban, o lo aprueban porque es sagrado?". 37 El voluntarismo es la postura de que algo es bueno o moralmente requerido porque -y sólo porque-

Dios ha ordenado que lo hagamos (o está mal/moralmente prohibido debido a Su prohibición). El voluntarismo de un tipo u otro aparece regularmente en la historia de la teoría de la ley natural. Por ejemplo, el importante teórico de la ley natural del siglo XVII, Samuel Pufendorf, ofreció una visión voluntarista, que un comentarista ha resumido de la siguiente manera: 'Dado que tenemos la naturaleza que Dios nos dio, ciertas leyes deben ser válidas para nosotros, pero solo la voluntad de Dios determinó nuestra naturaleza. Como resultado, nuestra naturaleza indica la voluntad de Dios para nosotros. Por lo tanto, los hechos observables sobre nosotros mismos nos muestran qué leyes nos ordena Dios obedecer. 38 El extremo opuesto, un enfoque basado en la razón, equipararía la virtud con la razonabilidad en lugar de vincularla a la "voluntad" o las órdenes de cualquier entidad. 39 También hay una forma de teoría de la ley natural que parece tomar un compromiso entre un enfoque de "voluntad" y un enfoque de "razón": esta forma afirma que las acciones son intrínsecamente buenas o malas, pero solo estamos obligados a buscar el bien porque Dios así nos lo ordena; esta era la visión de Francisco Suárez. 40

(p. 69) 1.3 Ley natural y derechos naturales

Muchas personas que participan en el debate suponen que las dos líneas de pensamiento, la ley natural y los derechos naturales, son intercambiables o, al menos, están estrechamente relacionadas. Esta opinión puede reflejar una perspectiva moderna, que considera los derechos como algo primario, o considera los derechos y los deberes como simples correlatos.4

1 Sin embargo, existen otras perspectivas más antiguas.

en los que el discurso sobre deberes no estaba tan fuertemente conectado con el discurso sobre derechos, o en los que los deberes eran primarios y los derechos correlativos no eran analíticamente importantes porque los sostenía la sociedad, el estado o Dios.

Una visión común dentro de la literatura es que las tradiciones de la ley natural y de los derechos naturales se desarrollaron como visiones competitivas del mundo, no lógicamente inconsistentes, sino que reflejaban diferentes actitudes hacia el lugar del hombre dentro de la sociedad.

La ley natural: la tradición moderna

Según esta perspectiva, la tradición del derecho natural postula un universo ordenado normativamente y el orden normativo descrito a menudo implica que todos los individuos de la sociedad tienen un lugar determinado y deberes correspondientes. Por el contrario, las teorías de los derechos naturales a menudo niegan o restan importancia a una visión de la sociedad como un todo *excepto como* una función de los individuos y sus derechos.

El asunto sigue siendo muy controvertido.42 También hay que tener cuidado de no exagerar las diferencias que puedan existir entre las dos perspectivas diferentes sobre la sociedad. Un teórico tradicional de la ley natural como Tomás de Aquino, con sus tendencias hacia una visión orgánica de la sociedad, todavía se refiere a los derechos individuales, por ejemplo, a elegir una vocación, a elegir si casarse y con quién, y a adherirse o no a una fe religiosa en particular.43 Además, se puede argumentar que se pueden encontrar recursos suficientes tanto en Tomás de Aquino como en Locke para justificar la desobediencia y la rebelión contra la tiranía.44

Sin embargo, parece difícil negar que el enfoque de los derechos naturales, a medida que se desarrolló, alentó y reforzó una forma individualista de percibir las realidades políticas y sociales **(p. 70)** de una manera que los enfoques tradicionales de la ley natural no lo hicieron.4

5 También es posible encontrar a veces que los análisis de los derechos naturales y de la ley natural están en tensión, si no en completo conflicto. Michael Zuckert ha descrito la forma en que la teoría tradicional de la ley natural tiende a discutir los deberes, mientras que los análisis de los derechos naturales de John Locke (y de Thomas Hobbes antes que él) tienden a discutir las libertades.46 Mucho dependerá necesariamente del contexto social y político particular, y los derechos naturales no siempre serán los héroes del drama; por ejemplo, se pueden encontrar ejemplos históricos de "derechos naturales" que socavan las libertades civiles.47

El desarrollo de la idea de los derechos naturales es un tema amplio en sí mismo y no puede discutirse en profundidad aquí.48 Sin embargo, se debe notar como mínimo la conexión o paralelo obvio entre hablar de "derechos naturales"

(una etiqueta que algunos evitan en parte debido a la aparente conexión con las teorías del derecho natural) y las referencias más comunes o más de moda a los "derechos humanos".49

1.4 Conexión con el Derecho

Contrariamente a las expectativas de un profano, la teoría del derecho natural a menudo tiene poco o nada que ver con la "ley" tal como se utiliza convencionalmente ese término.50 La "ley" en la teoría del derecho natural **(p. 71)** generalmente se refiere a las órdenes o principios establecidos por poderes superiores que debemos seguir. Sin embargo, los teóricos tradicionales del derecho natural han tenido algunas influencias importantes en el pensamiento sobre la ley "humana" o "positiva",5

1 en particular a través de sus ideas sobre los problemas morales

En relación con la ley (humana), el más conocido es probablemente el análisis de Aquino sobre las obligaciones de los funcionarios y los ciudadanos,52

Un conjunto de argumentos que otros autores han elaborado más a fondo, incluido, recientemente, John Finnis.53 Aquino define la ley (positiva) como "un cierto dictado de la razón para el bien común, hecho por quien tiene el cuidado de la comunidad y promulgado".54 Aquino sostiene que los funcionarios están obligados a aprobar leyes coherentes con la ley natural. A veces, la ley positiva puede derivarse directamente de los principios de la ley natural, mientras que en otras ocasiones los funcionarios tendrán alguna elección o discreción en la determinación de reglas específicas a partir de principios más generales.5

5 Positivo

Las leyes compatibles con la ley natural «tienen el poder de obligar en conciencia».56 Las leyes injustas no crean obligaciones morales, aunque uno podría tener la obligación de cumplir públicamente con dichas leyes si esto es necesario para prevenir un mal mayor.57

(p. 72) Muchos oponentes de la teoría de la ley natural la presentan como un argumento de que las leyes inmorales carecen necesariamente de validez *legal* . Es decir, no sólo se trata de que uno no tiene obligación *moral* de obedecer, sino que tampoco tiene obligación *legal* . Ocasionalmente, uno incluso encuentra una afirmación en ese sentido (o al menos una abierta a tales interpretaciones) entre los defensores menos sofisticados de la teoría de la ley natural. William Blackstone (1723-1780) ofrece el siguiente comentario de pasada en sus *Comentarios* : "ninguna ley humana tiene validez alguna si es contraria a [la ley de la naturaleza]".58

John Austin (1790-1859) interpretó este comentario, quizás injustamente, como si se refiriera a la validez *jurídica* . Existen (al menos) dos problemas importantes con la afirmación de que la injusticia necesariamente o siempre niega la validez *jurídica* de una norma. En primer lugar, si se utiliza una comprensión normal de la "validez jurídica", la afirmación es simplemente empíricamente falsa. Consideremos la respuesta de Austin a Blackstone:

Supongamos que un acto inocuo o positivamente beneficioso es prohibido por el soberano bajo pena de

muerte; si cometo este acto, seré juzgado y condenado, y si objeto la sentencia, que es contraria a la ley de Dios... el Tribunal de Justicia demostrará lo inconcluyente de mi razonamiento colgándome, de conformidad con la ley cuya validez he impugnado. 59

60

La ley natural: la tradición moderna

Aunque esto es un poco exagerado,60 el punto básico es que el concepto de "validez legal" está estrechamente vinculado a lo que se reconoce como vinculante en una sociedad dada y lo que el estado hace cumplir, y parece bastante claro que hay muchas sociedades donde las leyes inmorales se reconocen como vinculantes y se hacen cumplir. Alguien podría responder que estas leyes inmorales no son *realmente* legalmente válidas, y que los funcionarios cometen un error cuando tratan las reglas como si lo fueran.6

1 Sin embargo, esto no es más que jugar **(p. 73)** con las palabras, y juegos confusos además. “Validez legal” es el término que utilizamos para referirnos a *todo lo* que es convencionalmente reconocido como vinculante; decir que todos los funcionarios podrían estar equivocados acerca de lo que es legalmente válido es casi una tontería. El interlocutor parece estar diciendo que las reglas inmorales *no deberían* ser reconocidas como vinculantes, pero esto simplemente se traduce en una propuesta de reforma de las prácticas legales de la sociedad, o en una reafirmación del punto tradicional de la ley natural de que las leyes inmorales no crean obligaciones *morales* ,62 cualesquiera sean las obligaciones legales que puedan crear.63

El segundo problema, claramente señalado por Philip Soper,64 es que los juicios basados en un criterio de derecho natural, si se incorporan a un sistema jurídico, tendrían que ser realizados por individuos falibles que trabajan dentro de instituciones falibles. No importa cuán capaces o virtuosos sean los que toman las decisiones, las decisiones tendrían la importancia que tuvieran por

elección —esto es lo que decidió el panel autorizado— más que por razón. Por bien intencionadas que sean la institución o el sistema en su conjunto, el resultado es un producto positivista jurídico (derecho porque así lo declaró un determinado actor autorizado) más que un producto de derecho natural.

Por último, cabe señalar, en un tema muy diferente, que el derecho natural y el pensamiento de los derechos naturales han influido en el desarrollo de las doctrinas jurídicas —en particular, las nociones fundamentales de los derechos constitucionales y las libertades civiles— y que esa influencia sigue sintiéndose hoy en día.65

1.5 Oponentes reales y potenciales

El proyecto general de la teoría del derecho natural, o algunas de sus variantes más destacadas, han sido objeto de diversos desafíos. Si bien la consideración y evaluación exhaustivas **de** estos desafíos es el trabajo de muchos volúmenes, puede resultar de utilidad al menos mencionar algunos de los autores y temas.66

Thomas Hobbes (1588-1679) afirmó la existencia de la ley natural,67 pero afirmó que los individuos que ingresan a la sociedad civil renunciarán voluntariamente a sus derechos de actuar según (sus propias interpretaciones de) ella,68 porque el ejercicio de tales derechos conduciría al caos, un retorno a la guerra de todos contra todos que el ingreso a la sociedad civil pretendía evitar.69

Además, muchos comentaristas han señalado que incluso la afirmación de la ley natural por parte de Hobbes parecía evasiva, o tal vez irónica.70

En su *Tratado de la naturaleza humana* , David Hume (1711-1776) hizo un famoso comentario sobre la relación entre "es" y

'debería', que parecía 'totalmente inconcebible que esta **(p. 75)** nueva relación [“debería”] pueda derivarse de otras que son completamente diferentes de ella'.7

1 Es decir, no se puede derivar una conclusión evaluativa o prescriptiva de premisas puramente descriptivas o empíricas.72 En la medida en que esto sea correcto (y siempre ha sido un tema de gran controversia dentro de la filosofía), socava una corriente importante de la tradición de la teoría de la ley natural: la que busca derivar prescripciones morales de afirmaciones sobre la naturaleza de los seres humanos o la naturaleza del mundo. De hecho, según muchos relatos, el argumento de Hume y desafíos similares hicieron mucho para relegar la teoría de la ley natural a los márgenes de la filosofía moral.

2 Teoría moderna del derecho natural

2.1 Introducción

Muchos de los escritores recientes importantes en la teoría del derecho natural, como Jacques Maritain73 y John Finnis, han continuado trabajando dentro de la tradición que se remonta a Aquino (y más allá), centrándose principalmente en la ética y la metaética.

Lo más característico de los trabajos recientes realizados bajo el nombre de "teoría del derecho natural" son aquellos autores que no han ofrecido una teoría ética general (con implicaciones para el derecho y la política), sino una teoría de enfoque estrecho sobre la naturaleza del derecho (positivo). En esta sección se ofrecerán descripciones generales de ambos tipos de teorías modernas del derecho natural.

Un momento clave en la teoría moderna del derecho natural es el intercambio entre HLA Hart (1907-1992) y Lon Ful er (1902-1993).

78) en la *Harvard Law Review* en 1958.74 Hart situó el límite entre el positivismo jurídico y la teoría del derecho natural en la separación conceptual entre el derecho y la moral, es decir, que la cuestión de si algo (ya sea un derecho o una ley) es un derecho natural es un derecho.

La regla o un sistema entero) era "ley" que estaba conceptualmente separada de su mérito moral.7

5 **(p. 76)** Varios escritores—

Los más destacados son Lon Fulger y Ronald Dworkin, quienes han estado dispuestos a enfrentar el positivismo jurídico en sus propios términos: argumentando que *no se puede* separar conceptualmente el derecho y la moral.

Los teóricos modernos del derecho natural han ofrecido las siguientes respuestas al positivismo jurídico: **1.** El derecho se entiende mejor, al menos en parte, como un concepto teleológico:76 un concepto o institución que puede entenderse adecuadamente solo cuando se tiene en mente el objetivo último, que en este caso es una sociedad *justa.77* Esto está en marcado contraste con el enfoque general, descriptivo, en gran medida empírico y moralmente neutral que uno encuentra entre los positivistas jurídicos.

2. Aunque los positivistas legales podrían ofrecer lo que parece ser un modelo más simple del derecho (un modelo que guarda un parecido más que pasajero con el derecho en la práctica), una visión del derecho que incluyera más sobre las pretensiones morales78 y las aspiraciones morales del derecho79 sería una teoría del derecho más completa y, por lo tanto, mejor.80

En ambos casos, la afirmación básica es que una teoría del derecho (de derecho natural) que incorpore la evaluación moral u otros aspectos de la moralidad será superior a una teoría positivista jurídica, porque la teoría del derecho natural, más completa y rica, incluye o refleja aspectos de nuestra práctica y experiencia del derecho que una teoría (positivista jurídica), evitando tales elementos, no puede.81

(pág. 77) 2.2 Lon Fuller

2.2.1 Crítica del positivismo jurídico

La crítica de Fuler al positivismo jurídico puede resumirse de la siguiente manera: (*a*) el positivismo jurídico trata el

derecho como un objeto —un objeto de estudio, como cualquier otro tema de investigación científica o cuasi científica— cuando se entiende mejor como un proceso o función; (*b*) el positivismo jurídico parece creer o asumir, falsamente, que la existencia o no existencia del derecho es una cuestión de indiferencia moral; y (*c*) el positivismo jurídico presenta el derecho como una "proyección unidireccional de la autoridad", cuando se entiende mejor como algo que implica reciprocidad entre funcionarios y ciudadanos.

El derecho como objeto versus el derecho como proceso

Para Fulger, el derecho no es simplemente un objeto o entidad que se debe estudiar desapasionadamente bajo un microscopio; el derecho es un proyecto humano, con un objetivo implícito —y un objetivo *moral implícito*— : la capacidad de las personas de coexistir y cooperar dentro de la sociedad.82 No es simplemente que el derecho tenga un ideal, sino que uno no puede entender verdaderamente el derecho a menos que entienda el ideal (*moral*) hacia el cual se esfuerza (hay muchas actividades humanas, desde pintar hasta trotar o boxear, que son difíciles de entender a menos que uno conozca el objetivo o ideal hacia el cual se esfuerzan los participantes).

El derecho es la "empresa de someter la conducta humana al gobierno de reglas".83 El derecho es, por lo tanto, un *proceso* , que se contrasta con el proceso ligeramente diferente de *la dirección gerencial* (esta última puede ser específica en lugar de general, y está más en sintonía con el logro de los objetivos del "creador de reglas", en contraste con el derecho, cuyo propósito es principalmente ayudar a los ciudadanos a coexistir, cooperar y prosperar, aunque, incluso con la dirección gerencial, no es prudente hacer reglas que opriman o confundan).84

La forma estándar de definir o categorizar objetos es asignándoles características esenciales: por ejemplo, una sustancia es "oro" si tiene una determinada composición química, y un animal es un mamífero si es de sangre caliente y amamanta a sus crías. Un enfoque completamente diferente para definir o categorizar objetos sería a través de su *función* :

«Todo lo que corta heno es una segadora, cualesquiera sean sus características estructurales»;8

5 todo lo que corta los alimentos **(p. 78)** es un

El enfoque de Fulger sobre el derecho puede verse como un rechazo a la idea de que el "derecho" se entiende mejor en el primer sentido, como un objeto que puede analizarse hasta sus partes componentes. En cambio, argumentaría, el derecho se entiende mejor como la respuesta oficial a ciertos tipos de problemas, en particular, la orientación y coordinación de las acciones de los ciudadanos en la sociedad.86

Una vez que se adopta un enfoque "funcional" del derecho, entonces el mantra que a menudo se atribuye a la teoría del derecho natural, "una ley injusta no es ley en absoluto",87 *comienza* a tener sentido. Sin duda entenderíamos a alguien que dijera que un objeto metálico largo y delgado que no puede cortar (ni siquiera puede cortar mantequilla) "apenas es un cuchillo". De manera similar, si uno comienza con la visión de que el derecho tiene que ver con guiar el comportamiento, bien podría decirse de un supuesto sistema legal que está tan mal construido y mal administrado:

—por ejemplo, que contiene muchas normas jurídicas oscuras, retroactivas o contradictorias, con aplicaciones judiciales de normas jurídicas que no coinciden con el contenido de esas normas— que los ciudadanos no podrían alterar su comportamiento para cumplir con las 88

La ley natural: la tradición moderna

El paso final entre esta visión funcional y la de que "una ley injusta no es ley en absoluto" es entender el sentido en el que el enfoque procesal de Fulger toca *aspectos* de la justicia, aunque no toda ella.89

Existencia y no existencia del derecho: un bien moral

Fuler describe el positivismo jurídico como el supuesto de que la existencia o no existencia de "derecho" dentro de una sociedad es una cuestión de indiferencia moral.90 Fuler sostiene que tales suposiciones son falsas: que, como mínimo, vivir una buena vida requiere una estructura social que sólo un sistema jurídico sólido puede proporcionar.9

1 La manera en que la existencia del derecho, o la

La existencia de la "ley en su sentido más pleno" puede producir ciertos bienes morales, como se discutirá más adelante, en la evaluación del programa afirmativo de Fulgencio.

(p. 79) Proyección unidireccional de la autoridad

Fuler sostiene que el positivismo jurídico considera las leyes principalmente como una "proyección unidireccional de la autoridad": una parte da órdenes y las otras partes las cumplen. Esto es más obvio en la obra de John Austin, con su reducción de la ley a las órdenes de un soberano,92 pero se podría decir que los positivistas jurídicos posteriores no son tan diferentes. Esta visión de la ley, afirma Fuler, es un malentendido básico: gran parte de la ley, gran parte de un sistema jurídico que funcione plenamente, depende de que exista una *reciprocidad de deberes entre los ciudadanos y los legisladores* : "la existencia de una reciprocidad relativamente estable de expectativas entre el legislador y el súbdito es parte de la idea misma de un orden jurídico que funcione".93 Sólo cuando los ciudadanos y los funcionarios cooperan, cumpliendo cada uno sus propias funciones, la ley puede funcionar. Por ejemplo, los funcionarios prometen, expresa o implícitamente, hacer cumplir las reglas tal como se promulgan y hacer que las demandas a los ciudadanos sean razonables y coherentes; en la medida en que los funcionarios violen estos deberes, el buen funcionamiento de la sociedad comenzará a desmoronarse.

Fuler analiza la elección entre la flexibilidad y el poder de una amplia discreción (concedida directamente u oculta en el uso de reglas vagas o aplicadas de manera inconsistente) frente a la guía clara de seguir siempre una regla escrita con lucidez.

—cómo los gerentes de las grandes empresas y los tiranos de los sistemas jurídicos perversos encuentran un uso para la falta de orientación y la voluntad arbitraria. Consideramos que esto es incorrecto en un sistema jurídico, pero nuestra crítica no es que la discreción arbitraria no sea

"eficaz": es muy útil para algunos propósitos, pero es contraria a la moralidad intrínseca a la elaboración de leyes.94

2.2.2 La alternativa de Fuller: la moralidad interna del derecho

El análisis afirmativo de Fuler se desarrolla a partir de su evaluación de las deficiencias del positivismo jurídico. En lugar del positivismo jurídico, ofrece un análisis que se centra en el derecho como proceso, un proceso que enfatiza la importancia de la interacción entre funcionarios y ciudadanos, y que hace más transparente la forma en que un orden jurídico puede ser instrumental para la consecución de otros bienes.

Fuler ofrece una lista de ocho "principios de legalidad", que servirían como criterios para poner a prueba los deberes mínimos de un gobierno y también establecerían el objetivo de excelencia hacia el cual se esforzaría un buen gobierno.9

5 Fuleros

Los ocho criterios son los siguientes:

• las reglas deben ser generales;

• las reglas deben ser promulgadas;

(p. 80) • se deben minimizar la elaboración y aplicación retroactiva de normas;96

• las reglas deben ser comprensibles;

• no deben ser contradictorios;

• no deben ser imposibles de obedecer;

• las reglas deben permanecer relativamente constantes a través del tiempo;

• Debe haber una congruencia entre las reglas tal como se anuncian y tal como se aplican.97

Seguir los principios facilita que un legislador oriente el comportamiento de sus ciudadanos (y que los ciudadanos puedan planificar sus actividades sabiendo lo que deben hacer para mantenerse dentro de la ley).98

Algunos de los ocho principios de Fulgencio99 se pueden considerar como requisitos mínimos, para los cuales no hay excusa para un cumplimiento incompleto; por ejemplo, leyes que exigen lo imposible o se contradicen entre sí. Otros, como la minimización de la legislación retroactiva, la promulgación plena de leyes y la comprensibilidad de las leyes, se pueden considerar como ideales a los que los sistemas jurídicos siempre deberían aspirar, pero que no deberíamos esperar que los sistemas cumplan al cien por cien.

La ley natural: la tradición moderna

Perfectamente.100

En la medida en que se considere el derecho como un proceso, como un medio para guiar y coordinar el comportamiento humano dentro de la sociedad, este proceso será más exitoso en la medida en que se cumplan los ocho principios de Fuler. En este sentido, también se podría hablar de sistemas que son "más legales" o "menos legales". En un momento, Fuler habla de sistemas de normas como "legales" en mayor o menor medida; en otras ocasiones, parece imaginar un umbral por debajo del cual un sistema de normas ya no califica como "legal".10

1 En cualquier caso, el punto básico es el mismo: que los sistemas de reglas que

que no cumplen sustancialmente con los ocho requisitos son " sistemas *legales* ", *en el sentido de que* es probable que logren guiar el comportamiento de sus ciudadanos; los sistemas de reglas que no cumplen sustancialmente con los ocho requisitos no son "sistemas legales", en el sentido de que es poco probable que puedan guiar el comportamiento de los ciudadanos. (Vale la pena señalar una diferencia entre el análisis de Fuler y el de al menos algunos positivistas legales y teóricos tradicionales del derecho natural: mientras que algunos teóricos preguntan sobre posibles pruebas morales para **(p. 81)** *(tanto en* los sistemas jurídicos como en las normas jurídicas individuales, Fulgor se centra únicamente en el sistema en su conjunto.)102

2.2.3 Críticas

The Morality of Law de Fuler , HLA Hart103 sostiene que Fuler ha demostrado que el derecho, hasta cierto punto, opera como un proceso con un objetivo, que es guiar la conducta. Hart no tiene nada que objetar a esto hasta cierto punto, ni duda de que seguir las ocho directrices de Fuler haría que un sistema legal fuera más capaz de guiar la conducta de los ciudadanos.104 A lo que Hart se opone es a que se le llame "moralidad"; es meramente eficacia o eficiencia, un valor moralmente neutral tan importante para las personas y los gobiernos malvados como para los virtuosos (se podría fácilmente, como señala Hart, tener una "moralidad [interna] del envenenamiento").10

5 Si un sistema legal tiene fines malvados, como la Alemania nazi o

El apartheid en Sudáfrica, siguiendo las directrices de Fuler, permitirá al gobierno ser más eficiente en el logro de esos fines malignos.106

Se podrían ofrecer varias respuestas (muchas de las cuales Fuler, de hecho, da en su propio nombre): **1.** Como otros han señalado, "jugar según las reglas del juego" -o jugar el juego de manera justa- es en sí mismo una parte integral de la justicia, aunque esté lejos de serlo todo107 (por analogía: sigue teniendo cierto valor moral cumplir una promesa, incluso si se trata de una promesa de hacer algo

malo). Fuler da el ejemplo de la ex Unión Soviética, donde los legisladores estaban tan preocupados por el aumento de ciertos tipos de delitos económicos que aumentaron sustancialmente las penas y, para mostrar cuán en serio **(p. 82)** se tomaban este tipo de delitos, hicieron que el aumento de la pena fuera retroactivo para aquellos que ya estaban en prisión por esos delitos. Los abogados de la Unión Soviética, un país que normalmente no se caracteriza por su adhesión a la justicia procesal, protestaron diciendo que esto era injusto.108

No se trata simplemente de una cuestión de "eficacia"; si lo fuera, se podría aplaudir el poder disuasorio adicional que podría surgir si un criminal potencial supiera que sus acciones podrían llevar a consecuencias incluso peores que las que ahora se anuncian.109 Si hay que criticar la legislación retroactiva, no es en el nivel de eficacia, sino en el nivel de justicia y moralidad.

2. Se puede argumentar que ciertos tipos de mal son menos probables cuando se siguen los procedimientos adecuados: por ejemplo, los tribunales pueden tener más probabilidades de tomar decisiones justas cuando los jueces saben que deben dar razones públicas para sus decisiones (ciertas formas de corrupción pueden ser difíciles de racionalizar). Además, como ha observado un comentarista, "la decisión de un gobierno perverso de actuar dentro de las limitaciones procesales del Estado de derecho ofrece a la población en general al menos cierta medida de seguridad".110

3. Fulger escribió una vez que no podía creer que un sistema jurídico que fuera procesalmente justo no fuera también sustancialmente justo.11

1 Sin duda, existe una correlación (al menos en el sentido negativo de que los países que se preocupan poco por uno de ellos probablemente se preocupen poco por el otro), pero también ha habido países que han promulgado el mal de una manera eficiente y meticulosa. En la mayoría de los casos, la fe de Fuler en una fuerte conexión entre la justicia procesal y la sustantiva es una parte optimista, pero periférica, de su teoría. 112 Sin embargo, algunos comentaristas la han tratado como central, argumentando

que la teoría de Fuler se sostiene o falla en función de su (dudoso) mérito. 113

2.3 Ronald Dworkin

Ronald Dworkin (1931–) ha sido una figura muy influyente en la filosofía jurídica de lengua inglesa, así como en la filosofía política y moral. En el campo de la filosofía jurídica, sus primeros trabajos ofrecieron críticas de amplio alcance a la versión de HLA Hart del positivismo jurídico **(p. 83)** ,114 una crítica a partir de la cual Dworkin construyó su propia teoría del derecho.11

5 En obras posteriores,

Esa teoría fue recaracterizada como una teoría interpretativa del derecho.116

La ley natural: la tradición moderna

Según el enfoque de Dworkin, para determinar lo que exige la ley —lo que "es" la ley— se encuentra la mejor interpretación disponible de los datos jurídicos pertinentes: actos legislativos, decisiones judiciales, textos constitucionales, etc.117 Como interpretación, la teoría debe ajustarse adecuadamente a los datos pertinentes (por ejemplo, no puede descartar demasiadas decisiones judiciales antiguas como "errores"); además, para ser una *buena* interpretación, también debe tener un buen desempeño en la escala de valor moral.118 Dworkin también sostiene que este enfoque (al que llama "interpretación constructiva")119 es tan apropiado para los teóricos legales que discuten la naturaleza de la ley como para los abogados y jueces que discuten lo que la ley requiere sobre un asunto en particular.120

La literatura sobre la obra de Dworkin es vasta.12

1 Este no es el lugar para volver a examinar extensamente ese territorio ya muy transitado. En cambio, esta sección se centrará en el trabajo de Dworkin sólo de manera tangencial: discutiendo la forma en que su trabajo podría

considerarse una teoría de la ley natural, y lo que el propio trabajo de Dworkin podría indicar sobre la necesidad o la viabilidad de un proyecto de ese tipo.

Dworkin no suele utilizar la etiqueta de "derecho natural" para referirse a su propia obra. De hecho, con la notable excepción de una conferencia, publicada posteriormente como artículo,122 ha evitado referirse por completo a la "ley natural", ya sea como descripción de su propia obra o como una forma de contrastarla con la suya. En esa única referencia, sin embargo, Dworkin admite que su obra podría justificar la etiqueta de "ley natural": "Si la cruda descripción de la ley natural que acabo de dar es correcta, es decir, que cualquier teoría que haga que el contenido de la ley dependa a veces de la respuesta correcta a alguna cuestión moral es una teoría de la ley natural, entonces soy culpable de la ley natural".123

(p. 84) Dworkin es un teórico del derecho natural en el sentido de que su enfoque del derecho y de la teoría jurídica rechaza una separación estricta ("conceptual" o "necesaria") entre el derecho y la moral. Negar una separación estricta, por supuesto, no es afirmar una equivalencia; Dworkin no afirma que una vez que uno sabe lo que exige la moralidad, entonces también conoce el contenido del sistema jurídico (*ningún* teórico del derecho natural, tradicional o de otro tipo, hace *tal* afirmación). El argumento de la conexión conceptual es que las evaluaciones morales son una parte necesaria de la determinación del contenido de un sistema jurídico.

Según el enfoque de Dworkin, la elección entre interpretaciones defendibles de acciones oficiales pasadas puede fácilmente reducirse a una determinación de qué interpretación presenta el sistema legal como mejor moralmente. Por lo tanto, dentro del enfoque de Dworkin, uno no puede determinar "qué es el derecho" sin considerar cuestiones morales o evaluativas.124

El enfoque de Dworkin también tiene conexiones con otros enfoques del derecho natural en el sentido de que "lo que el derecho *realmente* es" es algo diferente de las decisiones oficiales que la mayoría de la gente asocia convencionalmente con el término. Recordemos que para

Dworkin todos los actos oficiales pasados -incluyendo estatutos promulgados y decisiones judiciales- son meramente "datos preinterpretativos".12

5 para ser utilizado en la construcción de la mejor teoría de lo que la ley requiere con respecto a algún tema.

Las decisiones judiciales son, desde este punto de vista, sólo conjeturas falibles acerca de lo que "realmente es" la ley, de lo que efectivamente exige.

Existe un ideal hacia el cual tienden las (mejores) decisiones judiciales.126

Las similitudes y diferencias entre Dworkin y Fulger son instructivas.127 La convergencia de sus puntos de vista se da principalmente en el nivel más amplio: ambos creen que el derecho no puede entenderse adecuadamente sin la moral, especialmente los valores morales a los que necesariamente aspira todo derecho. A modo de diferencia, Fulger se preocupa más por la

'forma' y 'proceso' del derecho, mientras que el trabajo de Dworkin se centra en el proceso interpretativo **(p. 85)** que él cree que es central tanto para determinar lo que la ley (sustantivamente) requiere *como* para entender la ley en general.

2.4 Juan Finnis

John Finnis puede ser el teórico dentro de la tradición clásica del derecho natural mejor conocido por los teóricos legales modernos de habla inglesa.128 Su obra, en particular, *Natural Law and Natural Rights* ,129 trabaja conscientemente dentro de la tradición de Tomás de Aquino,130 enfatizando la filosofía moral y la metateoría, mientras que también contribuye a los debates contemporáneos sobre la naturaleza del derecho.

2.4.1 Teoría moral

Descripción general131

Finnis construye su teoría moral a partir de una base de "bienes básicos", bienes que valoramos por sí mismos, "aspectos del auténtico florecimiento humano, ... razones reales (inteligentes) para la acción".132 En *Derecho natural y derechos naturales* , Finnis enumera siete: vida,133 conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad (amistad), razonabilidad práctica y 134

'religión'.134 Estos son fines y propósitos que podemos elegir y elegimos por sí mismos **(p. 86)** , no simplemente (o siempre) como un medio para otros fines y propósitos. No es que nadie busque nunca un bien básico, por ejemplo, la amistad, como un medio para otro fin, sino que los bienes básicos son esos (pocos) fines y propósitos que uno puede elegir de manera inteligible por sí mismos.135

Según Finnis, los bienes básicos están arraigados en la naturaleza humana, no directamente, en el sentido de ser leídos a partir de una teoría metafísica, sino indirectamente, en el sentido de que "las formas básicas del bien captadas por el entendimiento práctico son lo que es bueno para los seres humanos con la naturaleza que tienen".136 Es importante destacar que para Finnis no existe "ninguna jerarquía objetiva" entre los bienes básicos,137 aunque un individuo en su propia vida puede elegir dar más importancia a uno o algunos que a otros.138

Hay entonces nueve principios intermedios (principios que Finnis llama 'los requisitos básicos de la razonabilidad práctica'), 'para guiar la transición de los juicios sobre los bienes humanos a los juicios sobre lo correcto que hay que hacer aquí y ahora':139

- adoptar un proyecto de vida coherente;
- no tener preferencias arbitrarias entre valores;
- no tener preferencias arbitrarias entre las personas;

• mantener un cierto desapego de los proyectos específicos y limitados que uno emprende;

• no abandonar los propios compromisos a la ligera;

• no desperdiciar oportunidades utilizando métodos ineficientes;

• no elegir hacer algo que por sí mismo no hace más que dañar o impedir la realización o la participación en uno o más de los bienes básicos;

• fomentar el bien común de la propia comunidad;

• actuar conforme a la propia conciencia.140

El enfoque de Finnis es, pues, teleológico, pero no en el sentido de algunas teorías naturales: no existe un único ideal humano (o sobrehumano) al que todos deban aspirar.14

1 La prescripción es bastante más general: 'En

actuando voluntariamente en pro de **los** bienes humanos y evitando lo que se opone a ellos, se deben elegir y querer de otro modo aquellas y sólo aquellas posibilidades cuya voluntad sea compatible con la realización humana integral'.142

Finnis sostiene que la lista de bienes básicos y los principios de razonabilidad práctica son "evidentes en sí mismos", pero con eso no quiere decir que sean obvios o intuitivos o que todas las personas razonables asentirán inmediatamente.143 "Evidencia en sí mismos" significa principalmente que las verdades en cuestión no se derivan de ninguna verdad más fundamental; son

'captado mediante una reflexión inteligente sobre los datos presentados por la experiencia', apoyado indirectamente por argumentos especulativos y dialécticos.144

Crítica

La teoría moral de Finnis ha sido objeto de numerosas críticas, que representan una variedad de puntos de vista alternativos (y la cantidad de áreas controvertidas en las que Finnis ha sido un contendiente activo). Aquí sólo se mencionarán dos de las muchas líneas de crítica.

Una línea de crítica, o al menos de cuestionamiento, es si la combinación de Finnis de "bienes humanos básicos" y "requerimientos básicos de razonabilidad práctica" son suficientes para llegar a respuestas (y a las respuestas *correctas*) a las importantes preguntas morales que enfrentamos. 14

5 Es decir, el argumento es que el enfoque de Finnis no

tener recursos suficientes para alcanzar respuestas (determinadas) a cuestiones morales difíciles.

De parte de los críticos que ofrecen lecturas alternativas de la tradición de la ley natural en general, o de las opiniones de Aquino en particular, el desafío con respecto a la *adecuación* del enfoque de Finnis a menudo está conectado con afirmaciones sobre su *validez exegética. precisión* .146 En términos discutidos anteriormente, la pregunta exegética es si se entiende mejor a Aquino como quien construye una visión teleológica basada directamente en una visión de la naturaleza humana, o se entiende mejor como quien ofrece una especie de 'ética de la virtud' -que hay ciertos bienes básicos para el florecimiento humano, que conocemos o descubrimos mediante el uso de la razón, y cuya conexión con la naturaleza humana es (más) indirecta.147 La crítica de suficiencia es que podemos encontrar **(p. 88)** las respuestas a las difíciles preguntas morales solo una vez que tengamos una teleología completa con una jerarquía ordenada de bienes, en lugar de la lista de Finnis de bienes básicos iguales.148

La ley natural: la tradición moderna

Steven Smith ofrece una línea de crítica muy diferente: sugiere que el enfoque de Finnis sobre "los bienes básicos" (y el uso que Finnis hace de esos conceptos en sus escritos

sobre cuestiones sexuales) refleja una división demasiado grande entre la idea de "lo bueno" y los deseos y experiencias reales de las personas.149 Smith señala no solo la ausencia de "placer"

como un "bien básico", un bien buscado por sí mismo,150 pero también el estatus extrañamente *no* empírico de afirmaciones como la siguiente: "[L]a conducta homosexual (y, de hecho, toda gratificación sexual extramatrimonial) es radicalmente incapaz de participar en, actualizar, el bien común de la amistad".15

1 Por condición no empírica, Smith quiere decir que, en el

En el contexto de los escritos de Finnis, parece claro que Finnis no consideraría que la afirmación sobre la conducta homosexual queda refutada por el testimonio de parejas homosexuales que afirman que su conducta íntima *es* una forma de mantener, expresar y fortalecer la amistad.152 Sin embargo, Smith sostiene que, a medida que aumenta la brecha entre "ser bueno" y "ser bueno", la relación entre "ser bueno" y "ser bueno" es más estrecha.

"Al ser experimentado como un bien", crece el potencial de desconexión entre la moral académica y nuestras preocupaciones morales reales.153

2.4.2 Teoría jurídica154

El derecho juega un papel dentro de la teoría moral de Finnis, en el sentido de que hay ciertos bienes comunes que se obtienen mejor a través del tipo específico de coordinación social que ofrece el derecho,15

5 y hay un sentido en el que la participación en el

La comunidad y el bien común de construir una comunidad (política) son parte integral de vivir una buena vida.156

Finnis también analiza la teoría jurídica en el sentido más estricto del término. Al analizar el concepto de derecho, coincide con el enfoque general de HLA Hart: que uno debe considerar el "derecho" (o "sistema jurídico") en su forma más completa o más elevada, en lugar de considerarlo

como el mínimo común denominador de todos los sistemas que podríamos considerar "jurídicos";157 y que dicho enfoque debe incorporar la perspectiva de los participantes. Sin embargo, **(p. 89)** Finnis estrecha y fortalece la "perspectiva interna" de Hart:158 es "el punto de vista de aquellos que no sólo apelan a la razonabilidad práctica sino que también *son* prácticamente razonables".159 Según Finnis, uno debe seleccionar el "punto de vista interno" de acuerdo con la idea de "caso central" (el concepto en su sentido más completo), y que esto nos alejará de una perspectiva moralmente neutral: "Si hay un punto de vista en el que la obligación legal es tratada al menos presumiblemente como una obligación moral..., un punto de vista en el que el establecimiento y mantenimiento del orden legal como distinto del orden discrecional o estáticamente consuetudinario es considerado como un ideal moral si no una demanda imperiosa de justicia, entonces tal punto de vista constituirá el caso central del punto de vista legal".160 Esto puede parecer una modificación menor del enfoque de Hart, pero es suficiente para mover a un teórico a través de la frontera, del positivismo legal (el derecho conceptualmente separado de la moralidad) a la teoría del derecho natural (la evaluación moral central para la teoría del derecho natural). comprender la ley).

La crítica de Finnis al positivismo jurídico, implícita en sus opiniones sobre las "perspectivas internas" y expresada en otros escritos,161

La teoría del derecho requiere una evaluación moral. La afirmación básica es el mismo tipo de argumento teleológico que se analizó anteriormente en relación con el trabajo de Fulger: no se puede entender plenamente una actividad de dar razones como la ley sin la evaluación (moral) de lo que significaría que las declaraciones y las promulgaciones oficiales dieran a los ciudadanos una *buena* razón para actuar.162

2.5 Michael Moore

Michael Moore (1943–) ofrece una teoría del derecho y la práctica legal construida en torno al realismo metafísico.163 El realismo metafísico se entiende

generalmente como una afirmación sobre **(p. 90)** la ontología: que nuestras palabras se refieren a objetos cuya existencia y propiedades son independientes de las creencias convencionales o de las creencias de los observadores sobre los objetos.164

Las propias opiniones de Moore sobre el realismo metafísico enfatizan los compromisos ontológicos, pero también incluyen opiniones sobre la verdad, la referencia, la moralidad y el significado.16

5 Moore no afirma *simplemente* que existen respuestas correctas a las cuestiones morales (aunque ciertamente lo afirma);166 en cuestiones ontológicas, postula la existencia de 'entidades morales como derechos y deberes, virtudes y vicios, y cualidades morales como la bondad y la maldad', así como 'tipos morales' (un análogo moral a los tipos naturales).167 En cuanto al significado, equipara términos, incluidos términos evaluativos como

'justicia', con 'clases naturales' o 'clases naturales de eventos'; en tales casos, se considera que el significado lo proporciona 'la mejor teoría científica que podamos reunir' sobre la clase en cuestión.168 Moore, sin embargo, no es platónico en todos los aspectos: favorece una teoría de la coherencia en epistemología,169 y considera la ley no como una clase natural, sino como una

'tipo funcional'.170

El desafío de Moore a aquellos que no son realistas metafísicos es afirmar que el realismo metafísico es el enfoque correcto,17

1 y que este enfoque requiere que modifiquemos nuestras opiniones sobre la naturaleza del derecho y cómo deberían funcionar las instituciones jurídicas. 172 La pregunta podría caracterizarse así: ¿cómo deberíamos/actuaríamos de manera diferente, como abogados, jueces, legisladores, ciudadanos, si creyéramos y tomáramos en serio la noción de respuestas correctas únicas a las preguntas morales?

La ley natural: la tradición moderna

¿Preguntas y referentes determinantes para la mayoría de los conceptos (ya sean términos morales, legales o de tipo natural)?

(p. 91) Una creencia sólida en la existencia y accesibilidad de la verdad moral, en un sentido metafísico y realista, ayuda y obstaculiza el análisis jurídico de varias maneras:

1. Algunas de las notorias paradojas e indeterminaciones del razonamiento de precedentes (derecho consuetudinario) pueden desaparecer si creemos (o asumimos) que existen "tipos morales".173 Entonces, la forma adecuada de (re)caracterizar la decisión de un caso pasado es como la descripción de la aplicación de un tipo moral relevante;174 además, la indeterminación de la caracterización, de que cualquier decisión judicial puede ser reformulada en diferentes niveles de generalidad, desaparece, al menos en principio, ya que el nivel *correcto* de generalidad es el del tipo moral.17

5 Bajo Moore

En este enfoque, el razonamiento jurídico del derecho consuetudinario se entiende como un razonamiento moral que considera todas las cosas, aunque se enfatiza que uno de esos factores a considerar es el argumento "institucional" o "del imperio de la ley", un argumento que puede resultar en el afianzamiento de algunas decisiones pasadas erróneas, porque la moral toma en serio los intereses de confianza de las personas.176

2. Los igualmente problemáticos problemas para determinar las intenciones legislativas de los grupos que promulgaron la legislación (o crearon el lenguaje constitucional)177 podrían evitarse si se considerara que los legisladores "tienen las mismas intenciones lingüísticas que otros usuarios del lenguaje, es decir, las intenciones realistas [metafísicas]".178 Las intenciones de los legisladores con respecto al significado o la aplicación de los términos que usan (más allá de sus intenciones realistas de que las palabras se entiendan de acuerdo con su significado "real") no son relevantes.179 Para decirlo de otra manera, los jueces deberían guiar su interpretación de los términos legales (ya sea de origen estatutario,

constitucional o de derecho consuetudinario) de acuerdo con una teoría realista metafísica del significado, de acuerdo con

"la naturaleza real de las cosas a las que las palabras se refieren y no por las convenciones que gobiernan el uso ordinario de esas palabras".180 Moore va más allá, argumentando que incluso las definiciones estipuladas dentro de la legislación no deben recibir una deferencia especial; por el contrario, esas definiciones deben tratarse como meras "glosas convencionales" sobre el significado "real" de los términos (y debe asumirse que así es como los legisladores querían que se trataran esas definiciones).181

(p. 92) 3. De manera más general, el razonamiento y la interpretación jurídica deben derivarse de "la realidad moral" (y nunca meramente de las creencias convencionales de las personas respecto de cuestiones morales).182

4. El realismo moral, como cualquier otra forma de teoría de la respuesta correcta (por ejemplo, la de Ronald Dworkin),183 indicaría que los jueces deberían seguir buscando la única respuesta correcta a las preguntas difíciles que enfrentan, en lugar de abandonar el asunto en función de la política o la preferencia personal.184

Un aspecto interesante del enfoque de Moore, ya señalado, es que prefiere un enfoque de teoría de la coherencia para el conocimiento, lo que a veces lo deja vulnerable a la acusación de que su realismo moral, al menos su aspecto ontológico, no está dando resultado.18

5 Cuando contrasta su visión realista moral con las formas "convencionalistas" de razonamiento de coherencia, argumenta la superioridad de la primera porque tiene lugar para el "error" y justifica las conclusiones finales no por mera "aceptación convencional" sino "por correspondencia con lo que hay".186 Sin embargo, si nuestra única manera de determinar "lo que hay" es la coherencia con las creencias convencionales, entonces las diferencias pueden parecer más de empaque que de sustancia.

Moore ofrece diversas respuestas a esta línea de argumentación. En primer lugar, admite que su teoría se centra en la ontología (lo que hay), no en la epistemología (lo que sabemos y cómo justificamos nuestras afirmaciones de conocimiento), pero considera que esta concesión está lejos de ser fatal.187 En segundo lugar, sostiene que el realismo metafísico *explica* nuestras creencias y prácticas mejor que los enfoques alternativos; es decir, la teoría es importante porque es *verdadera* , incluso si no afectaría o no afectara nuestras prácticas.188 En tercer lugar, sostiene que el realismo moral puede ser valioso en el sentido de que puede *justificar* prácticas existentes que podrían parecer problemáticas bajo una visión moral o metafísica diferente del mundo.189 Un punto relacionado: si los jueces se ven a sí mismos actuando sobre la base de "la verdadera naturaleza de las cosas" en lugar de simplemente actuar sobre la base de creencias idiosincrásicas personales o creencias convencionales, esto afectará (legítimamente) la actitud que los jueces tienen hacia la legitimidad de sus acciones.190 En cuarto lugar, reafirma su afirmación de que **(p. 93)** el realismo metafísico y moral *sí hacen una diferencia* en cómo los jueces (deberían) actuar19 (

1 una visión resumida en otro lugar

en esta sección).

Una categoría de cuestiones que se plantea de forma destacada en la obra de Moore, pero que es relevante para muchos otros escritores modernos dentro de la tradición de la ley natural, es hasta qué punto las cuestiones de filosofía moral o significado pueden o deben prevalecer sobre otras cuestiones aparentemente políticas o institucionales. A veces los teóricos parecen argumentar que una vez que uno entiende la verdad sobre el realismo metafísico o similares, ciertas preguntas tradicionales sobre la filosofía institucional pueden o no ser abordadas.

La ley natural: la tradición moderna

En el razonamiento judicial, se verá que los roles y los procesos legales se resuelven fácilmente o, tal vez, son irrelevantes. Se trata de cuestiones en las que el propio

Moore suele ser muy sensible: por ejemplo, ¿hasta qué punto debería un juez negarse a llegar a la decisión moralmente correcta en derecho consuetudinario porque decisiones judiciales anteriores habían tenido un resultado contrario? 192 En otras palabras, ¿deberían los jueces confirmar decisiones erróneas o parcialmente erróneas en deferencia a los valores del "estado de derecho" o preocupaciones similares sobre la coherencia, la confianza, la previsibilidad, la igualdad y similares? Una pregunta comparable surge en otras partes del razonamiento judicial, en particular en la interpretación constitucional: ¿hasta qué punto deberían los jueces (que adhieren al pensamiento de la ley natural) actuar sobre la base de la opinión de que la ley natural es parte de la ley fundacional del país, o incorporar de otro modo el aprendizaje de la ley natural en (todas) las interpretaciones jurídicas, incluso (o especialmente) si las decisiones judiciales anteriores han adoptado una opinión diferente? 193

Si bien es difícil encontrar defensores en el mundo real de la visión extrema de que las verdades del derecho natural siempre deben prevalecer sobre las razones institucionales, de "estado de derecho", para adherirse a precedentes erróneos, se *pueden* encontrar destacados teóricos del derecho natural que defienden una posición en el otro extremo, según la cual la tradición del derecho natural *no ofrece* puntos de vista sobre la toma de decisiones judiciales más allá de instruir a los jueces a que se sometan a las reglas institucionales e interpretativas que existan dentro del sistema legal en cuestión.194

2.6 Otras teorías jurídicas del derecho natural

Hay una variedad de otras teorías recientes del derecho que podrían encajar en la categoría del derecho natural. Más adelante en su libro, *El concepto de derecho* , al describir dónde se superponen el derecho y la moral, HLA Hart introduce la noción del "contenido mínimo del derecho natural".19

5 El debate se produjo en el contexto de ofrecer una visión general de las diversas formas en que la moral y el derecho *se* superponen (superposiciones consistentes con el dogma positivista legal de que no hay una conexión "necesaria" o

"conceptual" entre los dos). Hart especula que cualquier sistema de derecho o moral convencional que no ofrezca al menos protecciones mínimas (por ejemplo, contra asaltos violentos) al menos **(p.**

94) una minoría significativa de la población (como podría ocurrir en sociedades donde gobierna una minoría de élite, mientras que la población mayoritaria está esclavizada o tratada de otro modo como ciudadanos de segunda clase) no podría sobrevivir mucho tiempo. Si bien hay una ligera semejanza, más en el título que en la sustancia, entre la discusión de Hart y la teoría tradicional del derecho natural, las similitudes no son muy profundas.196 Hart está haciendo una afirmación empírica, aunque una que pretende cubrir la sociedad humana mientras los seres humanos y las sociedades humanas tengan las carencias, necesidades y vulnerabilidades (contingentes) que tenemos ahora.197 No está ofreciendo una teoría moral o un argumento conceptual; no afirma que se deduzca algo de los criterios de validez legal o de cómo deben actuar las personas dentro de los sistemas legales.198

Randy Barnett ha ofrecido un giro provocador al enfoque tradicional de la ley natural.199 Mientras que muchos escritores de esta tradición proponen teorías en la línea de que "dada la naturaleza humana y/o la naturaleza del cosmos, ciertas cosas se siguen (prescriptivamente)", el análisis de Barnett sigue la estructura del argumento de que "dada la naturaleza humana, si uno quiere obtener ciertas metas sociales generalmente aceptadas (seguridad, prosperidad, libertad, etc.), deben establecerse ciertas instituciones y reglas". El resultado de la obra de Barnett es un programa liberal-libertario que no será del agrado de todas las personas, pero que, no obstante, puede ser apreciado por la adaptación novedosa de un método de análisis e investigación similar al de la ley natural.

Hay otros enfoques que merecen ser mencionados, aunque sólo se pueden resumir brevemente. Lloyd Weinreb ha intentado reconstruir la interpretación original (es decir, la griega antigua) de la teoría del derecho natural, la teoría del derecho natural como una concepción de un orden normativo dentro de la naturaleza.200 Ernest Weinreb ha analizado el derecho privado en términos tomados de

Aristóteles y Kant: el derecho privado tiene una forma fija a partir de la cual podemos determinar, de manera general, si no exhaustiva, las obligaciones morales que las partes tienen entre sí y las reglas doctrinales y estructuras institucionales adecuadas que se deben establecer.20

1 Deryck Beyleveld y Roger Brownsword han propuesto una teoría jurídica **(p. 95)** basada en los escritos de Alan Gewirth sobre filosofía moral.202 Y Richard Dien Winfield203 y Alan Brudner204 han ofrecido teorías del derecho basadas en una visión hegeliana de la sociedad y el papel del derecho dentro de ella.

3 El lugar del derecho natural en la jurisprudencia

Es hora de hacer balance. ¿Cómo encaja el derecho natural en el contexto más amplio de la filosofía jurídica moderna? La siguiente sección considera la cuestión de cómo, si es que se puede, distinguir las teorías del derecho basadas en el derecho natural de la (otra) teoría dominante del derecho, el positivismo jurídico. Las confusiones en cuanto a los límites surgen principalmente de dos fuentes: (*a*) el debate *dentro del* positivismo jurídico sobre el papel de las normas morales en el derecho; y (*b*) los esfuerzos de algunas teorías positivistas jurídicas por considerar o explicar los aspectos del derecho que dan razón, al tiempo que retienen lo que hace que las teorías sean "positivistas jurídicas" en lugar de "de derecho natural". En la sección final, el capítulo considerará más

La ley natural: la tradición moderna

En general, ¿qué papel desempeña o debería desempeñar la teoría del derecho natural dentro de la jurisprudencia analítica moderna?

3.1 Relación con el positivismo jurídico

3.1.1 La teoría tradicional del derecho natural y el positivismo jurídico

El fundador del positivismo jurídico moderno, HLA Hart, opinó que había poco o nada en una teoría tradicional del

derecho natural como la de John Finnis con lo que un positivista jurídico debería estar en desacuerdo.20

5 Un similar

La afirmación de un acuerdo general ha sido ofrecida por otro prominente positivista legal, Neil MacCormick.206 Finnis ha devuelto el favor, en cierto sentido, al afirmar que la teoría tradicional del derecho natural **(p. 96)** podría aceptar y afirmar la mayoría de las afirmaciones que se han ofrecido como principios del positivismo legal.207

Incluso si uno acepta que la teoría tradicional del derecho natural podría ser compatible con el positivismo jurídico, se debería considerar el argumento de que la teoría tradicional del derecho natural —y, de hecho, cualquier teoría moral o ética integral—

—socava el proyecto del positivismo jurídico. El argumento, en general, es que el derecho podría verse mejor como parte de una empresa normativa más amplia: con la teoría normativa más amplia determinando qué reglas deben promulgarse, cómo debe administrarse el sistema legal y cómo deben actuar los ciudadanos y los funcionarios dentro del sistema. Al describir una institución que da razones como el derecho, parecería natural distinguir las buenas razones (morales) de las malas, y si uno cree que tiene una teoría moral a mano (de tipo iusnaturalista o de otro tipo) para hacer tales distinciones, la elección de evitar tales distinciones y evaluaciones parece extraña.208 Todos los teóricos modernos del derecho natural analizados en este ensayo —Ful er, Dworkin, Finnis y Moore— han confrontado, de una manera u otra, el grado en que las cuestiones morales deberían, o deben, ser consideradas al construir una teoría descriptiva adecuada del derecho.

Por último, cabe señalar el argumento de Roger Shiner de que, a medida que las teorías positivistas jurídicas se vuelven más sofisticadas (para hacer frente a las debilidades y críticas de las formas más simples de la teoría), las teorías resultantes se acercan a las teorías del derecho natural, en el sentido de que se acercan a incorporar elementos morales y evaluación moral dentro de las teorías descriptivas del derecho.209 El punto de Shiner

puede ser más obvio en algunos esfuerzos recientes de los positivistas jurídicos por discutir los aspectos normativos del derecho de una manera desprendida y descriptiva. El ejemplo más destacado puede ser el uso que HLA Hart hace del aspecto interno de las reglas y el derecho en su teoría jurídica, que permitió que la teoría *tomara en cuenta la tenga en cuenta* el hecho de que los participantes en la práctica "aceptan" las normas jurídicas como razones para la acción, sin a su vez *respaldar* ese juicio.210 Consideremos también a Joseph Raz, quien, dentro de su teoría jurídica, construye gran parte de su análisis a partir de la afirmación de que "todo sistema jurídico afirma que posee autoridad legítima".21

1 (Es importante en esto

contexto para enfatizar la ' *afirmación* ' en la frase 'afirmar... [poseer] autoridad legítima', porque Raz ciertamente no cree que todos los sistemas legales *de hecho* 'posean autoridad legítima'.)212 Según Raz, mucho se sigue de esta verdad sobre los sistemas legales, porque incluso para **(p. 97)** tener la capacidad de ser autoritativo, el derecho debe ofrecer una guía que pueda seguirse sin referencia a las razones generales (morales y prudenciales) que la guía pretendía suplantar.213 El punto no es evaluar el valor o la verdad del argumento de Raz,214 sino solo señalar cómo Raz usa una aspiración que fácilmente podría caracterizarse como moral, la afirmación de poseer autoridad legítima, de una manera que no parece 'manchar' la neutralidad moral de su análisis.

En relación con el debate anterior, se debe señalar un problema que a menudo se pasa por alto, o al menos se le da poco énfasis, en la teoría jurídica: hasta qué punto las afirmaciones que se hacen sobre el derecho son *específicas* del derecho, o más bien son solo una instancia particular de una verdad más general, por ejemplo, sobre todas las instituciones sociales o todos los sistemas normativos.215

Por ejemplo, consideremos el argumento de los críticos del positivismo jurídico de que no es aconsejable o imposible separar la descripción de los sistemas jurídicos de su evaluación. Si este argumento es válido, parecería probable (aunque de ninguna manera seguro) que se aplicaría

igualmente a los intentos de separar la descripción y la evaluación de la moralidad convencional.216 Hay que desconfiar de las teorías que ofrecen afirmaciones que pretenden aplicarse únicamente al derecho.

Se deben poner a prueba estas afirmaciones en el contexto de otras instituciones sociales y otros sistemas normativos; en la medida en que las afirmaciones no parezcan válidas en esos otros contextos más amplios, habría motivos para dudar de su validez en el contexto legal.217

3.1.2 La teoría moderna del derecho natural y el positivismo jurídico inclusivo

En varios países existe un control judicial de la validez de la legislación, que se basa en una constitución escrita o en alguna otra fuente de principios superiores. Algunos críticos del positivismo jurídico, en particular Ronald Dworkin, han sostenido que el positivismo jurídico no puede dar cuenta adecuadamente de tales prácticas y que lo que se necesita es un control judicial de la validez de la legislación.

teoría que no pretende una separación tajante entre el derecho y la moral.218

La evaluación de los méritos de la crítica depende en parte de la interpretación de la afirmación positivista jurídica de que no existe una conexión necesaria o conceptual entre el derecho y la moral. ¿Significa esto simplemente que la evaluación moral *no necesita* ser parte de la prueba de validez jurídica **(p. 98)** (pero *puede* ser parte de dicha prueba en sistemas jurídicos particulares),219 o significa que la evaluación moral *nunca puede* ser parte de la prueba de validez jurídica?220 La primera perspectiva es la de

positivismo jurídico «inclusivo»;22

1 El segundo es el positivismo jurídico "exclusivo". Ambas perspectivas se analizan en profundidad en otras partes de este libro, pero por el momento vale la pena señalar que ambas se consideran formas de positivismo jurídico, que deben distinguirse de la teoría del derecho natural. En el nivel de los criterios de validez jurídica, la diferencia entre el positivismo jurídico inclusivo y algunas formas de teoría del derecho natural es de modalidad: los positivistas jurídicos inclusivos sostienen que los criterios morales *pueden,* pero *no tienen por qué, formar* parte de la prueba de si una norma es jurídicamente válida, mientras que algunos teóricos del derecho natural argumentarían que los criterios morales son *siempre* y *necesariamente* parte de la prueba de validez jurídica. En el nivel de la teoría, los positivistas jurídicos inclusivos abogan por una descripción moralmente neutral o un análisis conceptual del derecho, mientras que los teóricos del derecho natural argumentan que el derecho se entiende mejor teleológicamente, dentro del contexto de un análisis moral más amplio. Si bien las diferencias entre el positivismo jurídico inclusivo y algunas versiones modernas de la teoría del derecho natural centradas en el derecho pueden parecer leves, son diferencias de importancia teórica.

3.2 El papel de la teoría del derecho natural

Como se analizó en la Parte I, el derecho natural fue históricamente un enfoque de la moral, basado fundamentalmente en una determinada visión de la metafísica y/o la epistemología, pero no por ello menos una teoría de la moral.222 Puede parecer justo preguntarse por qué *esta* forma de teoría moral debería recibir una atención especial en la jurisprudencia, tratándola como una escuela importante de jurisprudencia a la que todas las demás escuelas de pensamiento deben responder, mientras que otros enfoques de la moral no reciben un tratamiento similar. Rara vez se ve referencia a la "teoría jurídica utilitarista" o a la "teoría jurídica deontológica", y las referencias a la "teoría jurídica kantiana"223 y a la "teoría jurídica hegeliana"224 son apenas un poco más comunes.

Sin embargo, como se discutió anteriormente (Sección 2.1), "derecho natural", dentro de la comunidad jurisprudencial, ha llegado a significar cualquier teoría en la que la

evaluación moral se considera **(p. 99)** central o necesaria *ya sea para* determinar el contenido de las normas jurídicas, evaluar el estatus legal de normas o sistemas de normas particulares, o para el análisis de la naturaleza del derecho.

Se debe notar cuán divergente es el grupo de afirmaciones que esto incluye: (1) los antiguos teóricos ingenuos del derecho natural que no tenían opiniones particulares sobre la adjudicación o sobre la formación de teorías, pero que creían que una regla o un sistema de reglas no debería obtener el apelativo de "derecho" a menos y hasta que hubiera cumplido con ciertos criterios morales; (2) los teóricos de la competencia institucional como Lon Fuler y la escuela del proceso legal,22

5 quienes equiparan la etiqueta "derecho" menos con criterios morales que con criterios de diseño institucional y procedimientos seguidos; y (3) Ronald Dworkin y teóricos de ideas similares que prescriben procesos cargados de moralidad para la adjudicación, prescripciones que, en principio, podrían separarse de cualquier principio de construcción de teoría o cualquier afirmación sobre cuándo llamar a algo derecho.226 Todos ellos han sido agrupados en muchas discusiones porque, y sólo porque, el positivismo jurídico ha fijado la agenda para el debate jurisprudencial moderno en lengua inglesa, y el positivismo jurídico ha fijado un enfoque libre de moralidad para una variedad de cuestiones jurisprudenciales.

Al evaluar a los autores y los debates resumidos en este ensayo, se deben plantear dos preguntas básicas: (1) ¿Qué criterios se podrían ofrecer para juzgar los debates? y (2) ¿Qué está en juego en los debates? En los argumentos a favor y en contra de las teorías más antiguas y tradicionales del derecho natural, la naturaleza de las afirmaciones es relativamente fácil de discernir.

Esos teóricos del derecho natural están ofreciendo (*a*) una afirmación moral: así es como uno debe actuar; (*b*) una afirmación metaética: así es como uno decide cuestiones morales; y/o (*c*) una afirmación metateórica con respecto a la filosofía jurídica:

que se debe abordar el estudio del derecho desde una perspectiva de razonamiento práctico o alguna forma de análisis teleológico. La naturaleza de las afirmaciones en los debates en torno a muchas de las teorías modernas que llevan la etiqueta de "derecho natural" a veces está menos articulada y es menos obvia.

Gran parte de la incomodidad del lugar de la teoría del derecho natural dentro de la jurisprudencia moderna puede atribuirse a las confusiones mutuas entre los académicos que se especializan en teoría legal y aquellos teóricos del derecho natural (entendidos de manera estricta) que pueden estar más cómodos con la teoría moral o la metafísica.227 Algunos filósofos legales no se toman el tiempo para entender el rico contexto de filosofía moral del cual se derivan las teorías legales del derecho natural; de manera similar, algunos teóricos del derecho natural entran en debates **(p. 100)** sobre la naturaleza del derecho sin una apreciación completa de las tradiciones dentro de la jurisprudencia analítica.

Conclusión

Gran parte de la tradición del derecho natural se basa en la filosofía moral, un punto que se olvida con demasiada facilidad cuando la teoría del derecho natural se lleva a debates en otras áreas, y este olvido ha causado gran parte de la incomprensión de las doctrinas del derecho natural dentro de la literatura jurisprudencial. La teoría del derecho natural, en todas sus permutaciones, *tiene* cosas que decir a la teoría jurídica y acerca de ella. Tal vez la idea más importante que los teóricos modernos del derecho natural han aportado a la jurisprudencia es que las concepciones del derecho que tienen en cuenta las aspiraciones morales del derecho ofrecen una comprensión más completa, y por lo tanto mejor, de esa institución social, en comparación con las concepciones que ignoran o marginan tales consideraciones.

Lectura adicional

Barnett, Randy E., 'Una guía para profesores de derecho sobre el derecho natural y los derechos naturales', *Harvard Journal of Law and Public Política* , 20 (1997), 655.

—— *La estructura de la libertad: justicia y estado de derecho* (Nueva York: Oxford University Press, 1998).

Beyleveld, Deryck, y Brownsword, Roger, *La ley como juicio moral* (Londres: Sweet & Maxwel, 1986).

Bix, Brian, 'Teoría del derecho natural', en *Un compañero para la filosofía del derecho y la teoría legal* , ed. Dennis Patterson, 223–40 (Oxford: Blackwel, 1996).

—'Sobre la línea divisoria entre la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico', *Notre Dame Law Review* , 75 (2000), 1613.

Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes y la tradición de la ley natural* , trad. Daniela Gobetti (Chicago: University of Chicago Press, 1993).

Brudner, Alan, La *unidad del derecho consuetudinario: estudios sobre jurisprudencia hegeliana* (Berkeley: University of California Press, 1995).

Buckle, Stephen, *Derecho natural y teoría de la propiedad: de Grocio a Hume* (Oxford: Clarendon Press, 1991).

Covel, Charles, *La defensa del derecho natural* (Nueva York: St Martin's Press, 1994).

Curley, Edwin M., 'El estado de naturaleza y sus leyes en Hobbes y Spinoza', *Philosophical Topics* , 19 (1991), 97.

Del Vecchio, Giorgio, *Las bases formales del derecho* , 1ª publicación, 1914 (South Hackensack, NJ: Rothman Reprints, 1969).

d'Entrèves, Alexander Passerin, *Derecho natural: Introducción a la filosofía jurídica* , 1ª publicación, 1951 (Nuevo Brunswick: Transaction Publishers, 1994).

Dworkin, Ronald, *Tomar los derechos en serio* (Londres: Duckworth, 1977).

—'El derecho “natural” revisitado', *University of Florida Law Review* , 34 (1982), 165.

(p. 101) —— *Una cuestión de principios* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985).

—— *El imperio de la ley* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986).

Finnis, John M., 'Las intenciones teóricas de Blackstone', *Natural Law Forum* , 12 (1967), 163.

—— *Ley natural y derechos naturales* (Oxford: Clarendon Press, 1980).

——(ed.), *Derecho natural* , 2 vols. (Nueva York: New York University Press, 1991).

——'La verdad en el positivismo jurídico', en *La autonomía del derecho: ensayos sobre positivismo jurídico* , ed. R. George (Oxford: Clarendon Press, 1996), 195–214.

—— *Aquino: teoría moral, política y jurídica* (Oxford: Oxford University Press, 1998).

——'Derecho natural', en *Routledge Encyclopedia of Philosophy* , vi (Londres: Routledge, 1998), 685–90.

—'Sobre la incoherencia del positivismo jurídico', *Notre Dame Law Review* , 75 (2000), 1597.

——y Grisez, Germain, 'Los principios básicos de la ley natural: una respuesta a Ralph McInerny', *American Journal of Jurisprudencia* , 26 (1981), 21.

Forte, David F. (ed.), *Derecho natural y política pública contemporánea* (Washington, DC: Georgetown University Press, 1998).

Ful er, Lon L., *La moralidad del derecho* , ed. rev. (New Haven: Yale University Press, 1969).

—— *Los principios del orden social* , ed. Kenneth I. Winston (Durham, Carolina del Norte: Duke University Press, 1981).

Garet, Ronald R., 'Ley natural e historias de la creación', en *Religión, moralidad y la ley, Nomos XXX* , ed. J. Roland Pennock y John W. Chapman (Nueva York: New York University Press, 1988), 218–62.

George, Robert P., *Teoría del derecho natural: ensayos contemporáneos* (Oxford: Clarendon Press, 1992).

——(ed.), *La autonomía del derecho: ensayos sobre positivismo jurídico* (Oxford: Clarendon Press, 1996).

—— *Derecho natural, liberalismo y moralidad: ensayos contemporáneos* (Oxford: Clarendon Press, 1996).

—'Ética de la ley natural', en *A Companion to Philosophy of Religion* , ed. Philip L. Quinn y Charles Taliaferro (Oxford: Blackwel, 1997).

—— *En defensa de la ley natural* (Oxford: Clarendon Press, 1999).

Grisez, Germain G., 'El primer principio de la razón práctica: un comentario sobre la *Summa theologiae* , 1–2, cuestión 94, artículo 2', *Natural Law Forum* , 10 (1965), 168.

——Boyle, Joseph, y Finnis, John, 'Principios prácticos, verdad moral y fines últimos', *American Journal of Jurisprudencia* , 32 (1987), 99.

Grocio, Hugo, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* , trad. Francis W. Kelsey (Oxford: Clarendon Press, 1925).

Haakonssen, Knud, *Derecho natural y filosofía moral: desde Grocio hasta la Ilustración escocesa* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996).

—'La importancia de la teoría protestante del derecho natural', manuscrito inédito, presentado en el Seminario Hester,

'Teoría del derecho natural: cuestiones históricas y contemporáneas', Wake Forest University, noviembre de 1997.

Hamburger, Philip A., 'Derechos naturales, derecho natural y constituciones estadounidenses', *Yale Law Journal* , 102 (1993), 907.

Hittinger, Russel, *Una crítica de la nueva teoría del derecho natural* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1987).

——'La ley natural como “ley”: reflexiones con motivo de “Veritatis Splendor”', *American Journal of Jurisprudencia* , 39 (1994), 1.

(p. 102) Hittinger, Russel, 'Variedades de la teoría minimalista del derecho natural', *American Journal of Jurisprudence* , 34

(1989), 133.

Kelsen, Hans, 'La doctrina de la ley natural ante el tribunal de la ciencia', en *¿Qué es la justicia?* (Berkeley: University of California Press, 1971), 137–73.

Kmiec, Douglas W., 'El originalismo de la ley natural: o por qué el juez Scalia (casi) lo logra', *Harvard Journal of Law y Políticas Públicas* , 20 (1997), 627.

Lisska, Anthony J., *La teoría del derecho natural de Aquino: una reconstrucción analítica* (Oxford: Oxford University Press, 1998).

Lyons, David, 'Aspectos morales de la teoría jurídica', *Midwest Studies in Philosophy* , 7 (1982), 223, reimpreso en *Morales Aspectos de la teoría jurídica: ensayos sobre derecho, justicia y responsabilidad política* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), 64–101.

McInerny, Ralph M., *Santo Tomás de Aquino* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1982).

—— 'Santo Tomás de Aquino', en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* , **http://plato.stanford.edu** Maritain, Jacques, **LOS** DERECHOS **DEL** HOMBRE **Y** LA LEY **NATURAL** (Nueva York: Charles Scribner's Sons, 1943).

Moore, Michael S., 'Una teoría de interpretación de la ley natural', *Southern California Law Review* , 58 (1985), 277.

——'Precedente, inducción y generalización ética', en *Precedent in Law* , ed. Laurence Goldstein (Oxford: Clarendon Press, 1987), 183–213.

——'El derecho como una especie funcional', en *Teorías del derecho natural: nuevos ensayos* , ed. Robert P. George (Oxford: Clarendon Press, 1992), 188–242.

—'La realidad moral revisitada', *Michigan Law Review* , 90 (1992), 2424.

——'El bien sin Dios', en *Derecho natural, liberalismo y moralidad* , ed. Robert P. George (Oxford: Clarendon Press, 1996), 221–70.

—— *Educarse en público: ensayos críticos sobre jurisprudencia* (Oxford: Oxford University Press, 2000).

Novak, David, *La ley natural en el judaísmo* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998).

'Propter Honoris Respectum: John Finnis', *Notre Dame Law Review* , 75 (2000), 1597–892.

Pufendorf, Samuel, *Sobre el deber del hombre y del ciudadano según la ley natural* , 1ª edición, 1673, ed. James Tuly, trad. Michael Silverthorne (Cambridge: Cambridge University Press, 1991).

Rommen, Heinrich A., *La ley natural: un estudio sobre historia jurídica y social y filosofía* , 1.ª publicación, 1936; introd.

por Russel Hittinger (Indianápolis: Liberty Fund, 1998).

Ross, Alf, 'Validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural', en *Normatividad y normas: teoría crítica Perspectivas sobre temas kelsenianos* , ed. Stanley L. Paulson y Bonnie Litschewski-Paulson (Oxford: Clarendon Press, 1999), 147–63.

Schneewind, Jerome (ed.), *Filosofía moral desde Montaigne hasta Kant: una antología* , i y i (Cambridge: Cambridge University Press, 1990).

—'Kant y la ética del derecho natural', *Ética* , 104 (1993), 53.

—— *La invención de la autonomía: una historia de la filosofía moral moderna* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998).

Shiner, Roger, *Norma y naturaleza: los movimientos del pensamiento jurídico* (Oxford: Clarendon Press, 1992).

Simon, Yves René Marie, *La tradición de la ley natural: reflexiones de un filósofo* , ed. Vukan Kuic, introducción de Russel Hittinger (Nueva York: Fordham University Press, 1992).

(p. 103) Soper, Philip, 'Teoría jurídica y el problema de la definición' (reseña del libro), *Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago Reseña* , 50 (1983), 1170.

——'Dando sentido a la jurisprudencia moderna: la paradoja del positivismo y el desafío del derecho natural', *Creighton Law Review* , 22 (1988), 67.

—'Algunas confusiones naturales sobre la ley natural', *Michigan Law Review* , 90 (1992), 2393.

'Número especial sobre Long Fulghum', *Law and Philosophy* , 13 (1994), 253–418.

Strauss, Leo, *Derecho natural e historia* (Chicago: University of Chicago Press, 1953).

Suárez, Francisco, *Selecciones de tres obras de Francisco Suárez* , 2 vols. (Oxford: Clarendon Press, 1944).

Summers, Robert S., *Lon L. Fuller* (Stanford, California: Stanford University Press, 1984).

Sweet, William, 'Jacques Maritain', en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* , **http://plato.stanford.edu**
Tierney, Brian, *La idea de los derechos naturales: Estudios sobre derechos naturales, derecho natural y derecho eclesiástico* (Atlanta: Scholars Press, 1997), 1150–625.

Tuck, Richard, *Teorías de los derechos naturales: su origen y desarrollo* (Cambridge: Cambridge University Press, 1979).

——'Los peligros de los derechos naturales', *Harvard Journal of Law and Public Policy* , 20 (1997), 683.

Veatch, Henry B., 'Reseña de libro', *American Journal of Jurisprudence* , 26 (1981), 247.

Weinreb, Lloyd L., *Derecho natural y justicia* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1987).

Weinrib, Ernest J., *La idea del derecho privado* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995).

Wieacker, Franz, *Una historia del derecho privado en Europa: con especial referencia a Alemania* , trad. Tony Weir (Oxford: Clarendon Press, 1995), 199–256.

Winfield, Richard Dien, *El derecho en la sociedad civil* (Lawrence, Kan.: University Press of Kansas, 1995).

Winston, Kenneth I., 'El elemento ideal en una definición de derecho', *Derecho y Filosofía* , 5 (1986), 89.

Wolfe, Christopher, 'Judicial Review', en *Derecho natural y políticas públicas contemporáneas* , ed. David F. Forte (Washington, DC: Georgetown University Press, 1998).

Wright, R. George, 'El derecho natural en la era posmoderna' (reseña de libro), *American Journal of Jurisprudence* , 36

(1991), 203.

Wueste, Daniel E., 'La filosofía procesal del derecho de Fulger' (reseña del libro), *Cornell Law Review* , 71 (1986), 1205.

Zuckert, Michael P., '¿Los derechos naturales derivan de la ley natural?', *Harvard Journal of Law and Public Policy* , 20

(1997), 695.

Notas:

Agradezco a Matthew D. Adler, Jules L. Coleman, David Orgon Coolidge, Neil Duxbury, John M. Finnis, Robert P.

George, Steven P. Goldberg, Philip A. Hamburger, Matthew H. Kramer, Nancy Levit, David J. Luban, Linda R. Meyer, Thomas H. Morawetz, Scott Shapiro, Malcolm BE Smith, Adam Tomkins, Robert W. Tuttle, Kenneth I. Winston y un lector anónimo, por sus comentarios y sugerencias.

(1) No es casualidad que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) reclame autoridad a partir de "las leyes de la naturaleza" y se refiera a los "derechos inalienables" de "la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad". De manera similar, la Declaración de los Derechos del Hombre de Francia (1789) declara "los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre". (La equiparación idiosincrásica de la ley natural con la búsqueda de la felicidad en el documento estadounidense puede derivar de la obra de Jean Jacques Burlamaqui (1694-1748). Véase Jean Jacques Burlamaqui, *Los principios de la ley natural y la búsqueda de la felicidad. Derecho* , trad. Thomas Nugent, 5.ª ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1807), en particular parte I, capítulo V).

(2) La ley creada o "postulada" por los seres humanos para su (auto)gobierno se suele denominar " ley *positiva* ", en contraste con la " ley *natural* ", que consiste en principios morales derivados de una fuente "superior" o "más básica".

(3) Platón, *Leyes* , libro IV, 715b, en Platón, *Diálogos recopilados* , ed. E. Hamilton y H. Cairns (Princeton: Princeton University Press, 1961), 1306.

(4) Aristóteles, *Ética a Nicómaco* , libro V, 7: 1134b18–1135a5, en *The Complete Works of Aristotle* , i, 1790–1, ed.

J. Barnes (Princeton: Princeton University Press, 1984). También se pueden encontrar referencias a puntos de vista similares a los del derecho natural en la página 19 de 35.

La ley natural: la tradición moderna

Drama griego antiguo. Véase, por ejemplo, Sófocles, *Antígona* , en *The Oedipus Plays of Sophocles* , trad. P. Roche (Nueva York: New American Library, 1958), 210.

(5) Cicerón, *República* , I I. xxi. 33 y *Leyes* , I. v. 11–12, en *De Re Publica; De Legibus* , trad. C. W. Keyes (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1928), 211, 383, 385.

(6) Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* , II (primera parte de la segunda parte), Cuestiones 90-7, en *Tomás de Aquino, El Tratado de Derecho* , ed. RJ Henle (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1993).

(7) Un comentarista ha escrito respecto de un grupo de teorías de la ley natural: "las diferentes teorías de la ley natural fueron armas potentes en una variedad de batallas morales, teológicas y políticas y, en gran medida, fueron diseñadas para tales propósitos". Knud Haakonssen, "The Significance of Protestant Natural-Law Theory", manuscrito inédito, presentado en el Seminario Hester, "Natural Law Theory: Historical and Contemporary Issues", Wake Forest University, noviembre de 1997, pág. 1.

(8) En palabras de un comentarista, muchos teóricos del derecho natural pueden ser vistos como "que ven la moral dentro de un marco metafísico". Haakonssen, "The Significance of Protestant Natural-Law Theory", 4.

(9) Jerome Schneewind llama a este último tema "La problemática grociana", JB Schneewind, *La invención de Autonomía* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 70-3, y lo encuentra no sólo en Grocio, sino también en casi todos los teóricos importantes del derecho natural desde Grocio. También prefigura claramente algunas ideas del teórico contemporáneo, John Rawls. Véase, por ejemplo, John Rawls, 'La idea de un consenso superpuesto', en *Collected Documentos* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999), 421–48.

(10) Los teóricos del derecho natural se ocupan a menudo de cuestiones morales que se encuentran un paso más allá, es decir, cuestiones de "metateoría": por ejemplo, ¿cómo se puede *determinar* qué exige la moralidad? y ¿qué hay en el mundo que hace que una afirmación sobre la moral sea verdadera o falsa? Por ejemplo, tanto *la Summa Theologiae de Aquino como la Natural Law* de John Finnis *Los libros Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980) se dedican en gran medida a estas cuestiones.

(11) En un artículo anterior sobre la teoría del derecho natural, distinguí a los teóricos morales/políticos de la tradición de los teóricos jurídicos/sociales bajo los títulos

de teoría del derecho natural "tradicional" versus "moderna" (etiquetas que ahora encuentro más distractoras que útiles). Véase Brian Bix, "Natural Law Theory", en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Teoría* , ed. Dennis Patterson (Oxford: Blackwel, 1996), 223–40. Una distinción similar se puede encontrar en Philip Soper,

'Algunas confusiones naturales sobre la ley natural', *Michigan Law Review* , 90 (1992), 2393, 2394–403.

(12) Por conexión no me refiero a una cuestión de implicación lógica ni a ningún otro vínculo tan fuerte que sería incoherente adherirse a una opinión y disentir de la otra. Como se aclarará, se puede estar de acuerdo de manera consistente con una concepción de la moral basada en la ley natural y al mismo tiempo negarse a adoptar una posición de ley natural sobre la teoría social y jurídica, y viceversa. Sólo pretendo afirmar que existe una similitud general de actitud o enfoque entre las diversas teorías que se conocen bajo el nombre de "ley natural".

(13) Uno podría preguntarse por qué importa si algo se llama o no "ley natural", o qué criterios se utilizan para incluir o excluir teorías de la categoría. La respuesta corta es que no importa (o no debería importar) en absoluto.

Una etiqueta es sólo una etiqueta, y una teoría surge y cae por sus propios méritos, no por el enfoque, la escuela o la tradición con la que está asociada. Dicho esto, (1) es una reacción natural y no comprensible a la vasta complejidad de la vida (y a la literatura teórica casi comparablemente compleja) tratar las cosas en categorías en lugar de en forma individual; (2) hay momentos en que uno puede describir de manera útil los atributos, las fortalezas y las debilidades de una categoría particular de teorías; y (3) algunos teóricos se enorgullecen de trabajar a partir de una tradición particular y de verse a sí mismos como continuadores de un proyecto iniciado por algún gran pensador del pasado (ya sea ese pensador Tomás de Aquino, Thomas Hobbes, Hans Kelsen o HLA Hart).

(14) Véase Finnis, *Natural Law and Natural Rights* , 23-25; Philip Soper, 'Teoría jurídica y el problema de la definición'

(reseña de libro), *University of Chicago Law Review* , 50 (1983), 1170, 1173–5 (discutiendo la posición de Finnis).

(15) Véase, por ejemplo, Soper, 'Legal Theory and the Problem of Definition', 1174-5 y n. 21; véase también Russel Hittinger,

'Varieties of Minimalist Natural Law Theory', *American Journal of Jurisprudence* , 34 (1989), 133-5. Según la definición más amplia, las teorías deontológicas, por ejemplo, no parecerían estar excluidas, e incluso los utilitaristas y otros consecuencialistas podrían argumentar que creen que las verdades morales son objetivas y accesibles a la razón.

La ley natural: la tradición moderna

Algunas discusiones sobre la ley natural excluyen expresamente las teorías deontológicas y las "concepciones agregativas de lo correcto y lo justo" de la tradición por otros motivos. Véase, por ejemplo, John Finnis, "Natural Law", en *Routledge. Enciclopedia de filosofía* , vi (Londres: Routledge, 1998), 685–90, en 687; véase también Robert P. George, 'Natural Law Ethics', en *A Companion to Philosophy of Religion* , ed. Philip L. Quinn y Charles Taliaferro (Oxford: Blackwel, 1997), 460–5, en 462–3.

(16) Sobre este asunto, también hay que señalar: «Históricamente no hay realmente *una* tradición de derecho natural, sino varias tradiciones » . Russel Hittinger, «Introducción», en Yves R. Simon, *The Tradition of Natural Law* , ed. Vukan Kuic (Nueva York: Fordham University Press, 1965), xi i–xxxi, pág. xix.

(17) Cf. Robert P. George, *In Defense of Natural Law* (1999), 1. Finnis insiste en que está ofreciendo una teoría de la ley natural, y no una historia de otras teorías que han recibido ese nombre. Finnis, *Natural Law and Natural Law Derechos* , 24–5. Al mismo tiempo, su texto (y muchas de sus otras obras) incluye referencias generalizadas y discusiones sobre Agustín, Aquino, Gabriel Vázquez,

Francisco Suárez, Francisco de Vitoria, Germain Grisez y muchos otros que han trabajado dentro de la tradición.

(18) Sobre esta base, un eminente teórico del derecho natural, Russel Hittinger, puede insinuar que John Finnis y Germain Grisez no encajan en esta teoría. Véase Russel Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1987), 8 (donde se sostiene que el enfoque de Grisez-Finnis no cumple los requisitos porque el derecho natural «requiere un compromiso con el derecho como algo «natural» de algún modo y con la naturaleza como algo normativo de algún modo»).

(19) Véase, por ejemplo, Lloyd L. Weinreb, *Natural Law and Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987), 15–

42; Ronald R. Garet, 'Ley natural e historias de la creación', en *Religión, moralidad y ley, Nomos XXX* , ed. J.

Roland Pennock y John W. Chapman (Nueva York: New York University Press, 1988), 218-62, pp. 219-20 ('La noción subyacente es que la observación cuidadosa de la naturaleza nos permite entender qué régimen o estructura social básica es la más adecuada para seres como nosotros'). Esta es una postura que se encuentra no sólo en algunas formas de la teoría occidental de la ley natural, sino también en algunos teóricos dentro de la tradición neoconfuciana china. Véase, por ejemplo, Tu Wei-Ming, *Neo-Confucian Thought in Action* (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1976), pp. 167-8 (donde se analiza la interpretación de Chu Hsi del concepto de *ko-wu* , 'la investigación de las cosas').

(20) El contraste de perspectivas se ejemplifica por la manera en que Suárez parecía considerar al teólogo moral como el experto probable para determinar las leyes de la naturaleza, mientras que Pufendorf consideraba que la investigación era completamente secular y en la que un teólogo moral no tendría cabida. Véase Schneewind, *The Invention of Autonomy* , 131.

Se podría ver una división básica, no sólo entre los teóricos de la ley natural, sino entre los teóricos de la moral y la virtud en general, entre los escritores teleológicos clásicos, como Aristóteles y Aquino, y la mayoría de los escritores posteriores, aproximadamente a partir de Grocio. Los escritores clásicos tenían un fuerte sentido de la teleología humana y por esa razón podían equiparar y de hecho equipararon lo que la gente debería hacer y lo que era en su interés. Los escritores posteriores vieron el mundo de una manera que ahora es convencional: con las demandas de la moralidad generalmente en desacuerdo con las demandas del interés propio (incluso el interés propio ilustrado y considerado). Véase Stephen Darwal, 'Law and Autonomy: From Imposition to Self-Legislation', manuscrito inédito.

(21) Se puede encontrar esta visión, por ejemplo, en la obra del teórico francés moderno de la ley natural, Jacques Maritain (1882-1973). Según la visión de Maritain: 'Los primeros principios de esta ley [natural] se conocen *de manera connatural* , no racional o a través de conceptos, mediante una actividad que Maritain, siguiendo a Tomás de Aquino, llamó “sindéresis”. Por lo tanto, la “ley natural” es “natural” porque no solo refleja la naturaleza humana, sino que se conoce de manera natural. Maritain reconoce, sin embargo, que el conocimiento de la ley natural varía a lo largo de la humanidad y de acuerdo con las capacidades y habilidades de los individuos, y habla de un crecimiento en la conciencia moral de un individuo o una colectividad'. William Sweet,

'Jacques Maritain', en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* , edición de otoño de 2001, en http://plato.stanford.edu.

(22) George, 'Ética de la ley natural', 462.

se obtiene ese conocimiento . Robert George escribe sobre "actos no inferenciales de comprensión en los que captamos verdades evidentes por sí mismas". Robert P. George, *En defensa de la Derecho* (Oxford: Clarendon Press, 1999), 87; véase también Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 59–80.

(24) George, *In Defense of Natural Law* , 85; véase también Russel Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory* (1987), 10-20 (que resume la crítica de Grisez-Finnis de los enfoques tomistas más tradicionales).

La ley natural: la tradición moderna

(25) Véase Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 33–6.

(26) Agradezco a Robert Tuttle la idea básica de este párrafo. Para otras aproximaciones al mismo punto, véase, por ejemplo, Hittinger, 'Introducción', en Simon, *The Tradition of Natural Law* ; Alexander Passerin d'Entrèves, *Natural Law Derecho* , primera publicación, 1951 (Nuevo Brunswick: Transaction Publishers, 1994).

(27) El 'voluntarismo' ha sido definido como 'la posición teológica de que todos los valores son así por haber sido elegidos por Dios...'. Simon Blackburn, *The Oxford Dictionary of Philosophy* (1994), 396. (Blackburn también señala que una serie de posiciones filosóficas y teológicas bastante diferentes también llevan la etiqueta de 'voluntarismo'.) (28) Véase Russel Hittinger, 'Natural Law as “Law”: Reflections on the Occasion of “Veritatis Splendor”', *American Revista de Jurisprudencia* , 39 (1994), 1.

(29) Por supuesto, continúa existiendo una asociación entre la Iglesia Católica y la teoría de la ley natural, como lo ejemplifican recientemente las encíclicas del Papa Juan Pablo I, 'Veritatis Splendor' (6 de agosto de 1993) y 'Fides et Ratio' (14 de septiembre de 1993).

1998).

(30) Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres* , trad. Francis W. Kelsey (Oxford: Clarendon Press, 1925) (1625) ('Prolegomena', párr. 11), 13. La posición probablemente se remonta a escritores anteriores, entre ellos Gregorio de Rímini (*c.* 1300-58), Francisco de Vitoria (1492/94-1546) y

Francisco Suárez. Véase Finnis, *Natural Law and Derechos naturales* , 54. El resumen de Suárez de la posición de Gregorio de Rímini se cita en Schneewind, *La invención de Autonomía* , 60. Para un argumento de que el papel de Grocio en este debate ha sido exagerado, véase ibíd. en 67–8, 73–5.

(31) Las ideas de leyes que vinculaban a todas las naciones tenían raíces que datan de mucho antes del siglo XVII, véase por ejemplo JM

Kel y, *A Short History of Western Legal Theory* (1992), 77–8, 110–11, 156–8, 199–202, pero el derecho internacional moderno tal como lo conocemos comenzó con Grocio. Ibid., en 241–3.

(32) John Locke puede ser un ejemplo: en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (1690), § 6, los deberes últimos de las personas («preservarse a sí mismos y al resto de la humanidad») derivan de los deseos de Dios. Un teórico podría intentar construir una teoría moral sin Dios, basada meramente en la «razón» o la prudencia o algo similar, como han intentado los teóricos desde Hobbes hasta el día de hoy, pero las dificultades de la tarea son bien conocidas.

(33) Finnis, *Natural Law and Natural Rights* , 49; véase también Michael S. Moore, 'El bien sin Dios', en *Natural Law, Liberalismo y moralidad* , ed. Robert P. George (Oxford: Clarendon Press, 1996), 221–70.

(34) Véase, por ejemplo, Garet, 'Natural Law and Creation Stories', 236-7. Véase también John T. Noonan, Jr., 'The Natural Law Banner', en *Natural Law and Contemporary Public Policy* , ed. David F. Forte (Washington: Georgetown University Press, 1998), 380-3, en 382: 'El *resentimiento* alimentado contra la ley natural [por los no creyentes] surge porque quien dice "naturaleza" dice "criatura", y las criaturas requieren un Creador. La ley requiere un legislador, y quien habla de una ley que gobierna los propósitos humanos habla de un Legislador que trasciende el estado y los deseos individuales.'

(35) 'Voluntad' (o 'fiat') se refiere a las elecciones de individuos o instituciones, y al argumento de que el mundo normativo es diferente debido a tales elecciones (por ejemplo, las órdenes de un soberano o la firma de un contrato por parte de un individuo), generalmente sin tener en cuenta el contenido o el valor moral de esas elecciones. 'Razón', por el contrario, es un argumento basado en el mérito de una acción o interacción o institución, generalmente sin tener en cuenta si fue elegida o bajo qué circunstancias fue elegida. Si bien el contraste entre voluntad y razón puede ser útil para analizar una serie de temas dentro de la teoría moral, legal y política, véase, por ejemplo, Vernon J. Bourke, *Will in Western Thought: An Historico-Critical Survey* (Nueva York: Sheed and Ward, 1964); Francis Oakley, 'Medieval Theories of Natural Law: William of Ockham and the Significance of the Voluntarist Tradition', *Natural Law Forum* , 6 (1961), 65; Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* , 2.ª ed. (Londres: Sweet & Maxwel, 1999), 121-6; Lon L. Ful er, 'Reason and Fiat in Case Law', *Harvard Law Review* , 59 (1946), 376, el contraste rara vez es tan agudo o tan obvio como lo es dentro de los enfoques alternativos a la teoría tradicional del derecho natural.

(36) Véase supra n. 27.

(37) Platón, *Eutifrón* 10a, en *The Collected Dialogues* , ed. Edith Hamilton y Huntington Cairns, trad. Lane Cooper (1961), 178. Las palabras se hacen eco en el resumen que John Duns Scotus (1266-1308) da de una posición de Aquino: 'para Tomás, Duns Scotus dice, "lo que se ordena [en el Decálogo] no es bueno meramente porque es bueno".

ordenado, pero ordenado porque es bueno en sí mismo". Schneewind, *The Invention of Autonomy* , 23, citando a John Duns Scotus, *Duns Scotus on the Will and Morality* , ed. y trad. Al an B. Wolter (1986), 273.

(38) JB Schneewind, 'Samuel Pufendorf', en *The Cambridge Dictionary of Philosophy* , ed. Robert Audi (Cambridge; Cambridge University Press, 1995), 664.

(39) Véase, por ejemplo, la opinión de Robert George, resumida en el texto que acompaña a la nota 24, supra.

(40) Véase Francisco Suárez, *On Law and God the Lawgiver* , libro I, cap. VI, extraído de JB Schneewind (ed.), *Moral Philosophy from Montaigne to Kant* , i (Cambridge: Cambridge University Press, 1990), 76-9; véase también Schneewind, *The Invention of Autonomy* , 60-2; TH Irwin, 'Obligation, Rightness, and Natural Law: Suarez and Some Critics', manuscrito inédito, presentado en el Hester Seminar, 'Natural Law Theory: Historical and Contemporary Issues', Wake Forest University, noviembre de 1997 (donde se analiza la posición de Suárez y se muestra cómo depende de una comprensión estrecha de 'obligación').

(41) Sobre los derechos en general, véase, por ejemplo, Matthew H. Kramer, NE Simmonds y Hill el Steiner, *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries* (Oxford: Clarendon Press, 1998); el análisis moderno más importante de los derechos en la literatura jurídica es el de Wesley Hohfeld, quien sugirió que el concepto de "derecho" se ha utilizado de varias maneras diferentes, de las cuales solo una se entendería como correlacionada con el deber de otra persona. Véase Wesley Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal* , 23 (1913), 16;

'Concepciones jurídicas fundamentales tal como se aplican en el razonamiento judicial', *Yale Law Journal* , 26 (1917), 710.

(42) En un importante trabajo que desafía muchas visiones aceptadas sobre la ley natural y los derechos naturales, Brian Tierney ofrece un análisis histórico de los derechos y el discurso de los derechos naturales, rastreando la idea de los derechos (lo que los comentaristas europeos a menudo llaman 'derechos subjetivos') hasta el siglo XII, con un desarrollo más completo en los siglos XIII y XIV. Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150–1625* (Atlanta, Georgia: Scholars Press, 1997). Tierney rechaza la idea, resumida anteriormente, de que la ley natural y los

derechos naturales hayan sido teorías históricamente rivales; los considera, en cambio, teorías complementarias.

(43) John Finnis, Aquinas: *Teoría moral, política y legal* (Oxford: Oxford University Press, 1998), 172 y nn.

179–81 (resumiendo las opiniones de Aquino y citando sus textos); véase general y ibid. en 132–80 ('Hacia los derechos humanos').

(44) ibídem. en 272–4, 287–91.

(45) Véase, por ejemplo, d'Entrèves, *Natural Law* , 51-62. En cierto sentido, se podría considerar que esta discusión es relevante para la sección 1.5, "Oponentes actuales y potenciales", en la que la corriente política de la teoría de la ley natural, que enfatizaba cada vez más los derechos naturales, comenzó a trabajar en contra de la tradición de la que surgió. El enfoque principal pasó a ser la libertad y los derechos contra el gobierno, en lugar de los deberes o la naturaleza orgánica de la sociedad. Cuando se llega al derecho inalienable de Burlamaqui a buscar la felicidad, véase más arriba la nota 1, la corriente moral original de la ley natural había quedado muy atrás.

(46) Véase Michael P. Zuckert, '¿Los derechos naturales derivan de la ley natural?', *Harvard Journal of Law and Public Política* , 20 (1997), 695.

(47) Véase Richard Tuck, 'Los peligros de los derechos naturales', *Harvard Journal of Law and Public Policy* , 20 (1997), 683.

Tuck cita el uso reciente por parte de Gran Bretaña del derecho de los ciudadanos a la seguridad como justificación para quitarles los derechos procesales a los sospechosos de terrorismo (ibíd., pág. 691) y el hecho de que los primeros teóricos de los derechos naturales, Grocio, Pufendorf y Hobbes,

"defendió explícitamente la esclavitud y el absolutismo". Ibíd., pág. 684 (nota omitida).

(48) Un enfoque sugerente proviene de Knud Haakonssen: 'la idea contemporánea de los derechos deriva del derecho natural protestante moderno temprano combinado con nociones del common law inglés y debe considerarse como una parte importante de la 'significación' del primero'. Knud Haakonssen, 'The Significance of Protestant Natural-Law Theory', manuscrito inédito, presentado en el Hester Seminar, 'Natural Law Theory: Historical and Contemporary Issues', Wake Forest University, noviembre de 1997, pág. 17.

(49) Véase, por ejemplo, Finnis, *Natural Law and Natural Rights* , 198-9; Soper, 'Legal Theory and the Problem of Definition', página 23 de 35.

La ley natural: la tradición moderna

1174.

(50) Sin embargo, como teoría moral y política, la teoría del derecho natural ha sido regularmente mencionada en los debates sobre las controversias morales y políticas de la época. Véase, por ejemplo, David F. Forte (ed.), *Natural Law and Contemporary Políticas públicas* (Washington, DC: Georgetown University Press, 1998); George, *En defensa de la ley natural* , 123-245

('Cuestiones morales y políticas').

En los Estados Unidos, la teoría del derecho natural se plantea a menudo en relación con cuestiones de interpretación de la Constitución de los Estados Unidos, y los teóricos están en marcado desacuerdo sobre qué relevancia, si es que la hay, podría tener la teoría del derecho natural en esta cuestión. Véase, por ejemplo, Randy E. Barnett, 'Getting Normative: The Role of Natural Rights in Constitutional Adjudication', en *Natural Law, Liberalism, and Morality* , ed. Robert P. George (1996), 151-79; Walter Berns, 'The Il egitimacy of Appeals to Natural Law in Constitutional Interpretation', en ibid. 181-93; Christopher Wolfe, 'Judicial Review', en *Natural Law and Contemporary Public Policy* , 157-89; George, *In Defense of Natural Law* , 110-11; 'Symposium on Natural

Law', *Southern California Interdisciplinary Law Journal* , 4 (1995), 455-738; cf. G. Edward White, *Earl Warren* (Oxford: Oxford University Press, 1982), 222–30, 354–67 (describe los aspectos de "derecho natural" del enfoque del Presidente del Tribunal Supremo Warren sobre la interpretación constitucional).

(51) Una de las influencias más importantes, ya mencionada, fue la importancia fundacional del derecho natural en el desarrollo del derecho internacional, cuando los teóricos comenzaron a preguntarse qué principios podrían aplicarse a las disputas entre naciones (o entre partes que eran ciudadanos de diferentes naciones), especialmente cuando las partes tenían diferentes creencias políticas o religiosas. Véase, por ejemplo, Schneewind, *The Invention of Autonomy* , 70-3.

(52) Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* , q. 96, art. 4; véase también Finnis, *Aquino* , 266–74.

(53) Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 354–66.

(54) Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* , q. 90, art. 4, corpus.

(55) Aquino, *Summa Theologiae* , q. 95, art. 2, corpus. Sobre la noción de *determinatio de Aquino* , la concretización mediante una elección racional pero racionalmente subdeterminada, véase Finnis, *Aquinas* , 267–71.

John Locke puede estar presentando una idea similar a la " *determinatio* " de Aquino cuando escribe: "Las obligaciones de la ley de la naturaleza no cesan en la sociedad, sino que sólo en muchos casos se acercan más y tienen por leyes humanas conocidas sanciones anexas a ellas, para obligar a su observación". John Locke, *Two Treatises of Government* , I: cap. 11, §135

(1690); cf. Jeremy Waldron, *La dignidad de la legislación* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 63–91

(argumentando que el texto de Locke se refiere a un nivel de elección y responsabilidad más sustancial que el de Aquino)

' *determinación* ').

(56) Aquino, *Summa Theologiae* , q. 96, art. 4, corpus. Para ser más precisos, Aquino dijo que las 'leyes justas' tienen el poder de obligar en conciencia, y enumera tres formas en las que una ley puede dejar de ser justa: no pertenece al bien común, el legislador estaba actuando *ultra vires* , o las cargas de la ley están desigualmente distribuidas en la comunidad. Aquino, *Summa Theologiae* , q. 96, art. 4, corpus.

(57) Véase ibid., p. 93, art. 3, respuesta 2. Para un tratamiento moderno en líneas similares, véase Finnis, *Natural Law and Natural Law. Derechos* , 354–62.

La discusión anterior está relacionada con la expresión " *lex iniusta non est lex* " ("una ley injusta no es ley en absoluto"), que se atribuye a los teóricos del derecho natural (a menudo de manera imprecisa, si no del todo errónea). La expresión es verdadera, y de hecho algo banal, cuando se entiende que las leyes injustas no son leyes "en el sentido más pleno", en el sentido de que no crean obligaciones morales para obedecerlas de la manera en que lo hacen las leyes justas. Véase Norman Kretzmann, "Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience", *American Journal of Jurisprudence* , 33 (1988), 99; Finnis, *Natural Law and Natural Rights* , 363-6; Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* , 64-6. Se pueden encontrar comentaristas (a menudo escritores que no se consideran parte de la tradición del derecho natural) que sostienen que las leyes que no son justas a veces *pueden* tener peso normativo. Véase, por ejemplo, Philip Soper, 'Legal Systems, Normative Systems and the Paradoxes of Positivism', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* , 8 (1995) 363, 375-6 ('el Estado no hace nada malo... al actuar (hacer cumplir) las normas que, de buena fe, cree que son necesarias para gobernar la sociedad', aunque la afirmación se pierde en el caso de leyes verdaderamente perversas); Jeremy Waldron, 'Lex Satis Iusta', *Notre Dame Law Review* , 75

(2000), 1829 (algunas leyes injustas pueden crear una obligación de obedecerlas). Para una crítica de la visión de Soper, véase Joseph Page 24 of 35

La ley natural: la tradición moderna

Raz, 'La moralidad de la obediencia' (reseña del libro), *Michigan Law Review* , 83 (1985), 732.

(58) William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* , I.41 (1765–9). Para una descripción comprensiva del enfoque de Blackstone sobre la teoría del derecho natural, véase John Finnis, 'Blackstone's Theoretical Intentions', *Natural Law Forum* , 12 (1967), 163; véase también Daniel J. Boorstin, *La misteriosa ciencia de la ley* (Chicago: University of Chicago Press, 1941), 48–59.

(59) John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* , ed. WE Rumble (Cambridge: Cambridge University Press, 1995) (1832), conferencia V, pág. 158.

(60) Se apresura demasiado a establecer una equivalencia entre la ejecución y la validez jurídica, sin dejar lugar para el concepto de error jurídico (ya sea por error, corrupción o abuso de poder). Véase Brian Bix, *Law, Language, and Legal Determinación* (Oxford: Clarendon Press, 1993), 85-6; Brian Bix, 'Sobre la descripción y el razonamiento jurídico', en *Reglas y Razonamiento* , ed. Linda Meyer (Oxford: Hart Publishing, 1999), 7, 17–19.

(61) Un tipo diferente de afirmación sería que *en un sistema jurídico particular* , ciertos principios jurídicos, tal vez de naturaleza constitucional, garantizan que ninguna disposición inmoral sea (jurídicamente) válida en ese sistema. Sin embargo, cabe señalar que se trata de una afirmación contingente sobre un sistema jurídico particular, no una afirmación general o conceptual sobre la naturaleza del derecho.

(62) Por supuesto, muchas personas que no *apoyan* la teoría del derecho natural estarían de acuerdo en que las leyes inmorales no crean obligaciones morales. Al menos en un nivel general, no es una visión controvertida, y los

teóricos del derecho natural nunca han afirmado (o asumido) lo contrario. Son sólo algunos oponentes del derecho natural los que han retratado la posición del derecho natural sobre las leyes inmorales como inusual o controvertida.

(63) Esto último es, sin duda, lo que Blackstone intentaba transmitir, como puede resultar más claro si se analiza la cita de Blackstone en su contexto: «La ley de la naturaleza, al ser coetánea de la humanidad y dictada por Dios mismo, es, por supuesto, superior en cuanto a obligación a cualquier otra. Es vinculante en todo el mundo, en todos los países y en todo momento: ninguna ley humana tiene validez alguna si es contraria a ésta; y las que son válidas derivan toda su fuerza y toda su autoridad, mediata o inmediatamente, de este original». William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* , 1:41.

(64) Philip Soper, 'Algunas confusiones naturales sobre la ley natural', *Michigan Law Review* , 90 (1992), 2393, 2412–13.

(65) Véase, por ejemplo, *State v Joyner* , 625 A.2d 791, 800–3 (Ct. 1993) (que hace referencia a las interpretaciones históricas de la doctrina del derecho natural y de los derechos naturales en el curso de la interpretación de un requisito constitucional estatal); *State v Ganim* , 660

A.2d 742, 762–5 (Ct.1995) (discute la influencia histórica del pensamiento de la ley natural en el desarrollo de la ley de Connecticut); ibid. en 801–2 (Berdon, J., disidente) (mismo); véase general y Philip A. Hamburger, 'Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions', *Yale Law Journal* , 102 (1993), 907.

(66) Una lista de este tipo debería incluir enseñanzas filosóficas que, aunque no estén dirigidas específicamente a las doctrinas de la ley natural, podrían considerarse que empujan a los pensadores en una dirección diferente: por ejemplo, (1) la "navaja de Ockham", o el principio de parsimonia, asociado con William Ockham (a veces escrito "Occam") (*c.* 1285-1347), que sostiene que "las entidades no deben multiplicarse más allá de lo necesario" en la

construcción de teorías, Robert Audi (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 545; y (2) la metodología de la duda radical utilizada por René Descartes (1596-1650) en sus *Meditaciones sobre la primera filosofía* (1641). Algunos han visto el nominalismo de Ockham como la fuerza que «redujo la concepción de justicia ordenada de Tomás a los intereses y reivindicaciones en pugna de los individuos», lo que condujo así al análisis de los derechos (naturales) de siglos posteriores.

Charles J. Reid, Jr., 'The Medieval Origins of the Western Natural Rights Tradition: The Achievement of Brian Tierney' (reseña de libro), *Cornell Law Review* , 83 (1998), 437, 438-9. Sin embargo, esta visión del papel de Ockham es fuertemente cuestionada, en particular por Tierney. Véase Tierney, *The Idea of Natural Rights* , 195-203.

Una lista de oponentes, o aquellos que (sin intención) proporcionaron argumentos a los oponentes, también podría incluir a Charles-Louis de Secondat, barón de Montesquieu (1689-1755), cuyo trabajo, *Sobre el espíritu de las leyes* (1748), enfatizó las *diferencias* en las leyes de diferentes países y atribuyó estas diferencias a la geografía, el comercio, la historia, etc., particulares de cada país; y Auguste Comte (1798-1857), quien hizo afirmaciones similares en el contexto del desarrollo de un enfoque más científico y empírico para estudiar las sociedades.

(67) Algunos irían más allá: enfatizarían el papel de Hobbes en el desarrollo del pensamiento de la ley natural, argumentando que Página 25 de 35

La ley natural: la tradición moderna

'La teoría moderna del derecho natural comienza con Hobbes y no con Grocio'. Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes y el Tradición de la ley natural* (Chicago: University of Chicago Press, 1993), 149.

(68) Exceptuando el derecho a defenderse contra una clara amenaza de muerte, un derecho que Hobbes generalmente trata como inalienable. Para una discusión de la visión de

Hobbes sobre el tema, véase Richard Tuck, *Natural Rights Theories: Their Origen y desarrollo* (Cambridge: Cambridge University Press, 1979), 119–25.

(69) Véase Thomas Hobbes, *Leviathan* , ed. Richard Tuck (Cambridge: Cambridge University Press, 1996) (1651), caps. 18, 26, 29; Thomas Hobbes, *Behemoth or the Long Parliament* , ed. Ferdinand Tönnies (Chicago: University of Chicago Press, 1990; 1.ª pub. 1679), 50 ('Si es lícito entonces que los súbditos resistan al rey, cuando él ordena algo que está en contra de la Escritura, es decir, contrario al mandato de Dios, y para ser juez del significado de la Escritura, es *imposible* que la vida de cualquier rey, o la paz de cualquier reino cristiano, pueda estar segura por mucho tiempo'); véase también Richard Tuck, 'Introducción', en *Leviathan* , pp. ix, xxvi i. Sobre un tema ligeramente diferente, la necesidad del mandato soberano para convertir la ley natural en ley real, véase Hobbes, *Leviathan* , cap. 26, pág. 191 ('La autoridad de los escritores, sin la autoridad de la Commonwealth, no hace que sus opiniones sean ley, por muy verdaderas que sean... Porque aunque sean naturalmente razonables, es por el poder soberano que son ley').

(70) En un conocido pasaje deflacionario, Hobbes se refiere a las leyes naturales como meras teorías de prudencia, antes de ofrecer una retractación parcial. Hobbes, *Leviathan* , cap. 15, pág. 111 ('Estos dictados de la razón, los hombres suelen llamarlos con el nombre de Leyes, pero de manera impropia: porque no son más que Conclusiones o Teoremas sobre lo que conduce a la conservación y defensa de sí mismos. ... Pero, sin embargo, si consideramos los mismos Teoremas, tal como se expresan en la palabra de Dios, que por derecho manda todas las cosas; entonces se los llama apropiadamente Leyes').

(71) David Hume, *Tratado de la naturaleza humana* , ii: 1.1 (1739).

(72) Existe cierta controversia sobre si la afirmación de Hume debe interpretarse con esta fuerza. Una segunda interpretación (tomando la cita en su contexto más amplio), apoyada por varios comentaristas, es que a Hume no le preocupaba el paso de lo fáctico a lo normativo, sino más

bien el paso de cualquier afirmación verdadera (ya sea fáctica o moral) a afirmaciones sobre la motivación. Véase, por ejemplo, Stephen Buckle, *Natural Law and the Theory de la propiedad* (Oxford; Clarendon Press, 1991), 282–3; véase también Finnis, *Natural Law and Natural Rights* , 37–48.

(73) Véase, por ejemplo, Jacques Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural* (Nueva York: Charles Scribner's Sons, 1943).

(74) HLA Hart, 'Positivismo y la separación del derecho y la moral', *Harvard Law Review* , 71 (1958), 593; Lon Ful er, 'Positivismo y fidelidad al derecho: una respuesta al profesor Hart', *Harvard Law Review* , 71 (1958), 630.

(75) Para decirlo de otra manera, la afirmación niega que los sistemas jurídicos *deban* condicionar la validez de las normas jurídicas a que pasen alguna prueba moral (los positivistas jurídicos no están de acuerdo entre sí respecto de si los sistemas jurídicos *pueden* condicionar la validez a la moralidad; este es el debate entre positivismo jurídico "inclusivo" y "exclusivo", que se analiza en otra parte de este volumen).

(76) Sobre el uso y el valor de las explicaciones teleológicas, véase Larry Wright, *Teleological Explanations* (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1976).

(77) Véase, por ejemplo, Kenneth Winston, 'El elemento ideal en una definición de derecho', *Law and Philosophy* , 5 (1986), 89.

(78) Véase, por ejemplo, Soper, 'Searching for Positivism', 1756 ('El hecho de que nos quedemos perplejos sobre cómo llamar a estándares que no tienen ninguna consecuencia moral es una prueba de que la calificación moral no es contingente sino parte de la esencia de la ley.').

(79) Se podría argumentar que un positivista jurídico puede incorporar afirmaciones sobre las pretensiones morales del derecho, ya que esto puede expresarse de manera neutral, sin evaluación de las pretensiones. De

hecho, el positivista jurídico Joseph Raz incluye precisamente un elemento de ese tipo en su teoría del derecho. Véase Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon Press, 1994), 199 («todo sistema jurídico afirma que posee autoridad legítima»). Sin embargo, las aspiraciones morales del derecho, cuando se incorporan a una teoría *crítica* (evaluativa, no meramente descriptiva) del derecho, cruzan la línea de la neutralidad moral.

(80) Se pueden encontrar argumentos similares ofrecidos por John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* , 11-18, y Philip Soper, 'Searching for Positivism', 1753-7.

La ley natural: la tradición moderna

(81) Una respuesta a este argumento podría ser que al considerar el mérito relativo de las teorías alternativas, el detalle y el nivel de precisión no son los únicos valores; la simplicidad de un modelo es un valor compensatorio. Véase, por ejemplo, W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994), 19-21.

El uso lingüístico puede añadir un argumento adicional (aunque tal vez débil) a favor de la teoría de la ley natural: la razón por la que podemos resistirnos a llamar "ley" a lo que tenían los nazis es que el término no es meramente descriptivo; no es como decir "esto es una mesa", pero no está bien construida. El término "ley" tiene profundas conexiones con la moralidad, o al menos con la justicia, y dar esa etiqueta a una institución social inevitablemente conlleva una cierta cantidad de elogio moral.

(82) Ful er*, The Morality of Law ,* 123. De manera similar, Ful er insistiría en que la teoría legal no es una mera descripción: 'las definiciones de “lo que realmente es el derecho” no son meras imágenes de algún dato de la experiencia, sino puntos de referencia para la aplicación de las energías humanas'. Ful er, 'Positivism and Fidelity to Law', 632.

(83) Ful er, *The Morality of Law* , 96. 'A diferencia de la mayoría de las teorías modernas del derecho, esta visión trata el derecho como una actividad y considera al sistema legal como el producto de un esfuerzo sostenido y deliberado.' Ibid., pág. 106.

Aunque la cita en el texto ciertamente tiene la apariencia de una definición o análisis conceptual del derecho (y Fuler incluso se refiere a ella más adelante, ibíd., como 'la única fórmula que podría llamarse una definición del derecho ofrecida en estos escritos'), debe notarse que Fuler parecía tener poco respeto por el proyecto de 'definir el derecho'. Véase Winston,

'El elemento ideal en una definición de derecho', 91.

(84) Ful er, *La moralidad de la ley* , 207–10.

(85) Véase Michael S. Moore, 'Law as a Functional Kind', en *Natural Law Theory: Contemporary Essays* , ed. Robert P.

George (Oxford: Clarendon Press, 1992), 188–242, pág. 207.

(86) Fuler no rechaza expresamente un elemento institucional para entender el derecho, cf. por ejemplo Neil MacCormick y Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism* (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1986), y gran parte de su trabajo de hecho implica explorar la estructura institucional y las fortalezas y debilidades resultantes de muchos procesos legales. Véase Lon L. Fuler, *The Principles of Social Order* , ed. Kenneth I. Winston (Durham, NC: Duke University Press, 1981) (una selección de ensayos de Fuler). Sin embargo, en un punto comenta:

'Hay teorías que se concentran en la estructura jerárquica que comúnmente se cree que organiza y dirige la actividad que he llamado derecho, aunque nuevamente sin reconocer que esta estructura es en sí misma un producto de la actividad que se cree que ordena'. Fulger, *The Morality of Law* , 118.

(87) Véase supra n. 57.

(88) El argumento de Fulger se basa en una comprensión procedimental de la naturaleza del derecho; se puede dar una variación sustantiva del mismo 'argumento funcional': que las normas jurídicas tienen por objeto dar razones para la acción; las normas jurídicas inmorales no dan razones para la acción y, por lo tanto, no son derecho (en su sentido más pleno), como se podría decir que los argumentos lógicamente inválidos, que no dan razones para la creencia, no son realmente argumentos. John M. Finnis, 'Problemas en la filosofía del derecho', en *The Oxford Companion to Philosophy* , ed. Ted Honderich (Oxford: Oxford University Press, 1995), 468-72, en 469.

(89) Ful er describe su discusión de la moralidad interna del derecho como "una ley procesal, a diferencia de una ley natural sustantiva". Ful er, *The Morality of Law* , 96. La cuestión de si se puede describir la moralidad interna del derecho como estando conectada con la justicia o la moralidad se abordará más adelante, en la Sec. 2.2.3.

(90) Ful er, *La moralidad del derecho* , 204.

(91) ibíd., págs. 204-207.

(92) Véase Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* .

(93) Ful er, *The Morality of Law* , 209; ver también ibid. en 39-40 (“[H]ay una especie de reciprocidad entre el gobierno y el ciudadano con respecto a la observancia de las reglas. El gobierno le dice al ciudadano en efecto, “Estas son las reglas que esperamos que usted siga. Si las sigue, tiene nuestra seguridad de que son las reglas que se aplicarán a su conducta”. Cuando se rompe este vínculo de reciprocidad, no queda nada sobre lo cual fundamentar el deber del ciudadano de observar las reglas” (fn. omitida).

(94) ibíd., págs. 212-14.

(95) Véase ibíd., págs. 41-42.

(96) Obviamente, es imposible conformar la propia conducta a las normas promulgadas después de los hechos, pero Fuler comprendió que las decisiones judiciales a menudo tendrán algunos elementos retroactivos. El argumento de Fuler era que, como mínimo, los gobiernos debían ser conscientes de la injusticia de esas acciones retroactivas y esforzarse por mantenerlas lo más infrecuentes posible. Véase ibíd., págs. 56-62.

(97) Véase ibíd., págs. 46-91. La redacción utilizada en el texto a veces varía ligeramente de la utilizada por Ful er.

(98) Como argumentó Robert Summers en nombre de Fuller: 'El cumplimiento suficiente de los principios de legalidad garantiza necesariamente, en la medida de ese cumplimiento, la realización de un valor moral... que los ciudadanos tendrán una oportunidad *justa* de obedecer la ley [ya sea que la ley sea moral o inmoral]'. Robert S. Summers, *Lon L. Fuller* (Stanford: Stanford University Press, 1984), 37.

(99) Véase la lista similar de «principios que pueden derivarse de la idea básica del Estado de derecho» que elabora Joseph Raz. Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 214-219.

(100) En materia de promulgación y comprensión, el ideal es que todos los ciudadanos conozcan de forma completa y precisa todas sus obligaciones jurídicas, sin necesidad de consultar a un abogado. Parece que incluso (o especialmente) en los países modernos y desarrollados, estamos muy lejos de ese ideal.

(101) Véase, por ejemplo, Fulgencio, *La moralidad del derecho* , 39.

(102) Véase, por ejemplo, ibid. ('Un fracaso total en cualquiera de estas ocho direcciones no sólo resulta en un mal sistema jurídico, sino en algo que no puede llamarse propiamente un sistema jurídico en absoluto...').

(103) HLA Hart, 'Lon L. Fuler: La moralidad del derecho', en *Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 343–64.

(104) ibíd., págs. 347-349.

(105) ibíd., pág. 350.

(106) ibid., págs. 349-53. Matthew Kramer plantea una línea de crítica diferente: seguir los principios de legalidad de Fuler podría conducir de manera consistente a los mejores resultados sólo en la circunstancia (improbable) de un sistema legal que siempre y sólo sirve a objetivos virtuosos. Cuando una ley o un conjunto de leyes es menos que moralmente óptima, las desviaciones procesales de lo que las leyes (y los principios de Fuler) parecerían requerir podrían en realidad tener un efecto moralmente bueno. Matthew Kramer, 'Escrupulosidad sin escrúpulos: una crítica de Fuler y sus defensores', *Oxford Journal of Legal Estudios* , 18 (1998), 235, 239–43. Se podría plantear un punto análogo a través del ejemplo del cumplimiento de promesas. La mayoría de las personas suponen que cumplir promesas es algo moralmente bueno. Sin embargo, cuando se considera a alguien que ha hecho promesas cuyo contenido es perverso, o al menos menos que moralmente óptimo, es posible que romper las promesas genere consecuencias moralmente mejores que cumplirlas.

Una posible respuesta a esta línea de argumentación es cuestionar su premisa implícita: que el valor del enfoque de Fuler depende (o depende exclusivamente) de su utilidad como sustituto de las evaluaciones consecuencialistas. Como se ha dicho antes, el enfoque de Fuler —una visión funcionalista o teleológica del derecho— podría entenderse mejor y ser totalmente defendible simplemente como una visión mejor o más completa de la naturaleza del derecho.

(107) Véase Weinreb, *Natural Law and Justice* , 185-94. Weinreb sostiene que la justicia se entiende mejor como una combinación a menudo incómoda de “derecho” (el término que utiliza para referirse al cumplimiento de las reglas establecidas) y merecimiento. Ibíd., pp. 184-223.

(108) Ful er, *La moralidad del derecho* , 202–3.

(109) Véase ibid., pág. 203 ('Ahora bien, es razonable suponer, creo, que el abogado soviético [que objetó] no estaba afirmando que la acción de las autoridades era una medida ineficaz para combatir el crimen económico.').

(110) George, *En defensa de la ley natural* , 114.

(111) Ful er, 'Positivismo y fidelidad a la ley', 636.

(112) Véase, por ejemplo, Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* , 76-7. Se pueden encontrar pruebas contradictorias en los propios escritos de Ful er con respecto a sus opiniones sobre esta conexión. En un punto, minimiza la conexión: "Nunca he afirmado que exista alguna contradicción lógica en la noción de lograr el mal, al menos algunos tipos de mal, a través de medios que respeten plenamente todas las exigencias de la legalidad". Lon Ful er, *A Reply to Professors Cohen and Dworkin, Vill. L. Rev.* , 10

(1965), 660, 664. Sin embargo, en otras partes de sus escritos niega que hubiera muchos, o tal vez ningún, ejemplos históricos reales de tales combinaciones. Ful er, *The Morality of Law* , 154.

(113) Véase Anthony J. Sebok, *Positivismo jurídico en la jurisprudencia estadounidense* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 163-7.

(114) Véase HLA Hart, *El concepto de derecho* , 2.ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 1994).

(115) Ronald Dworkin, *Tomar los derechos en serio* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977).

(116) Véase Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986).

(117) Véase ibíd., págs. 225–8 y 245–58.

(118) Existen complicaciones adicionales: (1) los valores de 'idoneidad' y 'valor moral' deben ser considerados al comparar teorías alternativas sostenibles, y el peso relativo de esos dos factores varía en diferentes áreas del derecho, ibíd. en 228-58; y (2) Dworkin también habla de un valor de 'integridad', es decir, que los jueces deberían preferir una interpretación que haga que el sistema legal hable con una 'voz' unificada. Ibíd. en 225.

(119) Véase ibid., pág. 52 ('la interpretación constructiva es una cuestión de imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer de él el mejor ejemplo posible de la forma o género al que se supone que pertenece').

(120) Véase, por ejemplo, Ronald Dworkin, 'Teoría jurídica y el problema del sentido', en *Cuestiones de derecho contemporáneo. Filosofía* , ed. Ruth Gavison (Oxford: Clarendon Press, 1987), 9, 13–15.

(121) Véase, por ejemplo, Marshal Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Totowa, NJ: Rowman & Al anheld, 1983); Andrei Marmor, *Interpretación y teoría jurídica* (Oxford: Clarendon Press, 1992); Bix, *Law, Lenguaje y determinación jurídica* , 77–132; Stephen Guest, *Ronald Dworkin* , 2.ª ed. (Edimburgo: Edinburgh University Press, 1997).

(122) Ronald Dworkin, 'El derecho “natural” revisitado', *University of Florida Law Review* , 34 (1982), 165.

(123) ibid., pág. 165. Dworkin no ofrece ninguna opinión sobre si esta visión de la teoría del derecho natural es históricamente precisa o logra distinguir el positivismo jurídico.

(124) Aquí es importante señalar la equiparación que hace Dworkin de "derecho" con "lo que los jueces están obligados a aplicar". Véase, por ejemplo,

Ronald Dworkin, 'A Reply by Ronald Dworkin', en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence* , ed. Marshal Cohen (Totowa, NJ: Rowman & Al anheld, 1983), 247, 262. Este es un punto controvertido y significativo, significativo

debido a la perspectiva contraria del positivista legal, Joseph Raz. Raz definiría 'derecho' de una manera positivista legal, sin referencia a términos morales o evaluativos, pero no tiene objeción a la idea de que los jueces a menudo están autorizados u obligados a incluir términos morales como parte de sus decisiones. Véase Joseph Raz, 'Legal Principles and the Nature of Law', en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence* , 73, 84-5; Joseph Raz, 'Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment', *Legal Theory* , 4 (1998), 1.

(125) Véase, por ejemplo, Ronald Dworkin, *Law's Empire* , 65–6.

(126) Por tanto, Dworkin simpatiza con la idea de que el derecho "funciona en sí mismo de manera pura". *Omychund v Barker* (1744) 26 ER 15, pág. 23.

(127) Durante mucho tiempo, Dworkin ha guardado un extraño silencio sobre Fuler. Mucho antes de que Dworkin desarrollara su enfoque interpretativo del derecho, escribió algunos artículos críticos del enfoque de Fuler. Véase Ronald Dworkin, 'The Elusive Morality of Law', *Villanova Law Review* , 10 (1965), 631; Ronald Dworkin, 'Philosophy, Morality, and Law—

Observaciones motivadas por la novedosa afirmación del profesor Fuler, *University of Pennsylvania Law Review* , 113 (1965), página 29 de 35

La ley natural: la tradición moderna

668. (Ful·er respondió a algunos de los puntos planteados por Dworkin en la 'Respuesta a los críticos', que aparece en la edición revisada de *The Morality of Law* . Ful·er, *The Morality of Law* , 198-202, 221-3, 238-40.) Como se señala en el texto, el trabajo interpretativo posterior de Dworkin converge en algunos aspectos con el enfoque de Ful·er sobre el derecho; sin embargo, Ful·er rara vez se menciona (por ejemplo, su nombre no aparece en el índice detallado de *Law's Empire*).

(128) Si uno hablara más sobre el derecho natural en un sentido más amplio (como lo hace este capítulo), un sentido que incluiría a Dworkin, entonces probablemente obtendría el título de "el teórico del derecho natural más conocido" en la teoría jurídica contemporánea en idioma inglés.

(129) John Finnis, *Ley natural y derechos naturales* (Oxford: Clarendon Press, 1980).

(130) Finnis también ha escrito un comentario detallado sobre Aquino. John Finnis, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Teoría* (1998).

El propio trabajo de Finnis se basa directamente en Aquino, y también indirectamente, a través de la "representación y desarrollo de los argumentos clásicos" de Germain Grisez. Véase ibid., p. vi i; véase también Germain Grisez, "El primer principio de la razón práctica: un comentario sobre la *Summa Theologiae* , 1-2, pregunta 94, artículo 2", *Natural Law Forum* , 10

(1965), 168. Hasta qué punto la explicación de Finnis es coherente con la enseñanza de Aquino o se desvía de ella es un tema de controversia. Véase, por ejemplo, Russel Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory* (1987) (en el que critica a Grisez y Finnis).

(131) El tema central será el análisis general que Finnis hace de la teoría del derecho natural, que se centra en la filosofía moral en el sentido más amplio. Finnis también ha escrito dos textos sobre moralidad y ética en un sentido más estricto de esos términos.

John Finnis, *Fundamentos de ética* (Washington, DC: Georgetown University Press, 1983); John Finnis, *Moral Absolutos: tradición, revisión y verdad* (Washington, DC: Catholic University of America Press, 1991).

(132) Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 64; cf. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* , q. 94, art. 2 (discutiendo la aprehensión de los bienes humanos a través de la razón práctica).

(133) La 'vida' incluye 'todos los aspectos de la vitalidad', incluida la salud física y la procreación. Finnis, *Ley natural y Derechos naturales* , 86–7.

(134) ibíd., págs. 86-90. Las comillas en torno a la palabra «religión» están en el original y significan que se pretende que incluya todas las formas de investigación sobre la naturaleza humana y su lugar en el universo, incluso si el resultado de tales investigaciones puede ser, para algunos, una especie de ateísmo o existencialismo. ibíd., págs. 89-90.

Finnis señala que puede haber otras formas de enumerar o caracterizar los bienes básicos, pero no cree que haya otros bienes básicos que no puedan incluirse en su lista de siete. Ibíd., págs. 90-2. De hecho, Finnis ofrece una lista ligeramente diferente en John M. Finnis, 'Is Natural Law Compatible with Limited Government?', en *Natural Law, Liberalismo y moralidad* , ed. Robert P. George (Oxford: Clarendon Press, 1996), 1–26, pág. 4.

(135) Consideremos algunos bienes cuyo valor es claramente sólo instrumental: si una persona informara que estaba recolectando dinero o medicinas no por el bien que se pudiera hacer con esos objetos, ya sea a corto o largo plazo, sino simplemente para tener más de esos artículos, uno podría cuestionar con razón su racionalidad o cordura.

(136) Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 34; véase Finnis, *Aquinas* , 90–4; véase también George, *Una defensa de Teoría del derecho natural* , 83–91 ('Ley natural y naturaleza humana').

(137) Finnis, *Natural Law and Natural Rights* , 92. Finnis añade: 'cada [bien básico], cuando nos centramos en él, puede considerarse razonablemente como el más importante'. Ibíd.

(138) Véase ibíd., págs. 93-94.

(139) Finnis, *Fundamentos de la ética* , 70.

(140) Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 100–26.

(141) Véase, por ejemplo, Finnis, *Aquinas* , 314-19; John M. Finnis, 'Natural Law and the “Is”—“Ought” Question: An Invitation to Professor Veatch', *Catholic Lawyer* , 26 (1981), 266; George, *In Defense of Natural Law* , 50-2. Para una tesis contraria, véase la página 30 de 35.

posición, enfatizando una jerarquía entre valores y un papel más fuerte para un sentido del fin último del hombre, ver Hittinger, *A Crítica de la nueva teoría del derecho natural* , 65–198.

(142) Finnis, *Moral Absolutes* , 45 (fn. omitida); ver George, *In Defense of Natural Law* , 51 ('El concepto de realización humana integral... no pretende indicar un bien supremo por encima o aparte de los bienes básicos.').

(143) Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 64–9; véase también George, *En defensa del derecho natural* , 43–5, 61–6, 85–

90, 262–6.

(144) George, *En defensa de la ley natural* , 61–3.

(145) Al menos aquellas preguntas que *tienen* respuestas. Finnis y muchos de sus críticos coinciden en que hay preguntas importantes que pueden no tener una única respuesta correcta (como cuestión moral), ya sea debido a la pluralidad de bienes o (en la medida en que este sea un punto diferente) a la inconmensurabilidad de los bienes.

(146) Véase, por ejemplo, Ralph McInerny, 'Los principios del derecho natural', *American Journal of Jurisprudence* , 25 (1980), 1; Henry B. Veatch, 'Reseña de libro', *American Journal of Jurisprudence* , 26 (1981), 247, 255-259.

(147) Sobre este debate, véase, por ejemplo, Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory* ; George, *In*

Defense of Natural Law Theory. *Derecho* , 59–75 (en respuesta a Hittinger); McInerny, 'Los principios del derecho natural'; John Finnis y Germain Grisez,

'Los principios básicos del derecho natural: una respuesta a Ralph McInerny', *American Journal of Jurisprudence* , 26 (1981), 21.

(148) Véase, por ejemplo, Russel Hittinger, 'Varieties of Minimalist Natural Law Theory', *American Journal of Jurisprudence* , 34.

(1989), 133; Hittinger, *Una crítica de la nueva teoría de la ley natural* , 74–89.

(149) Steven D. Smith, 'Natural Law and Contemporary Moral Thought: A Guide from the Perplexed' (reseña de libro), *American Journal of Jurisprudence* , 42 (1997), 299, 316-21. Se podría conceder este punto y aun así observar que el enfoque de Finnis hace un mejor trabajo que las teorías deontológicas kantianas al intentar conectar la moralidad con una visión del bienestar humano. Véase George, *In Defense of Natural Law* , 60-1.

(150) Cf. Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 95-7 ('¿Es el placer el objetivo de todo esto?').

(151) John Finnis, "¿Es compatible la ley natural con un gobierno limitado?", ed. Robert P. George (1996), 12-13

(énfasis omitido).

(152) Smith, 'La ley natural y el pensamiento moral contemporáneo', 316–19.

(153) ibíd., págs. 319-21.

(154) Además de la teoría moral y la teoría jurídica, Finnis también ha escrito sobre teoría política. Véase, por ejemplo, Finnis, '¿Es la ley natural compatible con el gobierno limitado?'.

(155) Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 260–4; John M. Finnis, 'El derecho como coordinación', *Ratio Juris* , 2 (1989), 97.

(156) Véase Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 164–5, 260–4; Veatch, 'Book Review', 252–3.

(157) Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 3–11; cf. Hart, *El concepto de derecho* , 3–4, 15–17.

(158) Véase Hart, *El concepto de derecho* , 87–91.

(159) Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 15.

(160) ibíd., págs. 14-15; véase también Finnis, *Aquinas* , 257-8.

(161) Véase John Finnis, 'Sobre la incoherencia del positivismo jurídico', *Notre Dame Law Review* , 75 (2000), 1597; véase también John M. Finnis, 'Problemas de la filosofía del derecho', en *Oxford Companion to Philosophy* , ed. Ted Honderich (Oxford: Oxford University Press, 1995), 468, 469.

(162) Para una discusión más detallada de la visión de Finnis sobre el debate entre el positivismo jurídico y la teoría del derecho natural, véase Brian Bix, 'On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism', *Notre Dame Law Review* , 75

(2000), 1613.

(163) Véase Michael S. Moore, 'El bien sin Dios', en *Natural Law, Liberalism, and Morality* , ed. Robert P. George (Oxford: Clarendon Press, 1996), 221-70; 'Law as a Functional Kind', en *Natural Law Theories: New Essays* , ed.

Robert P. George (Oxford: Clarendon Press, 1992), 188-242; 'La realidad moral revisitada', *Michigan Law Review* , 90

(1992), 2424; 'El giro interpretativo en la teoría moderna: ¿un giro para peor?', *Stanford Law Review* , 41 (1989), 871 (en adelante Moore, 'Giro interpretativo'); 'Precedente, inducción y generalización ética', en *Precedent in Law* , ed. Laurence Goldstein (Oxford: Clarendon Press, 1987), 183-213 (en adelante, Moore, 'Precedente)'; 'Metafísica, epistemología y teoría jurídica', *Southern California Law Review* , 60 (1987), 453 (reseña de libro); 'Una teoría de la interpretación de la ley natural', *Southern California Law Review* , 58 (1985), 277 (en adelante, Moore, 'Interpretación');

'Realidad moral', *Wisconsin Law Review* , (1982), 1061; y 'La semántica del juicio', *Southern California Law Review. Reseña* , 54 (1982), 151. Los artículos de Moore 'Metafísica, epistemología y teoría jurídica'; 'El derecho como tipo funcional'; y 'Giro interpretativo' se reproducen en Michael Moore, *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 247–423. Para una revisión crítica ampliada del enfoque de Moore, véase Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy* , 133–77.

(164) Michael Dummett ha argumentado que el realismo se entendería mejor como una afirmación sobre el significado y la verdad, en particular la aplicación de la bivalencia a todas las afirmaciones dentro de un área del discurso. Véase, por ejemplo, Michael Dummett, *The Seas of Language* (1993), 230–76. La mayoría de las personas que son realistas sobre un área del discurso bajo una definición basada en la semántica también serán realistas bajo una definición basada en la ontología. Existen otras interpretaciones (diferentes, pero superpuestas) del realismo metafísico. Para una buena y breve descripción general, véase Simon Blackburn, *The Oxford Diccionario de Filosofía* (1994), 319–20 ('realismo/antirrealismo').

(165) Moore, 'La realidad moral revisitada', 2432–40.

(166) Véase, por ejemplo, Moore, 'Interpretación', 286.

(167) Moore, 'Precedent', 208. Sobre los 'tipos naturales', véase Hilary Putnam, 'The Meaning of “Meaning”, en *Mind, Lenguaje y realidad* (Cambridge: Cambridge University Press, 1975), 215–71.

(168) Moore, 'Interpretation', 291–301; Moore, 'Moral Reality Revisited', 2436–40. Incluso con términos como el concepto legal de 'malicia' (que no debe confundirse con el uso cotidiano de ese término), Moore sostiene que este término

'elige algo en el mundo' y podría considerarse como un ejemplo de un 'tipo moral'. Moore, 'Interpretación', 333.

(169) Véase, por ejemplo, Moore, 'Interpretación', 312; Moore, 'Precedente', 197-8, 208-9.

(170) Véase Moore, 'Law as a Functional Kind'. 'A diferencia de los tipos nominales, los elementos que componen un tipo funcional tienen una naturaleza que comparten que es más rica que la "naturaleza" de simplemente compartir un nombre común en algún idioma. A diferencia de los tipos naturales, la naturaleza que comparten dichos elementos es una función y no una estructura'. Ibíd., pág. 208.

(171) A veces sostiene o da a entender que la mayoría de nosotros ya somos realistas metafísicos, por mucho que lo neguemos. Véase Moore, 'Interpretation', 322-6, 397-8. Si uno define el realismo metafísico de manera suficientemente amplia, es probable que esto sea cierto (como se indicó anteriormente, también se podría hacer una afirmación similar para la 'teoría de la ley natural', definida de manera suficientemente amplia).

(172) Moore, 'Giro interpretativo', 873, 881–90; Moore, 'La realidad moral revisitada', 2468–91.

(173) Moore, 'Precedente'.

(174) Véase ibíd.; véase también Moore, 'Interpretation', 358-76. Más precisamente, la mayor parte del uso del

concepto de

Los "sentencias" se desmoronan. Moore, "Precedent", 210-13. Lo que estamos haciendo en cada paso, tanto al decidir casos como al describir decisiones pasadas, es tratar de enunciar "verdades del derecho consuetudinario". Ibíd., pág. 210.

(175) Por supuesto, creer que existen clases morales, incluso si esa creencia se generaliza, no ofrece garantía de que la gente esté de acuerdo sobre cuál *es la clase moral* para una línea particular de razonamiento legal o de precedentes.

(176) Moore, 'Precedente', 210.

La ley natural: la tradición moderna

(177) Véase, por ejemplo, Dworkin, *Law's Empire* , 313-99; Moore, 'Interpretation', 338-58; Antonin Scalia, *A Matter of Interpretación* (1997).

(178) Moore, 'Interpretación', 323.

(179) ibíd., págs. 338–58.

(180) ibid., pág. 287. Nuevamente, como ocurre con el análisis del precedente, si bien el realismo metafísico respecto de la interpretación legislativa puede cambiar el tipo de preguntas que se plantean y eliminar algunos problemas insolubles, de ninguna manera garantiza el consenso.

(181) ibíd., págs. 331–8, 383.

(182) Moore, 'Interpretación', 286–8.

(183) Véase, por ejemplo, Dworkin, *Taking Rights Seriously* , 123-130. Moore ofrece un argumento sólido de que Dworkin no puede mantener tanto su oposición al realismo

metafísico como su "tesis de la respuesta correcta". Moore, "Metaphysics, Epistemology and Legal Theory", 475-494.

(184) Moore, 'Interpretación', 308; Moore, 'La realidad moral revisitada', 2480, 2484–7.

(185) Véase Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy* , 148-150. Para la respuesta de Moore a esta línea de argumentación, véase Moore, 'Moral Reality Revisited', 2470-2491.

(186) Moore, 'Precedente', 209.

(187) Véase Moore, 'La realidad moral revisitada', 2470-2.

(188) Véase, por ejemplo, ibíd., págs. 2452–68, 2471–2, 2511–18.

(189) Véase Moore, 'Moral Reality Revisited', 2472 ('el realismo moral puede dar sentido a algunas de nuestras prácticas judiciales, como la revisión judicial, y de ese modo darnos una razón para continuarlas o modificarlas, según sea el caso, algo que el convencionalismo moral y el escepticismo moral no pueden hacer').

(190) ibíd., págs. 2469-2491. Este argumento está relacionado con la afirmación de que el realismo moral puede justificar respuestas no convencionales, de hecho revolucionarias, a cuestiones morales, jurídicas y políticas, de una manera que los enfoques no realistas no pueden. Véase ibíd.

(191) Véase, por ejemplo, ibíd., págs. 2480-2491.

(192) Véase, por ejemplo, Moore, 'Precedent', 201–4, 209–10; Moore, 'Interpretation', 372.

(193) Cf. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence* , 222–30 (describe el 'derecho natural epistémico fuerte').

enfoques de la interpretación constitucional).

(194) Para este punto de vista, véase, por ejemplo, George, *In Defense of Natural Law* , 102-12; véase también Wolfe, 'Judicial Review'.

(195) Hart, *El concepto de derecho* , 193–200.

(196) Para una presentación interesante de una visión diferente, que desarrolla la discusión de Hart en la dirección de un enfoque de ley natural más sustancial (y más tradicional), véase Kenneth I. Winston, 'Introducción', en Lon L. Ful er, *The Principles of Social Order* , ed. Kenneth I. Winston (Durham, NC: Duke University Press, 1981), 11–44, pp. 24–6; véase también Randy E. Barnett, *The Structure of Liberty* (Oxford: Clarendon Press, 1998), pp. 10–12.

(197) Véase Hart, *The Concept of Law* , 199-200 ('para la descripción adecuada no sólo del derecho sino de muchas otras instituciones sociales, debe reservarse un lugar, además de las definiciones y las declaraciones ordinarias de hechos, para una tercera categoría de declaraciones: aquellas cuya verdad depende de que los seres humanos y el mundo en el que viven conserven las características sobresalientes que tienen').

(198) Véase ibíd., págs. 193-200; Bix, *Jurisprudencia: teoría y contexto* , pp. 43-4.

La ley natural: la tradición moderna

(199) Randy E. Barnett, *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law* (1998). Para una crítica detallada, véase Lawrence B. Solum, 'The Foundations of Liberty' (reseña del libro), *Michigan Law Review* , 97 (1999), 1780.

(200) Weinreb, *Natural Law and Justice* . Para un análisis crítico del enfoque de Weinreb, véase Robert P. George,

'Crítica reciente de la teoría del derecho natural' (reseña de libro), *University of Chicago Law Review* , 55 (1988), 1371, 1372–

1407.

(201) Ernest J. Weinrib, *La idea del derecho privado* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995).

(202) Deryck Beyleveld y Roger Brownsword, *El derecho como juicio moral* (Londres: Sweet & Maxwel, 1986).

(203) Richard Dien Winfield, *El derecho en la sociedad civil* (Kansas: University Press of Kansas, 1995).

(204) Alan Brudner, *La unidad del derecho consuetudinario: estudios sobre jurisprudencia hegeliana* (Berkeley, California: University of California Press, 1995).

(205) Véase HLA Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 10-11 (la teoría del derecho natural de Finnis es "en muchos aspectos complementaria a la teoría jurídica positivista, en lugar de rivalizar con ella").

(206) Neil MacCormick, 'La ley natural y la separación de la ley y la moral', en *Teoría de la ley natural: teoría contemporánea Ensayos* , ed. Robert P. George (Oxford: Clarendon Press, 1992), 105–33.

(207) Véase John Finnis, 'La verdad en el positivismo jurídico', en *La autonomía del derecho: ensayos sobre positivismo jurídico* , ed.

Robert P. George (Oxford: Clarendon Press, 1996), 195–214, págs. 203–5.

(208) Véase, por ejemplo, Winfield, *Law in Civil Society* , 2 ('Sólo adoptando una postura normativamente indiferente se puede considerar el derecho como un objeto discreto de investigación que justifica un estudio separado'); John M.

Finnis, 'Problemas en la filosofía del derecho'; véase también el análisis anterior de las opiniones de Finnis, en la sección 2.4.2.

(209) Roger A. Shiner, *Norma y naturaleza: los movimientos del pensamiento jurídico* (Oxford: Clarendon Press, 1992).

(210) Hart, *El concepto de derecho* , 55–8, 91–9; véase Brian Bix, 'HLA Hart y el giro hermenéutico en la teoría jurídica', *SMU L. Rev.* , 52 (1999), 167.

(211) Raz, *Ética en el dominio público* , 199.

(212) En otros lugares, Raz ha argumentado elocuentemente *contra* la proposición de que incluso los sistemas jurídicos justos crean una obligación general de obediencia. Véase, por ejemplo, ibíd., págs. 325-38; Raz, *The Authority of Law* , págs. 233-49.

(213) Véase Raz, *Ética en el dominio público* , 199–204.

(214) Para una variedad de perspectivas del argumento de Raz, véase, por ejemplo, Brian Leiter, 'Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis', *Legal Theory* , 4 (1998), 533, 540–4; Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* , 123–40; Jules L.

Coleman, 'Incorporacionismo, convencionalidad y la tesis de la diferencia práctica', *Legal Theory* , 4 (1998), 381, 413–20.

(215) Véase, por ejemplo, Bix, *Jurisprudencia: teoría y contexto* , 7-8; Philip Soper, 'Sistemas jurídicos, sistemas normativos y las paradojas del positivismo', *Revista canadiense de derecho y jurisprudencia* , 8 (1995), 363, 373; William Lucy, *Comprensión y explicación de la adjudicación* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 17-38.

(216) Soper, 'Sistemas jurídicos, sistemas normativos y las paradojas del positivismo', 373.

(217) Cf. Raz, *Ethics in the Public Domain* , 238–43 (analiza la naturaleza general de los derechos: enfatiza algunos de los problemas de construir una teoría basada en lo que sucede con los derechos *legales* y discute la cuestión de si

los derechos legales se entienden mejor como una subcategoría de los derechos basados en instituciones o, alternativamente, como una subcategoría de los derechos morales).

(218) Véase Dworkin, *Tomar los derechos en serio* , 1–130.

(219) Una perspectiva algo diferente sobre la misma visión positivista jurídica inclusiva es que los principios morales pueden ser parte de la prueba de validez legal si y sólo si esto está autorizado por alguna convención social (por ejemplo, una convención escrita).

La ley natural: la tradición moderna

constitución o una sentencia judicial anterior con autoridad).

(220) Por supuesto, con la supuesta separación entre derecho y moralidad, los positivistas jurídicos no quieren negar que la moralidad desempeñe y deba desempeñar un papel en la creación y evaluación de las normas y decisiones jurídicas. Véase, por ejemplo, Hart, *The Concepto de Derecho* , 203–6.

(221) Esto también se conoce como “incorporacionismo”, “positivismo jurídico blando” y “convencionalismo blando”.

(222) Como se discutió en la Parte 1, lo distintivo o importante de muchas teorías tradicionales del derecho natural eran sus elementos *metateóricos* —sus puntos de vista sobre cómo uno puede encontrar la verdad moral—, *no* las conclusiones morales que ofrecían.

(223) Véase 'Simposio sobre teoría jurídica kantiana', *Columbia Law Review* , 87 (1987), 419.

(224) Véase Brudner, *La unidad del derecho consuetudinario: estudios sobre jurisprudencia hegeliana* ; Drucil a Cornel, Michel Rosenfeld y David Gray Carlson (eds.), *Hegel and Legal Theory* (Nueva York: Routledge, 1991).

(225) Véase, por ejemplo, Henry M. Hart, Jr. y Albert M. Sacks, *El proceso legal: problemas básicos en su formación y Aplicación de la ley* , ed. William N. Eskridge, Jr. y Philip P. Frickey (Westbury, NY: Foundation Press, 1994).

(226) Dejando de lado por el momento el hecho de que el propio Dworkin no considera su teoría como una simple prescripción, sino más bien como una interpretación que considera las prácticas actuales en su mejor luz posible, muchos teóricos con opiniones sobre la adjudicación similares a las de Dworkin no caracterizan sus prescripciones como interpretaciones de las prácticas actuales.

(227) Cf. Finnis, 'Sobre la incoherencia del positivismo jurídico', 1607-8 (criticando la caracterización de la teoría del derecho natural por dos destacados teóricos jurídicos) con ibid. en 1605 (discutiendo el 'positivismo jurídico inclusivo' de una manera que malinterpreta su punto básico).

Brian H. Bix

Brian H. Bix es profesor de Derecho y Filosofía Frederick W. Thomas en la Universidad de Minnesota. Tiene un doctorado en Derecho por la Universidad de Harvard y un doctorado por la Universidad de Oxford. Entre sus publicaciones se incluyen *Jurisprudence: Theory and Context* (5.ª ed., Sweet & Maxwell, 2009), *A Dictionary of Legal Theory* (Oxford, 2004) y *Law, Language, and Legal Determinacy* (Oxford, 1993).





Positivismo jurídico excluyente

Andrei Marmor

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0003

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo considera algunas de las relaciones conceptuales entre las fuentes del derecho identificadas convencionalmente y la idea de validez jurídica. Comienza con la discusión del concepto de validez jurídica y del sistema jurídico. También presenta la idea del positivismo inclusivo con tres versiones. Hay dos formas principales en las que los positivistas inclusivos pueden afirmar que la moralidad influye en lo que es el derecho. Un tipo de fenómeno es la validez condicional y el otro es la validez de contenido. Este artículo también considera brevemente otra versión del positivismo inclusivo. Esta versión sostiene que el derecho se basa básicamente en las fuentes, pero también incorpora aquellas normas que se derivan del derecho basado en las fuentes. Este artículo concluye con el argumento de que la versión inclusiva del positivismo jurídico, que se suponía que formaba un punto intermedio entre el positivismo jurídico excluyente y la doctrina antipositivista de Dworkin, es inválida.

Palabras clave: validez jurídica, sistema jurídico, validez condicional, positivismo inclusivo La mayoría de los positivistas jurídicos contemporáneos comparten la visión de que existen reglas convencionales de reconocimiento, es decir, convenciones que determinan ciertos hechos o eventos que se toman para producir formas establecidas para la creación, modificación y anulación de estándares jurídicos. Estos hechos son las *fuentes del derecho*

convencionalmente identificadas como tales en todos y cada uno de los sistemas jurídicos modernos. El propósito de este capítulo es considerar algunas de las relaciones conceptuales entre las fuentes del derecho convencionalmente identificadas y la idea de validez jurídica. En particular, me esforzaré por defender aquí una versión "fuerte" o "exclusiva" del positivismo jurídico, principalmente contra su versión "inclusiva" o "incorporativista".

rivales.

El positivismo excluyente que tengo en mente sostiene básicamente que la validez jurídica se agota por referencia a las fuentes convencionales del derecho: todo derecho se basa en fuentes, y todo lo que no se basa en fuentes no es derecho. Esta formulación es, por supuesto, demasiado burda y tendremos que refinarla a medida que avanzamos. Sin embargo, por el momento es suficiente para definir las principales controversias sobre la validez jurídica, que se refieren básicamente a las relaciones entre el derecho y la moral. El positivismo excluyente niega, mientras que el positivismo inclusivo acepta, que pueda haber casos en los que la determinación de lo que es el derecho se derive de consideraciones morales sobre aquello que está ahí para resolver. Los antipositivistas contemporáneos, como Dworkin, afirman que determinar lo que es el derecho *siempre* requiere tales consideraciones morales sobre lo que debería ser el derecho, y por lo tanto rechazan la tesis de las fuentes por incoherente.

(p. 105) Aunque tanto Dworkin como los positivistas jurídicos inclusivos comparten la opinión de que existen estrechas relaciones entre la moralidad y la validez jurídica, difieren en cuanto a las bases de dichas relaciones. Dworkin sostiene que la dependencia de la validez jurídica respecto de consideraciones morales es una característica esencial del derecho que se deriva básicamente de la naturaleza profundamente interpretativa del derecho. El positivismo inclusivo, por otra parte, sostiene que dicha dependencia de la validez jurídica respecto de consideraciones morales es una cuestión contingente; no se deriva de la naturaleza del derecho ni del razonamiento jurídico como tal.

Los positivistas inclusivos sostienen que las consideraciones morales afectan la validez jurídica sólo en ciertos casos, a saber, en aquellos que se desprenden de las reglas de reconocimiento que prevalecen en un sistema jurídico determinado. En otras palabras, la relevancia de la moralidad está determinada en cualquier sistema jurídico por el contenido contingente de las reglas de esa sociedad. Página 1 de 15

Positivismo jurídico excluyente

Reconocimiento. A diferencia de ambas concepciones, el positivismo jurídico excluyente sostiene que una norma nunca se vuelve jurídicamente válida únicamente en virtud de su contenido moral. La validez jurídica, según esta concepción que me esforzaré por defender aquí, depende enteramente de las fuentes convencionales y reconocidas del derecho.

Una primera mirada a la tesis de las fuentes

¿Por qué deberíamos pensar que la validez jurídica se agota con referencia a las fuentes de derecho identificadas convencionalmente?

¿Por qué una norma no es jurídicamente válida a menos que derive su validez de una de las fuentes convencionales identificadas? Hay dos argumentos básicos que apoyan la tesis de las fuentes que me gustaría defender aquí.

El primer argumento deriva directamente del fundamento convencional del derecho, que he articulado en otra parte con mayor detalle.

1 El segundo argumento fue presentado por Joseph Raz y se refiere a la naturaleza autoritativa de la ley.

Antes de continuar, conviene hacer algunas aclaraciones sobre el concepto de validez jurídica. Para empezar, no se debe suponer que la validez jurídica sea coextensiva a la pertenencia de las normas a un sistema jurídico. Esta última es más restringida: las normas pueden ser jurídicamente válidas incluso si no pertenecen al sistema jurídico en el que se aplican. Las normas de derecho

internacional público pueden ser válidas en un determinado sistema jurídico, incluso si no pertenecen a él.

De manera similar, según las disposiciones habituales del derecho internacional privado, a menudo sucede que las normas jurídicas de un país extranjero tienen validez jurídica respecto de una determinada controversia y afectan a sus consecuencias jurídicas. Sin embargo, esas normas extranjeras no adquieren carácter de miembros del sistema jurídico que las aplica.

¿Podría decirse, entonces, que las normas jurídicamente válidas son aquellas normas que los jueces (y otros funcionarios) están legalmente obligados a aplicar? Esto parecería ser un error. Los jueces pueden estar legalmente obligados a aplicar normas y otras consideraciones que no son, **(p. 106)** por sí mismas, jurídicamente válidas, y viceversa; puede haber normas jurídicamente válidas que los jueces no estén obligados a aplicar (por ejemplo, porque la cuestión no es justiciable, etc.).

Parece que la mejor manera de definir la validez jurídica es por su afinidad con la verdad. Esto se sugiere en parte por el hecho de que la validez es un concepto fase-sortal: las normas pueden ser jurídicamente válidas o no. La validez jurídica, como la verdad, no admite grados. (No niego ni sugiero que la validez jurídica sea lógicamente bivalente o que excluya la posibilidad de indeterminación. Sólo sugiero aquí que la validez jurídica no admite grados.) Así pues, podemos decir, sin controversia, espero, que una norma, digamos N , es jurídicamente válida en un sistema S , en el tiempo T , si y sólo si la proposición —«De acuerdo con la ley del sistema S , en el tiempo T, N »— es verdadera. Parte de lo que implican los fundamentos convencionales del derecho es que las condiciones de verdad de proposiciones de este tipo son reducibles a verdades sobre convenciones sociales combinadas con verdades sobre hechos o acontecimientos particulares.

Esto nos lleva al primer argumento en favor de la tesis de las fuentes. El argumento se basa en los fundamentos convencionales del derecho y en la naturaleza esencialmente constitutiva de las convenciones de reconocimiento. En otro lugar he sostenido con cierta

extensión que un elemento esencial de una práctica social como el derecho es que esté fundada en convenciones constitutivas, es decir, en un conjunto de convenciones que determinan qué es la práctica y cómo se lleva a cabo. Las reglas de reconocimiento de los sistemas jurídicos modernos definen las formas en que se debe crear el derecho, y las definen de maneras que vinculan la creación del derecho a ciertas fuentes convencionales establecidas.2 ¿Por qué no podría ser el caso, entonces, que tales convenciones también constituyan formas de reconocer el derecho simplemente mediante argumentos morales o políticos? Básicamente, esto no puede ser así porque no hay nada que las convenciones puedan constituir allí.

Las convenciones constitutivas no pueden desempeñar ningún papel a la hora de determinar que las personas deben actuar de acuerdo con razones morales. La política, la moral, la ética y consideraciones similares influyen en nuestro razonamiento práctico independientemente de las convenciones. Las convenciones constitutivas pueden marcar una diferencia sólo si determinan formas específicas en las que tales preocupaciones morales, políticas y de otro tipo pasan a formar parte del derecho, es decir, de una práctica social convencional y establecida. Y esto es precisamente lo que hacen las convenciones de reconocimiento: constituyen prácticas de elaboración de leyes, de modificación de las mismas, de aplicación de las mismas a casos nuevos, etc.

En realidad, esto no es tan sencillo. Las convenciones sí desempeñan papeles importantes en la configuración de algunas de nuestras concepciones morales, en particular con respecto a los llamados conceptos morales "densos". El contenido de conceptos tan densos como la "vergüenza",

La castidad, la cortesía, etc., están determinadas en parte por las convenciones sociales. No quiero negarlo. El punto aquí es diferente, a saber, que las convenciones constitutivas no tienen ningún papel que desempeñar a la hora de determinar que debemos actuar de acuerdo con razones morales. Las razones morales y otras razones prácticas están ahí para que las pongamos en práctica, independientemente de las convenciones. Las convenciones pueden constituir parte (¡pero sólo una parte!) de lo que

significa actuar moralmente en esto o aquello. Página 2 de 15

Positivismo jurídico excluyente

situación. Pero no pueden constituir razones para actuar conforme a razones.

(p. 107) Es fácil malinterpretar la función constitutiva de las convenciones de reconocimiento al suponer que está motivada esencialmente por una preocupación epistémica por la certeza acerca de la ley. Una visión generalizada atribuida al positivismo es que, a menos que la ley sea identificada convencionalmente, sería incierta y, por lo tanto, o bien derrotaría su propia racionalidad al hacer cierto todo lo que la moralidad y la prudencia dejan confuso o controvertido, o bien la ley enfrentaría dificultades para cumplir sus supuestas funciones sociales o moral-políticas.3 Ambas preocupaciones acerca de la certeza de la ley son irrelevantes. La función o el propósito de las convenciones constitutivas no consiste en hacer ciertos o inequívocos aspectos de nuestras vidas que de otra manera permanecerían inciertos y confusos; su propósito es constituir un dominio social que sea valioso y en el que valga la pena participar. Las convenciones constitutivas del teatro, por ejemplo, no están allí para hacer más ciertas y concretas algunas concepciones preexistentes pero vagas del teatro, que ya existían antes de que las convenciones estuvieran en su lugar, por así decirlo. Sin las convenciones constitutivas no hay teatro (ni concepto de teatro). Y sin las convenciones constitutivas de reconocimiento no hay práctica del derecho. Así, al afirmar que la razón de ser de las convenciones constitutivas del derecho es determinar las formas en que el razonamiento moral y político se convierte en parte del derecho, no tenemos por qué pensar que la función de dichas convenciones es convertir algo vago y difuso en algo más cierto y concreto. No es la preocupación por la certeza lo que importa aquí, sino la idea de una práctica social constituida por convenciones. Las convenciones determinan lo que es la práctica; su función es constitutiva y no epistémica.

Me atrevo a suponer que algunos críticos han cometido este error porque tienden a confundir la función de las

reglas de reconocimiento, que es constitutiva de lo que cuenta como derecho, con las diversas funciones sociales y políticas del derecho mismo, que es una cuestión completamente distinta. Es cierto que, entre las numerosas funciones y propósitos del derecho en nuestra sociedad, sirve a muchas que tienen un carácter epistémico. La certeza y la previsibilidad están entre los valores que el derecho es capaz de realzar en numerosas áreas, y parte de su legitimidad puede derivarse de esas funciones epistémicas a las que sirve (es decir, por supuesto, en la medida en que el derecho sea legítimo). Pero nada de esto tiene que ver con el papel particular de las reglas de reconocimiento, que es, una vez más, constitutivo y no epistémico.

Ahora podemos volver al argumento principal. He sostenido que las convenciones no pueden determinar las formas de hacer derecho simplemente mediante argumentos morales y políticos, porque **(p. 108)** no pueden tener ninguna función constitutiva en ese ámbito. Las convenciones no pueden constituir razones para actuar de acuerdo con razones morales; sólo pueden dar forma a las formas particulares en que las acciones (u opiniones, etc.) forman una práctica social bien estructurada.4 Tal vez debería añadir que tampoco las convenciones pueden cumplir ninguna función coordinadora en este ámbito. Una convención de coordinación en el ámbito del razonamiento moral-político sólo puede determinar *a quién* debemos escuchar cuando debemos llegar a un acuerdo sobre cómo actuar, y no podemos llegar a él por nuestra cuenta, por así decirlo. Pero entonces la convención no hace que el derecho dependa de consideraciones morales. Por el contrario, lo hace depender de la decisión del agente (o de algún otro procedimiento de decisión) que ha sido asignado por la convención para determinar el resultado en tales casos.

El punto esencial, sin embargo, es éste: las convenciones no pueden constituir una práctica que consista en la expectativa de que las personas que participan en la práctica hagan lo que tendrían motivos para hacer independientemente de la práctica.

Ahora bien, es cierto que las propias convenciones constitutivas tienden a verse afectadas por los valores inherentes a la práctica que constituyen, pero se trata de un proceso histórico que implica un cambio gradual de las propias convenciones. Desde una perspectiva histórica, las convenciones constitutivas tienden a estar bajo una presión interpretativa constante, que se debe en parte a las necesidades y valores externos de un mundo cambiante, y en parte a interpretaciones novedosas de esos mismos valores que son inherentes a la práctica. Pero se trata siempre de un proceso lento, gradual, casi invisible, que se desarrolla a lo largo del tiempo y que da lugar a cambios en las propias convenciones.5

Los argumentos evaluativos, por buenos e ingeniosos que sean, no constituyen por sí mismos convenciones, aun cuando se los acepte generalmente como buenos argumentos. Incluso si la gente se da cuenta de que "debería ser una convención que *P* ", de ello simplemente no se sigue que "es una convención que *P* " (aunque a su debido tiempo, puede surgir una convención *P*).

En otras palabras, el aspecto dinámico de las prácticas constituidas convencionalmente, como el derecho y los géneros artísticos, no socava su fundamento convencional. Y una vez que admitimos el fundamento convencional del derecho, ya no tiene sentido decir que el derecho puede identificarse como tal sobre la base de consideraciones morales o políticas únicamente.

Pasemos ahora al segundo argumento a favor de la tesis de las fuentes, sugerido por Raz y basado en su concepción de la autoridad.6 La idea básica del argumento de Raz es que la ley es una institución social autoritaria. La ley, afirma Raz, es una autoridad *de facto* . Sin embargo, también es esencial para la ley que se la deba considerar como una autoridad *legítima* .

Por supuesto, cualquier sistema jurídico particular puede no cumplir con esta exigencia, pero la ley es el tipo de institución que 7

que necesariamente pretende ser una autoridad legítima.7 Ahora bien, una condición necesaria de la legitimidad de una autoridad es que sea capaz de **(p. 109)** prescribir a sus sujetos razones para la acción que los sujetos estarían mejor si cumplieran, en comparación con sus intentos de actuar sobre esas razones directamente, sin la mediación de la directiva de la autoridad. Esto es lo que Raz llama el papel mediador esencial de la autoridad. De ahí se sigue que para que algo pueda reclamar autoridad legítima, debe ser del *tipo de cosa* capaz de reclamarla, es decir, capaz de cumplir tal papel mediador.

¿Qué tipos de cosas pueden reivindicar una autoridad legítima? Hay al menos dos características necesarias para la capacidad de autoridad, y cada una de ellas es suficiente para sustentar la tesis de las fuentes: en primer lugar, para que algo pueda reivindicar una autoridad legítima, debe darse el caso de que sus directivas sean *identificables* como tales, es decir, como directivas autoritativas, sin necesidad de basarse en las mismas razones que la directiva autoritativa está ahí para reemplazar.

Si no se cumple esta condición, es decir, si es imposible identificar la directiva autoritativa como tal sin basarse en las mismas razones en las que se suponía que debía basarse la autoridad, entonces la autoridad no podría cumplir su función esencial de mediación; no podría hacer la diferencia práctica que se propone hacer. Obsérvese que este argumento no se refiere a la eficacia de las autoridades. La cuestión no es que, a menos que las directivas autoritativas puedan reconocerse como tales, las autoridades no podrían funcionar eficazmente. El argumento se basa en la lógica de las autoridades dentro de nuestro razonamiento práctico.

Las autoridades están allí para hacer una diferencia práctica, y no podrían hacer tal diferencia a menos que la directiva de la autoridad pueda ser reconocida como tal sin recurrir a las razones sobre las cuales está allí para decidir.

En segundo lugar, pero este es un argumento que no intentaré fundamentar aquí, para que algo pueda reclamar

autoridad legítima, debe darse el caso de que la autoridad sea capaz de formar una opinión sobre cómo sus sujetos deben comportarse, distinta del propio razonamiento de los sujetos sobre sus razones para actuar.8 En otras palabras, una autoridad práctica, como la ley, debe ser básicamente una autoridad personal, en el sentido de que no puede haber una autoridad sin un autor.

Ahora bien, no es difícil ver que esta concepción de la autoridad jurídica implica la tesis de las fuentes, puesto que exige que la ley, *en tanto* resolución autoritativa, sea identificable en sus propios términos, es decir, sin tener que depender de las mismas consideraciones que la ley está ahí para resolver. Por lo tanto, una norma es jurídicamente válida (es decir, autoritativa) sólo si su validez no deriva de consideraciones morales o de otro tipo sobre aquello que está ahí para resolver.

Naturalmente, hay mucho más que decir sobre estos dos argumentos a favor de la tesis de las fuentes. Por ahora, sin embargo, basta con ver cómo tanto el argumento de Raz a partir de la naturaleza autoritativa del derecho como el fundamento convencional del derecho respaldan, al menos inicialmente, la tesis de las fuentes. Ahora es el momento de considerar la perspectiva alternativa, a saber, la idea del positivismo inclusivo.

(p. 110) Positivismo jurídico inclusivo

El positivismo jurídico inclusivo no es una doctrina, sino varias, estrechamente relacionadas entre sí, que distinguiré brevemente.

Sin embargo, hay dos puntos principales que son característicos del positivismo inclusivo: primero, a diferencia de la teoría de Dworkin, el positivismo inclusivo se adhiere a la idea básica de que el derecho se reconoce como tal sobre la base de convenciones sociales. En otras palabras, el positivismo inclusivo suscribe la tesis sobre el fundamento convencional del derecho.9 En segundo lugar, y esto es lo que distingue a la versión blanda del positivismo fuerte, parece compartir la convicción de que al menos algunos de los argumentos de Dworkin contra la tesis de las fuentes son sólidos. Los positivistas inclusivos

están de acuerdo con Dworkin en que debe haber más en el derecho que lo que se deriva de las fuentes del derecho identificadas convencionalmente. Algunos principios morales o políticos son derecho válido, simplemente en virtud de ser principios morales sólidos. Sin embargo, antes de pasar a distinguir entre las diversas doctrinas que han surgido de esta convicción general, me gustaría proporcionar un breve esbozo de las principales motivaciones que la sustentan y las razones de la inquietud que sienten muchos positivistas con respecto a la interpretación fuerte de la tesis de las fuentes.

¿Por qué los filósofos del derecho se sienten inclinados a pensar que los principios morales pueden ser normas jurídicas por el mero hecho de ser los principios morales correctos que se aplican a las circunstancias? En términos generales, creo que hay dos motivos principales para sostener esa opinión: primero, porque así lo dicen los jueces; segundo, porque parece que la propia ley así lo prescribe. Permítanme tratar de explicar ambos puntos.

Gran parte de la verosimilitud de la crítica de la tesis de las fuentes se deriva de la retórica judicial. En los sistemas jurídicos angloamericanos (y en muchos otros) a menudo se encuentra una retórica judicial que parece apoyar la opinión de que existe una

Positivismo jurídico excluyente

El derecho tiene más que ver con lo que se deriva de sus fuentes convencionales establecidas. Hay numerosos principios morales y políticos en los que los jueces se sienten obligados a basarse y aplicar a sus decisiones, cuya validez no puede rastrearse hasta las fuentes convencionales del derecho. Es cierto que algunos de esos principios han pasado a formar parte del derecho mediante su incorporación a través de precedentes, que son una fuente convencional del derecho, pero al menos la retórica judicial parece sugerir que a menudo los jueces no consideran que ciertos principios sean jurídicamente vinculantes en virtud de su fuente, sino en virtud de su contenido.

El argumento, sin embargo, no termina con señalar la retórica judicial. Es más sofisticado que eso. Afirma que es en los propios términos del positivismo que dicha retórica debe tomarse en serio. Después de todo, son los convencionalistas los que

—a diferencia de los juristas naturales—que afirman que la ley es simplemente lo que los jueces y los abogados **(p. 111)** piensan que es.10 Puesto que es un hecho que los propios jueces piensan que la ley es más que aquello que se deriva de fuentes convencionales y establecidas, la tesis de las fuentes se ve socavada por los propios fundamentos del convencionalismo.

El segundo argumento sugiere una línea de razonamiento similar: en lugar de basarse en la retórica judicial, se basa en el contenido de la ley misma. Muchos críticos de la tesis de las fuentes piensan que simplemente no podemos eliminar la gran cantidad de ocasiones en que la ley misma hace que la validez jurídica de las normas dependa de consideraciones morales y políticas, en particular, aunque no exclusivamente, en el ámbito del derecho constitucional. Después de todo, una característica notable de los documentos constitucionales modernos es que prescriben un razonamiento moral y político para los fines de determinar la validez jurídica de las normas. Y es una práctica común de la adjudicación constitucional convertir esto en realidad, es decir, validando o invalidando normas sobre la base de principios morales y políticos.1

1 ¿No es todo esto?

¿Es demasiado familiar y demasiado central para el funcionamiento de los sistemas jurídicos modernos como para ser barrido por una adhesión dogmática a la tesis de las fuentes? En cierto modo, es el deseo de poner la teoría en línea con la práctica lo que motiva el positivismo inclusivo. A muchos convencionalistas les parece que la práctica jurídica está mucho más afectada por el razonamiento moral de lo que parece permitir la tesis de las fuentes. La pregunta esencial es, sin embargo, si podemos dar sentido a esta teoría positivista inclusiva. Como ya he indicado, no se trata de una doctrina, sino de varias, y ahora es el momento de distinguirlas.

Básicamente, existen tres versiones del positivismo inclusivo que abordaré a continuación. La primera sostiene que las reglas de reconocimiento no tienen por qué consistir exclusivamente en restricciones de las fuentes a la validez jurídica; también pueden incorporar, además de las fuentes del derecho, principios morales como criterios de legalidad. La segunda y la tercera versiones admiten que tales restricciones de las fuentes son inevitables, pero intentan incorporar la moralidad ya sea afirmando que el derecho implícito también es derecho o, como sostiene la versión más popular, que el derecho mismo puede incorporar explícitamente la moralidad como condición de validez, sobre la base de sus propias fuentes.

La primera y más fuerte versión del positivismo inclusivo sostiene que las reglas de reconocimiento no necesitan hacer que la validez de las normas jurídicas dependa exclusivamente de fuentes convencionalmente identificadas (aunque típicamente también lo harían).12 Una regla de reconocimiento, desde este punto de vista, puede tomar la siguiente forma: la ley es todo lo que se desprende de las fuentes *Si … ,*

n y todo lo que se desprende de las razones morales correctas —o de algún subconjunto específico de dichas razones—

que se apliquen a las circunstancias.13

(p. 112) Ya hemos visto cuál sería la motivación inicial para sostener tal punto de vista, a saber, que parecería estar más de acuerdo con la retórica judicial contemporánea, y quizás aún más, con (la retórica del) derecho constitucional contemporáneo, particularmente en las principales democracias occidentales. Pero la pregunta es si hay algún argumento que pueda apoyar tal punto de vista, y aún así permanecer fiel al fundamento convencional del derecho, al que se adhiere el positivismo inclusivo. De hecho, ya hemos señalado una razón principal por la que la respuesta debe ser negativa. La restricción de la fuente que está incorporada en las reglas de reconocimiento no es una peculiaridad de los sistemas jurídicos particulares, o incluso del derecho, como tal. Se deriva de la naturaleza constitutiva de las convenciones de reconocimiento:

simplemente no tiene sentido sugerir que las convenciones pueden constituir una práctica que en parte consiste en la expectativa de que las personas hagan lo que tienen razones para hacer independientemente de la práctica.

Como posible réplica a esta línea de razonamiento, consideremos el siguiente argumento: las reglas de reconocimiento son reglas convencionales. Al igual que otras reglas, su aplicación a casos particulares puede ser controvertida, moral, política o de otro tipo. Por lo tanto, concluye el argumento, bien puede ser una cuestión de argumento moral o político determinar lo que una regla de reconocimiento prescribe realmente en casos particulares y, por lo tanto, al menos a veces sucede que determinar qué es la ley depende de consideraciones morales sobre lo que debería ser.14

Este argumento es casi persuasivo. Después de todo, las reglas y las convenciones siempre pueden ser controvertidas, y algunas de esas controversias están destinadas a depender de consideraciones morales. Pero el principal defecto del argumento de la página 5 de 15

Positivismo jurídico excluyente

La consideración es que supone que existe una brecha potencial entre la convención, que es una regla, y su aplicación, brecha que puede ser salvada por argumentos morales o políticos. La respuesta principal a esto es que no existe tal brecha. La convención está constituida por la práctica de su aplicación a casos particulares. No es el caso de que primero tengamos una formulación de regla, digamos que la convención " *R* " prescribe esto y aquello, y luego tratemos de decidir cómo aplicar *R* a casos particulares (y luego, como sigue esta historia, a veces sabemos la respuesta y a veces discutimos sobre ella). Las convenciones son lo que son, porque existe una práctica de aplicar la regla a ciertos casos; es la aplicación de la regla lo que constituye su existencia misma. Una vez que no está claro para los sujetos de la norma si la convención se aplica a un caso determinado o no, entonces no hay una solución convencional para esa cuestión, y al menos en lo que respecta a la convención, ahí se acaba todo. Las personas pueden tener diferentes puntos de vista sobre la

convención que desearían tener en esas circunstancias (o sobre cómo, de otro modo, les gustaría resolver el problema al que se enfrentan), pero no pueden tener un argumento inteligente sobre lo que la convención *realmente* **(p. 113)** exige en esos casos controvertidos. La única realidad que existe en una convención es la práctica real de su aplicación; una práctica social. En el caso de las reglas convencionales, no hay una brecha entre la regla y su aplicación, una brecha que podría salvarse mediante un razonamiento interpretativo que prefiera una aplicación a otra.

Una vez que la aplicación de una convención no está clara no existe convención sobre esa materia.

Para ilustrar esto con un ejemplo sencillo, consideremos las convenciones de un lenguaje natural. Es una convención del idioma inglés que la hora del día a las 9 am se llama apropiadamente 'mañana' y no está claro, desde la perspectiva de esa convención, si uno puede aplicar la noción de 'mañana' a las 11.30 am o no. ¿Tiene algún sentido preguntar qué es lo que la convención de notación de 'mañana' realmente requiere en el último caso? Difícilmente. Lo único que podríamos decir es que la gente no estaría cometiendo un error en ninguno de los dos sentidos, y que si es importante por alguna razón u otra si las 11.30 son 'mañana' o no (y uno puede imaginar fácilmente situaciones en las que lo sería, por ejemplo en algún contexto legal), entonces uno debe decidir en cualquiera de los dos sentidos según las consideraciones apropiadas que se aplicarían a las circunstancias, dado el hecho de que en lo que respecta a la convención de notación, podría ser en ambos sentidos.15

En el ámbito jurídico abundan ejemplos similares. Tomemos, por ejemplo, las normas de reconocimiento relativas a la doctrina del precedente. En todas las jurisdicciones que tienen tales convenciones, normalmente se incluiría alguna noción sobre la expectativa de vida de los precedentes; hasta qué punto en la historia se puede remontar uno en busca de un precedente vinculante. Distintas jurisdicciones tienen diferentes convenciones sobre estas cuestiones. Pero, por supuesto, ninguna de esas convenciones puede ser muy precisa. Una vez que nos

enfrentamos a un caso límite, lo único que podemos decir al respecto es que es un caso límite, es decir, que no hay ninguna convención sobre esa cuestión y que la cuestión debe responderse en función de sus méritos.

Tal vez exista un argumento mejor que plantear en este caso. Supongamos que las convenciones de reconocimiento de algún modo presuponen algunas restricciones generales a la validez jurídica que consisten en la adhesión a algunos valores comunitarios compartidos, o a ciertas concepciones de justicia, o similares. ¿No podría entonces ser controvertido lo que realmente exigen esas concepciones de justicia, por ejemplo? Y si así fuera, ¿no sería un caso en el que la *aplicación apropiada* de la regla de reconocimiento dependería de argumentos morales?

Por supuesto, las convenciones pueden determinar su aplicación en función de otras consideraciones no convencionales. Por ejemplo, es una convención ampliamente compartida la de que uno debe saludar (de una manera convencional y reconocida) a sus amigos y conocidos cuando se reúne con ellos. La aplicación de esta convención de saludo depende, por supuesto, de nuestra capacidad para determinar quién es y quién no es nuestro conocido. Esto es en parte también una cuestión de convención, pero no del todo. Las personas pueden **(p. 114)** tener diferentes puntos de vista sobre lo que se considera un conocimiento suficiente a los efectos de la convención de saludo, y pueden formar tales puntos de vista sobre la base, *entre otras cosas* , de consideraciones evaluativas. Así que ahora supongamos que dos personas no están de acuerdo sobre la aplicación de la convención de saludo, y que tal desacuerdo surge de diferentes puntos de vista que tienen sobre en qué consiste el "conocimiento suficiente".

Una de las partes sostiene que basta con un conocimiento previo casual de una sola vez, y la otra lo niega. Por supuesto, en cierto sentido no es un error decir que no están de acuerdo sobre la aplicación de la convención del saludo. De hecho, la aplicarían de manera diferente en determinadas circunstancias. Pero, en esencia, la situación aquí no es diferente de la convención de notación que hemos encontrado antes. En lo que respecta a la

convención del saludo, ninguna de las partes cometería un error. Ninguna de ellas podría afirmar que su punto de vista es *el convencional* . El contenido de una convención se agota en la práctica social que consiste en la aplicación de la convención. Nunca podemos decir que "es una convención que *P* " *porque* debería ser que *P.* Por lo tanto, no es realmente la aplicación de la convención del saludo lo que es controvertido aquí, aunque bien podría darse el caso de que la gente aplicara la convención de manera diferente en determinadas circunstancias. En la medida en que haya un desacuerdo genuino sobre tales diferencias en la aplicación, se trata de un desacuerdo sobre lo que debería ser la convención, y no sobre lo que es; es un desacuerdo sobre lo que debería ser la convención, y no sobre lo que es; es un desacuerdo sobre lo que debería ser la convención, y no sobre lo que es.

desacuerdo sobre cómo aplicar la convención a casos nuevos, lo cual es, básicamente, un desacuerdo sobre cómo cambiar o ampliar la convención.

Pero ¿no puede ser que la gente entienda una convención de manera diferente y que una interpretación sea mejor que la otra? Por supuesto que esto puede ocurrir. La gente puede tener un desacuerdo genuino y significativo, por ejemplo, sobre la cuestión de cuál es el sentido de la convención, y puede haber respuestas mejores y peores a tales preguntas. Una mejor comprensión del sentido de algo es también una mejor comprensión de la naturaleza de esa cosa. Consideraciones similares se aplican a la formulación de una convención, su historia, sus funciones, su fundamento y muchos otros aspectos. En otras palabras, no niego que la naturaleza de una convención pueda ser controvertida. Cualquier cosa que tenga sentido puede ser controvertida. No es la posibilidad de controversia a lo que me opongo. El único supuesto erróneo del argumento en consideración es que existe una brecha potencial entre la convención y su aplicación, brecha que puede ser salvada por las consideraciones morales correctas o verdaderas. Una convención consiste en lo que la gente hace, como una cuestión de seguir una regla. Esto deja abierta la posibilidad de que tengamos diferentes interpretaciones de

lo que la gente hace y de lo que realmente significa hacer A. De ahí el margen para la controversia. Pero no tiene sentido decir que existe *una* convención sobre hacer *A* , incluso si la gente está sustancialmente en desacuerdo sobre la cuestión de si hacer *A* está prescrito por la convención o no.16

Así que la idea de que los jueces y los abogados puedan tener argumentos genuinos sobre lo que *realmente son las reglas de reconocimiento El hecho* de que la moralidad pueda determinar qué es el derecho, y que un fenómeno de este tipo **(p. 115)** muestra cómo la moralidad puede determinar qué es el derecho, implica una mala comprensión del concepto de convención. Es incompatible con la base convencional del derecho a la que se adhiere el positivismo inclusivo.17

La búsqueda de un punto intermedio entre la teoría jurídica de Dworkin y el positivismo fuerte ha engendrado dos versiones más del positivismo inclusivo. Permítanme concentrarme primero en la versión más popular de la misma. Esta versión admite que la validez jurídica se basa básicamente en las fuentes, pero también insiste en que las propias fuentes convencionales a menudo incluyen una referencia específica a consideraciones morales que afectan a la validez jurídica de las normas. El derecho basado en las fuentes a menudo incorpora la moralidad en sus propios términos, por así decirlo.18 He aquí un modelo simple de esta línea de pensamiento: supongamos que las convenciones de reconocimiento en un sistema jurídico *Si* prescriben que el derecho es cualquier cosa que Rex le diga a uno que haga. Supongamos además que Rex hubiera decretado, como una cuestión de hecho, que en los casos del tipo *X* las personas deberían hacer lo correcto, o que deberían comportarse de manera justa y equitativa. O bien, supongamos que Rex hubiera prescrito que ninguna de sus propias leyes sería válida a menos que cumpliera con ciertas restricciones morales, como la justicia o la igualdad. En ambos casos, sostienen los incorporatistas, las condiciones de validez jurídica se ven claramente afectadas por consideraciones morales. Al menos en ocasiones es cierto en *Si* que la validez de una norma jurídica depende de su mérito moral y, por lo tanto, el positivismo fuerte debe ser falso.

Esta versión del positivismo inclusivo tiene dos ventajas. En primer lugar, si es cierta, parecería constituir una muy buena respuesta a algunas de las objeciones de Dworkin al positivismo jurídico, es decir, sin ceder a su rechazo del positivismo jurídico como tal. Todo lo que tendríamos que demostrar es que en los sistemas jurídicos que conocemos y en los que Dworkin se centra, la referencia explícita a la moral basada en fuentes no es un fenómeno raro. Si esto es cierto, como ciertamente parece serlo en el caso del derecho estadounidense, los contraejemplos de Dworkin al positivismo jurídico, basados en la retórica judicial y en el derecho mismo, son fácilmente explicables sobre bases positivistas. Es cierto, diríamos, que la moralidad sí influye en la validez jurídica en gran medida en la forma en que Dworkin lo describe, pero esto se desprende de la tesis de las fuentes en sí, no necesariamente va en contra de ella. En segundo lugar, esta versión del positivismo inclusivo, a diferencia de su pariente más fuerte, parece ser coherente con el fundamento convencional del derecho. No se hace la afirmación incoherente de que las convenciones pueden establecer prácticas que existen independientemente de las convenciones. Las convenciones están ahí para establecer las fuentes del derecho, y en esto han cumplido **(p. 116)** su razón de ser constitutiva. Esto no parece excluir la posibilidad de que las fuentes del derecho hagan, de hecho, obligatorio o permisible que la validez de otras normas jurídicas dependa de la moralidad.

El argumento de autoridad

Hay dos formas principales en las que los positivistas inclusivos pueden afirmar que la moralidad influye en lo que es la ley. Un tipo de fenómeno que ellos típicamente tienen en mente es lo que puede llamarse "validez condicional": este es el tipo de casos en los que la ley impone ciertas restricciones morales o políticas, como la igualdad o la justicia, etc., sobre la validez legal de las normas en general, es decir, ya sea con respecto a todas las normas del sistema o a algún subtipo específico de la misma.

Positivismo jurídico excluyente

normas (por ejemplo, como la legislación estatal, en contraposición a la federal, o las normas administrativas en contraposición a la legislación federal, etc.). En este tipo de casos, la ley parece condicionar la validez de una ley basada en otras fuentes *al* cumplimiento de ciertas restricciones morales. Este es, supuestamente, el caso típico de las conocidas disposiciones constitucionales que condicionan la validez de toda legislación al cumplimiento de ciertas restricciones morales y políticas prescritas. El segundo tipo de situación, que a falta de una mejor idea llamaré "validez de contenido", consiste en aquellos casos en los que se supone que la ley es simplemente lo que dicta la moralidad, la justicia o algunos otros valores relevantes. La legislatura puede decretar, por ejemplo, que en casos de tipo *x* , la ley es lo que la moralidad requiera. Supongamos, por ejemplo, que la ley solo prescribe que en casos de tipo *x* , una parte debe pagar una "compensación justa" a otra parte, "justo" significando lo que *es justo* de acuerdo con las consideraciones morales relevantes. Supuestamente, entonces, en tal caso la respuesta a la pregunta de qué tipo de compensación debe pagar una parte a otra está determinada simplemente por las razones morales apropiadas.

Los fenómenos de validez condicional y de validez de contenido son aspectos familiares de los sistemas jurídicos modernos. Después de todo, no hay nada que impida a los legisladores o a los jueces utilizar el lenguaje de los valores morales y políticos en sus prescripciones sobre lo que exige la ley. Y lo hacen a menudo. La cuestión es cómo interpretar estos fenómenos.

El positivismo inclusivo nos pide que las tomemos al pie de la letra: lo que dice la ley es lo que hace, es decir, nos exige que decidamos qué es la ley sobre la base de consideraciones morales o políticas. Por lo tanto, la ley es lo que esas consideraciones morales y políticas realmente requieren. Pero esto no puede ser del todo correcto, ni siquiera al pie de la letra. Al mismo tiempo que la ley incorpora la moralidad en sí misma, por así decirlo, también asigna a alguien el papel de determinar, oficialmente y con autoridad, lo que requieren las consideraciones morales, es decir, los jueces. Después de todo, nunca depende simplemente de nosotros, como

sujetos de la ley, decidir por nosotros mismos qué es realmente la compensación justa, o si debemos acatar una ley dada si **(p.**

117) parece infringir un requisito constitucional de equidad, o algo por el estilo. Siempre son los jueces quienes deciden estas cuestiones, y es sólo su decisión la que podría tener algún peso autoritario.

Este último punto no pretendía ser un argumento concluyente contra el positivismo inclusivo. Sólo pretendía mostrar que las cuestiones son bastante complicadas y que hay muy poco que podamos sacar de las interpretaciones literales de la situación, por no hablar de conclusiones. Finalmente, y creo que la mayoría de los filósofos del derecho lo admiten, el argumento gira en torno del sentido que podemos dar a la naturaleza autoritaria del derecho: ¿puede darse el caso de que una norma sea autoritaria si exige que los sujetos de la norma decidan cuál es la norma sobre la base de las consideraciones que la norma está ahí para resolver? Al menos sobre la base de la teoría de la autoridad de Raz, la respuesta es claramente "no".

Brian Leiter identifica correctamente tres argumentos principales que se han ofrecido como réplica al argumento de Raz basado en la autoridad.19 En primer lugar, se ha afirmado que Raz combina dos formas posibles en las que los sujetos de una autoridad pueden verse obligados a confiar en el razonamiento moral para determinar lo que la autoridad ha prescrito, y sólo una de ellas socava la racionalidad de la autoridad misma. Coleman escribe, por ejemplo, que "no toda condición moral de legalidad nos lleva a las condiciones subyacentes o justificantes de la ley. Así, en el supuesto de que la autoridad impida la identificación apelando a sus razones justificantes o dependientes, no toda regla incorporacionista de reconocimiento será incompatible con la posibilidad de la autoridad legal".20 Una regla que prescribe, por ejemplo, una condición general de justicia para la validez de todas las demás reglas, requiere que los sujetos de la autoridad se basen en consideraciones morales para determinar qué es la ley, pero "no nos lleva a las razones dependientes que justificarían cualquier regla legal particular".21

Lo cierto es que no está del todo claro cuál es la distinción pertinente. Sin duda, las autoridades jurídicas pueden ser limitadas.

Los jueces, los funcionarios e incluso el poder legislativo son autoridades típicamente limitadas. Pueden ejercer su autoridad sólo en áreas específicas, o sobre bases específicas, o de acuerdo con algunos procedimientos específicos. El argumento en consideración parece agregar que tales límites al ejercicio de una autoridad legal también pueden consistir en restricciones morales, establecidas y reconocidas como tales por las fuentes convencionales del derecho del sistema legal pertinente, y sostiene que tales límites morales no socavan la naturaleza autoritativa del derecho. Pero ¿cómo demuestra todo esto que una norma puede ser una norma jurídica sólo en virtud de su contenido moral? El argumento de Raz a partir de la autoridad no pretende excluir cualquier tipo de consideración evaluativa o moral del discurso jurídico. Sólo pretende demostrar que la moralidad no puede determinar qué es el derecho.

Según el positivismo jurídico exclusivo, las normas jurídicas son productos de resoluciones autoritativas; cada norma jurídica consiste en una directiva autoritativa. Esto no implica **(p. 118)** que todo lo que una autoridad jurídica decreta sea ley; las autoridades pueden transgredir sus poderes legales. Ahora bien, el argumento en consideración sostiene que tales poderes a veces pueden especificarse en términos morales evaluativos. El poder jurídico de las autoridades puede verse limitado por la moral.

Positivismo jurídico excluyente

consideraciones, si (pero sólo si) tales consideraciones derivan de las reglas de reconocimiento. Esto es verdad: los poderes jurídicos pueden ser limitados por criterios morales. Pero para que surja el derecho, el poder debe ser ejercido. Esto es a lo que equivale la tesis de las fuentes: el derecho sólo puede derivar de fuentes autorizadas. Las restricciones, morales o de cualquier otro tipo, por sí mismas no determinan el derecho; sólo prescriben formas en las que el derecho puede ser cambiado. Por lo tanto, incluso si es cierto que algunas de las restricciones que

determinan los poderes jurídicos de las autoridades son de tipo evaluativo o moral, esto no socava la tesis de las fuentes, ya que no implica que una norma pueda ser una norma jurídica sólo en virtud de su contenido moral.

Tal vez Coleman pueda restringir su conclusión a la negación de la validez jurídica, argumentando que, aunque las consideraciones morales no pueden, por sí mismas, establecer la validez jurídica de una norma, pueden, no obstante, establecer que una norma es jurídicamente no válida porque transgrede una restricción moral. El principal problema de esta perspectiva es, sin embargo, que requeriría la introducción de una noción de validez prima facie. La negación de la validez jurídica por razones morales sólo tendría sentido si pensáramos que la norma pertinente es al menos válida prima facie. Además, dado que la mayoría de las normas jurídicas, si no todas, pueden ser derrotadas, supuestamente, por tales restricciones morales, significaría que la mayoría de las normas en un sistema jurídico son válidas sólo prima facie. Sin embargo, tal perspectiva plantearía muchas más preguntas de las que puede esperar responder. Para empezar, haría que la idea de validez jurídica fuera mucho menos cierta de lo que es en realidad, puesto que siempre haría que la conclusión sobre la validez jurídica de una norma dependiera de verdades sobre la moralidad.22 Pero lo que es más importante, una visión de este tipo es incompatible con la naturaleza autoritativa del derecho, y por las mismas razones que hemos observado antes: la autoridad jurídica está ahí para hacer una diferencia práctica, y no podría pretender hacer tal diferencia si las directivas autoritativas sólo son válidas prima facie, a menudo esperando, por así decirlo, la confirmación de su validez sobre bases que los supuestos sujetos de la autoridad deberían averiguar por sí mismos. Es como si la autoridad dijera: "haz lo que yo digo, a menos que lo que yo diga vaya en contra de razones morales". La validez jurídica no es una construcción prima facie. La autoridad jurídica es necesaria precisamente porque está ahí para hacer concluyentes, es decir, al menos desde un punto de vista jurídico, razones prima facie que se aplican a los supuestos sujetos.

Para ilustrar el problema, consideremos un caso estándar en el que se cuestiona la validez jurídica de una norma por

razones morales, en la línea de lo que sugiere el argumento que estamos considerando. Supongamos que la Corte Suprema ha dictado una resolución autorizada, por ejemplo, en la que decide que la norma es jurídicamente válida. Ahora supongamos que el razonamiento moral de la Corte Suprema fuera erróneo y que las razones morales pertinentes realmente exigieran la invalidación de la norma. Supongamos, a los efectos de la ilustración **(p. 119)** , que esto es lo que ha sucedido con la impugnación constitucional de la pena capital en los Estados Unidos; es decir, supongamos que, desde un punto de vista moral, la pena capital es realmente cruel y, por lo tanto, no debería ser válida. Sin embargo, desafortunadamente la Corte Suprema decidió lo contrario. ¿Tendríamos que sostener que las leyes que prescriben la pena capital en los Estados Unidos hoy en día en realidad no son jurídicamente válidas? (Y, de ser así, ¿cuál es el significado práctico de la autoridad de la Corte Suprema, que ha decidido lo contrario?) La mitología del derecho natural es un precio demasiado alto que hay que pagar por un argumento de ese tipo. Es mucho más natural decir que, en tales casos, se le ha dado a la Corte Suprema el poder legal de cambiar la ley de acuerdo con consideraciones morales, y que el cambio que introdujo en la ley no fue moralmente deseable.

Más adelante desarrollaré esta idea del poder dirigido moralmente.

Coleman ofrece otro argumento contra el argumento de Raz basado en la autoridad, basado en una distinción que traza entre dos posibles papeles que podemos asignar a las reglas de reconocimiento. Uno es básicamente epistémico y el otro se relaciona con la noción de validez legal. El papel epistémico consiste en permitir a los ciudadanos y al poder judicial identificar las normas legales relevantes que se les aplican. Esto, sostiene Coleman, es, en el mejor de los casos, de importancia secundaria. De todos modos, pocas personas conocen las reglas de reconocimiento de su país, e incluso si las conocen, no es de gran importancia.

El significado filosófico de las reglas de reconocimiento, el papel que están ahí para cumplir, no es una cuestión de epistemología, sino de validez. Las reglas de reconocimiento determinan qué normas son jurídicamente

válidas y cuáles no, y cómo la gente llega a darse cuenta de ello. 23 El argumento de la autoridad, afirma Coleman, "impone restricciones epistémicas esenciales. Tiene que ver con las formas en que la gente descubre qué es la ley y qué les exige. El argumento de la autoridad no se refiere a lo que puede considerarse ley". 24 Pero estas restricciones epistémicas, afirma Coleman, no vienen al caso. Las reglas de reconocimiento no tienen por qué ocuparse de la cuestión de cómo los ciudadanos comunes identifican lo que la ley les exige; no son una herramienta que sirva para este propósito. Dado que el argumento de Raz se refiere sólo a esta última cuestión epistémica, no impone una restricción analítico-conceptual a la validez jurídica de las normas y, por lo tanto, fracasa como argumento contra el positivismo inclusivo.

Sin embargo, lo que realmente falla aquí es este argumento, ya que no advierte que los argumentos epistémicos pueden tener conclusiones conceptuales no epistémicas. El argumento de autoridad de Raz es un ejemplo de ello. Lo que importa para nuestros propósitos

es que la ley pueda hacer una diferencia práctica, y este es un punto conceptual. Más precisamente, es **(p. 120)** algo que se sigue de la naturaleza esencialmente autoritativa de la ley. El hecho de que nada pueda hacer tal diferencia a menos que se asuman ciertas restricciones epistémicas, a saber, que la directiva autoritativa debe ser tal que la gente *pueda* identificarla sin tener que confiar en esas mismas razones que la directiva autoritativa está ahí para resolver, no implica que la conclusión de este argumento sea epistémica. La conclusión es conceptual. Impone una restricción conceptual sobre los tipos de cosas que pueden considerarse prescripciones autoritativas.

No hay nada filosóficamente desconcertante o único en estos argumentos. De hecho, una línea de razonamiento muy similar se aplica también a las convenciones constitutivas. También es cierto que las convenciones constitutivas deben ser reconocibles como tales. Consideremos, por ejemplo, las convenciones que

constituyen un juego estructurado, como el ajedrez o el fútbol. Parte de lo que significa jugar a esos juegos estructurados es que los jugadores *siguen* ciertas reglas. Esto requiere que las reglas y las convenciones sean reconocibles como tales. Las personas sólo pueden seguir reglas convencionales que puedan reconocer como tales, es decir, como reglas que deben seguirse. Esto no sólo tiene que ver con cómo las personas aprenden a jugar el juego o a identificar sus reglas. También tiene que ver con lo que son esencialmente los juegos.25

Por último, el tercer tipo de argumento que se sugiere como réplica al argumento de Raz basado en la autoridad se basa en el rechazo de la tesis de Raz de que las directivas autoritativas generan razones excluyentes para la acción. Si las directivas autoritativas no son razones excluyentes, continúa este argumento, entonces el hecho de que el derecho sea esencialmente autoritativo no implica que debamos ser capaces de identificar el derecho sin tener que depender de esas mismas consideraciones que el derecho está ahí para resolver.26

En otro lugar ya he sostenido que este argumento no da en el blanco.27 La conclusión de Raz de que no tiene sentido identificar la ley sobre la base de las mismas consideraciones que la ley está ahí para resolver se desprende del hecho de que la lógica de las autoridades prácticas debe tener en cuenta las formas en que las autoridades crean razones para la acción que son en parte independientes del contenido. Para los supuestos sujetos de una autoridad, debe ser prácticamente significativo que la directiva haya sido efectivamente emitida por una autoridad, y sus razones para la acción deben tener en cuenta este hecho. Esto implica que los supuestos sujetos de una autoridad deben ser capaces de reconocer la directiva autoritativa como tal, es decir, como una directiva autoritativa, independientemente de los méritos particulares de la directiva misma. Es cierto que Raz cree que la mejor explicación de esta característica de las autoridades la da su explicación de las razones excluyentes. Pero incluso si se equivoca en este aspecto particular de la explicación, la conclusión sigue siendo la misma, a saber, que las directivas autoritativas deben ser reconocibles como tales sin tener que **(p. 121)** basarse en las razones

dependientes, ya que esta conclusión se deriva del hecho de que las directivas autoritativas deben entenderse como razones para la acción parcialmente independientes del contenido. El que esta independencia del contenido de las razones se explique mejor como una especie de razones excluyentes o no, tiene que ver con una cuestión diferente –¿qué tipo de obligaciones engendran las directivas autoritativas?–, pero esto no viene al caso.

Incluso si rechazamos, como deberíamos, las críticas al argumento de Raz, sigue siendo una cuestión abierta cuál es la mejor interpretación de los fenómenos que señalan los positivistas inclusivos, a saber, la omnipresente referencia a la moralidad en la ley. Después de todo, es muy improbable que toda esta charla sobre restricciones morales y políticas a la validez legal, que prevalece en la práctica jurídica, sea un completo disparate. Quiero sugerir que es significativa, de hecho, pero no en la forma en que los positivistas inclusivos han previsto. Me concentraré principalmente en lo que he llamado "validez condicional", pero supongo que con las modificaciones apropiadas, esta explicación se aplicará también a la validez de contenido.

Joseph Raz ha sugerido desde hace tiempo la siguiente solución: las normas jurídicas que prescriben que la validez de otras normas jurídicas depende de ciertas consideraciones morales o políticas funcionan en realidad como normas que confieren poderes, otorgando al poder judicial un poder legislativo *limitado* y *orientado* . En efecto, esas disposiciones que confieren poderes prescriben a los jueces que deben legislar nuevas normas jurídicas, a veces además de las existentes, pero a menudo con el efecto de modificar o anular las normas existentes. Ahora bien, la función principal de los preceptos morales incorporados en esas normas que confieren poderes es limitar el *tipo de propósitos que* los jueces deben tener en cuenta en su función legislativa, o *el tipo de razones* en las que deben basarse para justificarla o, típicamente, ambas cosas. Consideremos, por ejemplo, la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos que prohíbe los "castigos crueles e inusuales". Presumiblemente, la cuestión de qué tipos de castigos son crueles es moral. El propósito de esta disposición constitucional es exigir a los jueces que invaliden las instituciones jurídicas que

equivalen a formas crueles de castigo. Pero el poder de los jueces para modificar, cambiar o invalidar normas jurídicas existentes está guiado por ciertos objetivos y por ciertos tipos de justificaciones permisibles. No se les otorga el poder de modificar prácticas de castigo existentes por razones de eficiencia económica, por ejemplo, incluso si esas consideraciones son sólidas. El poder de los jueces está, por lo tanto, limitado y guiado por la prescripción de una Página 10 de 15

Positivismo jurídico excluyente

cierto tipo de consideraciones en las que pueden confiar.

Raz llamó a estas reglas que confieren poderes, guiadas y limitadas, "poder dirigido".28 El poder está dirigido aquí en dos aspectos: primero, está circunscrito por sus fines y razones legalmente prescritos. Segundo, es un tipo de poder que los sujetos de la norma (es decir, los jueces u otros funcionarios) tienen el deber legal de ejercer. A diferencia del caso típico de una regla que confiere poderes, que deja enteramente a la voluntad de los sujetos de la norma el ejercer el poder o no, un poder dirigido de este tipo obliga a ejercerlo. Como señaló Raz en detalle, estas reglas dirigidas que confieren poderes son omnipresentes en el derecho, y a menudo se aplican a los legisladores, así como a numerosos funcionarios, y no sólo **(p. 122)** a los jueces. El punto esencial, sin embargo, es este: incluso cuando las reglas que confieren poderes están dirigidas en las dos formas que mencionamos, su ejercicio *cambia* el derecho. Siempre que se hace uso de un poder legal se introduce un cambio en la ley en forma de creación de nuevos derechos y deberes que hasta entonces no formaban parte de la ley. Esto simplemente se desprende de la lógica del concepto de un poder legal, y es cierto para el ejercicio del poder tanto en el derecho privado como en el público. La idea general de una norma que confiere poder es proporcionar a los sujetos de la norma y a los funcionarios jurídicos una herramienta para introducir un cambio en la ley. Y esto, por supuesto, es cierto también para el poder judicial. Cuando se concede a los jueces un poder dirigido para interpretar la ley de acuerdo con ciertas consideraciones morales, se les da el poder de cambiar la ley de una manera limitada y guiada.

Aquí parece presentarse una dificultad evidente: si esto es tan simple, ¿por qué no se lo reconoce generalmente como tal?

¿Por qué la cortina de humo? La respuesta no es difícil de suponer: por razones que tienen que ver con la conveniencia institucional y tal vez con contingencias históricas, es típico que los poderes legislativos de los jueces deban ejercerse retrospectivamente: no sólo con respecto a las partes particulares que tienen frente a ellos, sino a menudo con respecto a muchas otras partes que pueden haber confiado en la norma anulada o modificada mucho antes de que comenzara cualquier litigio.

Es un caso típico, en el marco de la doctrina jurídica, que cuando los jueces declaran inconstitucional un determinado acto legislativo, por ejemplo, su decisión lo convierte en *nulo de pleno derecho* . Como tipo de poder legislativo, esa legislación retroactiva es ciertamente problemática. En primer lugar, porque crea la impresión de que debemos haber estado equivocados en cuanto a la forma en que habíamos entendido previamente la ley. Pero, sobre todo, se trata de una cuestión política: resulta, políticamente, sumamente incómodo admitir que las autoridades judiciales tengan un poder legislativo tan tremendo que tenga efectos retroactivos. De ahí la cortina de humo.

La función de conferir poder de los conceptos morales incorporados en la ley no es su única función, aunque es la más importante, particularmente en el contexto de la validez condicional. Otro uso típico de la terminología moral en el derecho se refiere a la referencia que pretende hacer a ciertas convenciones de la moralidad de una comunidad. En otras palabras, la referencia legal a términos morales a menudo no encarna más que una referencia a la moralidad positiva. Así, cuando una ley se refiere a nociones como "indecencia" u "obscenidad" y similares, bien puede no hacer más que prescribir una referencia a ciertos valores que prevalecen en la comunidad, que se supone que son ampliamente compartidos y reconocidos como tales. En tales casos, la referencia legal a la moralidad positiva no es diferente en esencia de otras numerosas referencias que la ley hace a las convenciones sociales, suponiendo (a veces

equivocadamente) que sus sujetos saben perfectamente bien cuáles son esas convenciones.29 Curiosamente, sin embargo, esa técnica de referencia legislativa a las convenciones morales es bastante precaria. Siempre se enfrenta al "peligro" de que los jueces interpreten realmente la referencia a los conceptos morales en el sentido anterior que he sugerido, es decir, como una regla que confiere poder, permitiéndoles cambiar la ley de acuerdo **(p. 123)** con lo que consideran como los valores morales correctos que se aplican al caso.

Y esto sucede a menudo.

¿Derecho implicado?

Hay, por último, otra versión del positivismo inclusivo que deberíamos considerar brevemente. Esta versión sostiene que el derecho se basa básicamente en fuentes, pero también incorpora aquellas normas que se *derivan* del derecho basado en fuentes. No estoy muy seguro de si esta versión del positivismo inclusivo es realmente sostenida por positivistas inclusivos, o fue inventada (y repudiada) por Joseph Raz.30 En cualquier caso, dado que parece tener cierta plausibilidad, deberíamos detenernos en ella por un momento. La idea básica es bastante simple, y puede parecer que está de acuerdo con el fundamento convencional del derecho: supongamos que un sistema jurídico, digamos, *Si* , contiene las normas *Ni … .*

n Supongamos además que las normas *Ni… n*

implican la verdad de una norma adicional, digamos, *Nx* . ¿No podemos concluir, entonces, que *Nx* también es legalmente válida en *Si* ? Pero, ¿qué significaría decir que *Nx* está implicada por *Ni …* ?

n Hay varias posibilidades aquí. En la noción más restringida de implicación, uno podría pensar en ella sólo en términos de implicación lógica. (Junto, supongo, con ciertas verdades acerca de los hechos). En la noción menos restringida, uno también podría pensar en ella como implicación moral-evaluativa. Si es el caso, por

Positivismo jurídico excluyente

Por ejemplo, que las normas *Ni…*

n encarna o manifiesta un principio moral *M* , y *M* moralmente requiere *Nx* , entonces *Nx* también es parte de *Si* . Esta última visión nos acerca mucho más, por supuesto, tanto a las visiones de Dworkin como al tipo de positivismo inclusivo que hemos considerado anteriormente.

A pesar de las considerables diferencias entre estas dos concepciones de la implicación, y quizás otras posibles concepciones intermedias, comparten un supuesto crucial: a saber, que el derecho es necesariamente coherente. Es imperativo señalar que no es el valor de la coherencia lo que está en cuestión aquí; para establecer la conclusión de que el derecho implicado es también derecho, no es suficiente suponer que la coherencia es un valor importante (incluso primordial) por el que debe guiarse la interpretación jurídica. El supuesto que se considera aquí es mucho más fuerte que eso. Es el supuesto de que el derecho es, como cuestión de necesidad, coherente; no puede ser otra cosa. De lo contrario, si solo mantiene que la coherencia es un valor, entonces el hecho de que una norma esté implicada por otras normas jurídicas no podría llevar a la conclusión de que es *una* norma jurídica en virtud de tal implicación; solo a que debería serlo.

Por lo tanto, la única pregunta que debemos hacernos ahora es si tiene sentido suponer que la ley es necesariamente coherente, lógica o no. Una respuesta negativa a esta pregunta es difícilmente negable. La coherencia puede ser un requisito necesario que **(p. 124)** atribuimos a las teorías, como tales. La incoherencia de una teoría normalmente indica que parte de ella es falsa. Pero la ley no es un dominio teórico. Es un dominio práctico, donde las numerosas complejidades de nuestras vidas están reguladas por normas, decisiones y fuerza. Bien puede ser deseable (¡hasta cierto punto!) que estas regulaciones se formen de manera coherente, pero ciertamente no se puede suponer que sea así, por necesidad. A priori, la ley no necesita ser coherente en absoluto.

Bueno, esto no es del todo exacto. Un cierto grado de coherencia es una necesidad práctica. Si la ley prescribiera de manera común y generalizada normas y decisiones contradictorias, habría creado tanta confusión que haría prácticamente imposible cumplir sus reglas. Esto, por supuesto, es una cuestión de grado. Ni la armonía perfecta ni la confusión total son opciones factibles. Siempre hay *un cierto nivel* de cumplimiento sin el cual la ley no sería posible, y hay *un cierto nivel* de coherencia sin el cual ese cumplimiento no sería posible. Pero la cuestión de dónde está el límite no es algo que deban responder los filósofos. Determinar el nivel real de tolerancia de la ley al incumplimiento y la confusión es una cuestión que corresponde a los sociólogos. Para nuestros propósitos, basta con darse cuenta de que existe un cierto nivel de tolerancia y de que no hay necesidad de que la ley sea lógicamente coherente o de otro modo coherente. Si se acepta esto, se sigue inmediatamente que no hay razón para suponer que el derecho implicado es derecho, sólo en virtud de tal relación de implicación, cualquiera que sea su naturaleza precisa.

Como comentario final para este capítulo, permítanme decir qué es lo que se puede concluir de nuestro análisis hasta ahora, y qué sería prematuro concluir. He tratado de presentar aquí al menos la plausibilidad inicial de una cierta versión del positivismo jurídico, que se capta mejor con la idea de la tesis de las fuentes. Esta versión del positivismo, he tratado de mostrar, se deriva de dos consideraciones principales: en primer lugar, se deriva del fundamento convencional del derecho y de la naturaleza de las convenciones sociales. En segundo lugar, se ve reforzada por la idea de Raz de que el derecho es esencialmente una práctica social autoritativa, y debe sostenerse que es capaz de marcar una diferencia práctica a ese respecto. Estas dos consideraciones, he argumentado, son suficientes para mostrar que la versión inclusiva del positivismo jurídico, que se suponía que formaba un punto intermedio entre el positivismo jurídico excluyente y la doctrina antipositivista de Dworkin, es insostenible. No existe tal punto intermedio. Sin embargo, la doctrina antipositivista de Dworkin no ha recibido respuesta. He demostrado que al menos algunas objeciones a la tesis de las fuentes, derivadas de las ideas de Dworkin, son

infundadas. Pero, por supuesto, hay muchos otros argumentos que aún esperan ser discutidos en detalle.

Notas:

Estoy en deuda con Jules Coleman, Joseph Raz y Scott Shapiro por discutir conmigo muchos de los temas presentados en este capítulo.

(1) Véase mi 'Convencionalismo jurídico', *Legal Theory* , 4 (1998), 509.

(2) 'Convencionalismo jurídico', n. 1 supra.

(3) Debe admitirse que la propia caracterización de Hart de las reglas de reconocimiento en el quinto capítulo de *The* El libro *Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1961; 2.ª ed., 1994), que destaca su papel en la solución del problema de la incertidumbre en el reconocimiento del derecho, podría ciertamente dar lugar a esta interpretación. Sin embargo, la explicación de Hart es ambigua. Según una interpretación posible y, en mi opinión, plausible, podemos leer la página 12 de 15 de Hart.

Positivismo jurídico excluyente

La idea del aspecto epistémico de las reglas de reconocimiento como una especulación histórica sugiere que el surgimiento de esas reglas fue impulsado, en gran parte, por la necesidad de certeza en la identificación del derecho. Según otra interpretación, que es menos plausible, la mejora de la certeza es la función o razón de ser de esas reglas. Véase también la posdata de Hart publicada en la segunda edición, p. 251.

(4) No quiero negar, por supuesto, que existen preocupaciones morales y políticas particulares que surgen de la existencia de ciertas instituciones jurídicas.

(5) Con una excepción importante: una revolución. Explicar los cambios revolucionarios de los sistemas jurídicos es un serio desafío para el convencionalismo, pero no puedo esperar enfrentarlo aquí.

(6) Véase J. Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Oxford University Press, 1994), cap. 9.

(7) En el capítulo 2 de mi libro *Positive Law and Objective Values* (Oxford: Oxford University Press, 2001), argumento que la pretensión de legitimidad del derecho se desprende necesariamente de su naturaleza autoritaria.

(8) Véase mi artículo 'Autoridades y personas', *Legal Theory* , 1 (1995), 337.

(9) Véase, por ejemplo, J. Coleman, 'Second Thoughts and Other First Impressions', en B. Bix (ed.), *Analyzing Law: New Essays. en Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1998), 257; HLA Hart, *The Concept of Law* , posdata, 2.ª ed., ed. J. Raz y P. Buloch (Oxford: Oxford University Press, 1994), 234.

(10) Esto no es del todo exacto: el convencionalismo se compromete con la idea de que el contenido del derecho es lo que los jueces y los abogados creen que es. No se compromete con la idea de que las opiniones de los jueces sobre la naturaleza de su actividad sean concluyentes respecto de algo. Como he sostenido en otras ocasiones, las personas pueden seguir las convenciones incluso si no son conscientes de la naturaleza convencional de las reglas que siguen. Véase la nota 1 supra.

(11) Véase, por ejemplo, WJ Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 1994), 113-17.

(12) Hart, posdata, pág. 250; propuesto recientemente por Jules Coleman, véase, por ejemplo, 'Second Thoughts and Other First Impressions', *Concept of Law* , n. 9 supra.

(13) Coleman ha dejado muy claro, sin embargo, que no cree que el positivismo inclusivo sea una característica necesaria del derecho: es posible, afirma, que exista un sistema jurídico cuyas reglas de reconocimiento prescriban el derecho basado en fuentes como condiciones exclusivas de legalidad. La tesis que reconoce esta posibilidad la denominó "positivismo negativo". Sin embargo, es menos

claro sobre la cuestión de si las restricciones basadas en fuentes son necesarias o no.

Es decir, si cree que podría darse el caso de que las reglas de reconocimiento no incorporen ninguna restricción de origen. ¿Podría la regla de reconocimiento prescribir únicamente que el derecho es lo que es moralmente correcto, o algo por el estilo?

(14) Si lo entiendo correctamente, esto es, al menos, parte del argumento de Coleman.

(15) La mañana puede ser un concepto vago. Las llamadas teorías epistémicas de la vaguedad sostienen que existe una verdad sobre los casos límite, sólo que no es cognoscible. (Véase, por ejemplo, T. Williamson, *Vagueness* (Londres: Routledge, 1994).) No encuentro convincentes las teorías epistémicas de la vaguedad, pero no forman parte de mi argumento aquí.

Los casos límite de las normas convencionales no tienen por qué derivar necesariamente de la vaguedad, y el argumento que se presenta aquí no tiene por qué tomar partido por ninguno de los debates filosóficos sobre la naturaleza de los conceptos vagos. El argumento se basa en la naturaleza de las convenciones.

(16) Hay una distinción obvia entre desacuerdo y malentendido. La gente puede, por supuesto, malinterpretar una convención. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no puede ser que casi todo el mundo malinterprete una convención. Las convenciones son, en esencia, lo que la gente cree que son.

(17) Lo que realmente sucedió aquí es que los positivistas inclusivos cometieron el error de intentar darle la vuelta a uno de los argumentos más importantes de Dworkin contra el fundamento convencional del derecho. Fue Dworkin quien insistió en que existe derecho en esos casos controvertidos y, por lo tanto, no tiene sentido suponer que las normas jurídicas derivan su validez de las reglas convencionales de reconocimiento. Cuando la aplicación de la convención es controvertida, no hay convención al respecto. Dado que los jueces y los abogados suponen que,

no obstante, existe derecho en esos casos, se sigue que el derecho no puede derivar su validez de las convenciones. Mi argumento muestra que los positivistas inclusivos

Positivismo jurídico excluyente

El argumento positivista que estamos considerando no es una respuesta coherente a Dworkin. O bien Dworkin tiene razón, es decir, que existe derecho en esos casos controvertidos, en cuyo caso el convencionalismo es falso, o bien el positivismo fuerte tiene razón, en cuyo caso la conclusión apropiada es que no existe derecho en los casos controvertidos, a pesar de la retórica de los jueces. No hay un punto intermedio aquí, al menos en lo que respecta a este argumento.

(18) Véase, por ejemplo, Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* , n. 11 supra.

(19) 'Realismo, positivismo duro y análisis conceptual', *Teoría jurídica* , 4 (1998), 533.

(20) Véase Coleman, 'Incorporacionismo, convencionalidad y la tesis de la diferencia práctica', *Legal Theory* , 4

(1998), 381, pág. 414. Un argumento similar fue presentado por Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* , 11 supra, págs. 129-140.

(21) Coleman, 'Incorporacionismo'.

(22) Este problema es demasiado familiar y no intentaré desarrollarlo más aquí.

(23) Scott Shapiro ha sostenido que, en el caso de los jueces, las dos funciones potenciales de las reglas de reconocimiento coinciden en realidad, y por lo tanto el argumento fracasa por sí mismo. Véase S. Shapiro, 'The Difference that Rules Make', en B. Bix (ed.), *Analysing Case Law: New Essays in Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1998), 33, pág. 60.

Sin embargo, este argumento no me convence del todo. Como he sostenido antes, la función de las reglas constitutivas de reconocimiento no es epistémica, y no creo que esto cambie en lo que respecta a los jueces. Las reglas constitutivas del ajedrez, por ejemplo, cumplen las mismas funciones para los jugadores que para el árbitro del juego: constituyen lo que es el juego. Las convenciones constitutivas, ya sea en ajedrez o en derecho, simplemente definen las reglas del juego.

(24) Véase 'Segundas reflexiones y otras primeras impresiones', n. 9 supra.

(25) Coleman es cauto y no debe confundir la cuestión de qué puede considerarse una autoridad práctica con la cuestión diferente e irrelevante de qué se requiere para que una autoridad sea eficiente. Como Coleman reconoce acertadamente, el argumento de Raz no depende de tales consideraciones de eficiencia.

(26) Véase, por ejemplo, RM Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), pág. 429; Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* , n. 11 supra, pág. 136.

(27) *Interpretación y teoría jurídica* (Oxford: Oxford University Press), 118.

(28) Raz, *Ética en el dominio público* , n. 6 supra, cap. 10.

(29) Las referencias a cuestiones de moralidad sexual, que hasta hace muy poco se han utilizado de forma generalizada en los códigos penales, son un buen ejemplo de esa dependencia de las convenciones de moralidad comunitaria.

(30) Véase su *Ética en el dominio público* , n. 6 supra, págs. 210-214.

Andrei Marmor

Andrei Marmor es profesor asociado en el Centro Interdisciplinario de Hertzlia (Israel) y profesor visitante de

largo plazo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.





Positivismo jurídico inclusivo

Manuales de Oxford en línea

Positivismo jurídico inclusivo

Kenneth Einar Himma

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0004

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo describe algunas de las críticas más influyentes al positivismo inclusivo. Discute en detalle tres tesis: la Tesis del Hecho Social, la Tesis de la Convencionalidad y la Tesis de la Separabilidad. La versión modificada de la Tesis del Hecho Social explica la validez de las normas de primer orden. La Tesis de la Convencionalidad Débil da una explicación más detallada del hecho social que explica la autoridad de los criterios de validez. La Tesis de la Convencionalidad Fuerte afirma que los funcionarios están obligados a aplicar los requisitos de la regla de reconocimiento en el desempeño de sus

funciones oficiales. La Tesis de la Separabilidad, fundamento del positivismo, afirma que la ley y la moral son conceptualmente distintas. Este artículo presenta la reseña histórica de la Tesis de la Incorporación. Los críticos del positivismo inclusivo han desarrollado una serie de argumentos que pretenden demostrar que el positivismo jurídico inclusivo es conceptualmente incoherente.

Por último, se analizan dos componentes de la Tesis de Incorporación, el Componente de Necesidad y el Componente de Suficiencia.

Palabras clave: positivismo inclusivo, Tesis del Hecho Social, Tesis de la Convencionalidad, Tesis de la Separabilidad, Tesis de la Incorporación LA base conceptual del positivismo jurídico consiste en tres compromisos: la Tesis del Hecho Social, la Tesis de la Convencionalidad y la Tesis de la Separabilidad. La Tesis del Hecho Social afirma que la existencia del derecho es posible gracias a ciertos tipos de hechos sociales. La Tesis de la Convencionalidad afirma que los criterios de validez son de carácter convencional. La Tesis de la Separabilidad, en el nivel más general, niega que haya una superposición necesaria entre el derecho y la moral.

Si bien la Tesis de la Separabilidad implica que no existen criterios morales *necesarios* para la validez jurídica, deja abierta la cuestión de si existen criterios morales de validez *posibles* . Los positivistas jurídicos inclusivos (también conocidos como positivistas blandos e incorporacionistas) creen que puede haber tales criterios; es decir, creen que existen sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que los criterios de validez jurídica incluyen (o incorporan) principios morales. Entre los positivistas inclusivos destacados se encuentran HLA Hart, Jules Coleman, WJ Waluchow y Matthew Kramer. Los positivistas jurídicos excluyentes (también conocidos como positivistas duros) niegan que pueda haber criterios morales de validez. Los positivistas excluyentes, como Joseph Raz, Scott Shapiro y Andrei Marmor, afirman que la existencia y el contenido del derecho siempre pueden determinarse por referencia a fuentes sociales.

(p. 126) 1 Fundamentos conceptuales del positivismo

1.1 La tesis del hecho social

El más fundamental de los compromisos centrales del positivismo es la Tesis del Hecho Social, que afirma que el derecho es, en esencia, una creación o un artefacto social. Lo que distingue a las normas jurídicas de las normas no jurídicas, según esta tesis, es que las primeras ejemplifican una propiedad que hace referencia a algún hecho social. La ocurrencia del hecho social relevante, entonces, es lo que en última instancia explica la existencia de un sistema jurídico y lo constituye como un Página 1 de 28

Positivismo jurídico inclusivo

artefacto.

Si bien todos los positivistas están comprometidos con la Tesis del Hecho Social, difieren con respecto a qué hecho social es esencial para la explicación de la validez legal. Siguiendo a Jeremy Bentham, John Austin sostiene que la característica distintiva de un sistema legal es la presencia de un soberano que es obedecido habitualmente por la mayoría de las personas en la sociedad, pero que no tiene el hábito de obedecer a nadie más. En la visión de Austin, una regla *R* es legalmente válida (es decir, es una ley) en una sociedad *S* si y solo si (1) *R* es la orden del soberano en *S* ; y (2) *R* está respaldada por la amenaza de una sanción. Por lo tanto, el hecho social que explica la existencia de cualquier sistema legal, en la visión de Austin, es la presencia de un soberano dispuesto y capaz de imponer una sanción por el incumplimiento de sus órdenes.

Hart rechaza la versión de Austin de la Tesis del Hecho Social por varias razones, pero la principal de ellas es que

pasa por alto la existencia de metarreglas que tienen como objeto las propias reglas de primer orden:

También se puede decir que las [meta-reglas] se encuentran en un nivel diferente de las reglas [de primer orden], ya que todas ellas se refieren *a* dichas reglas; en el sentido de que, mientras que las reglas [de primer orden] se refieren a las acciones que los individuos deben o no deben realizar, estas [meta-]reglas se refieren a las reglas

[de primer orden] mismas. Especifican la forma en que las reglas [de primer orden] pueden determinarse de manera concluyente, introducirse, eliminarse, modificarse y determinarse de manera concluyente el hecho de su violación.2

(p. 127) Hart distingue tres tipos de metarreglas que marcan la transición de las formas primitivas del derecho a las formas completas del derecho.

En los sistemas jurídicos desarrollados, se distinguen dos tipos de reglas: (1) la regla de reconocimiento, que 'especifica alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida se toma como una indicación afirmativa concluyente de que es una regla del grupo' (*CL* , 92); (2) la regla de cambio, que permite a una sociedad crear, eliminar y modificar normas válidas; y (3) la regla de adjudicación, que proporciona un mecanismo para determinar si se ha violado una norma válida. En la visión de Hart, entonces, cada sociedad con un sistema jurídico desarrollado tiene una meta-regla de reconocimiento que proporciona criterios para crear, cambiar y adjudicar normas jurídicamente válidas.

En definitiva, lo que falla en la versión de Austin de la tesis del pedigrí es lo siguiente: como Austin considera que el derecho penal de primer orden es paradigmático de todo contenido jurídico, cree que la presencia de un soberano coercitivo es esencial para explicar la existencia del derecho. Como Austin explica así que todo derecho tiene su origen en el soberano, no se da cuenta de que la afirmación de que el contenido jurídico de primer orden tiene su origen en el soberano define una metanorma jurídica y, por lo tanto, pasa por alto la posibilidad de otras metarreglas de reconocimiento distintas de la que valida únicamente las órdenes coercitivas del soberano. Si bien ésta puede ser una posible regla de reconocimiento, Hart cree que hay muchas otras posibilidades; cada sociedad debe decidir el contenido de sus criterios de validez.

Según Hart, entonces, es la presencia de una regla vinculante de reconocimiento, y no la presencia de un soberano capaz de obligar a su cumplimiento, lo que da origen a un sistema jurídico. Y, para Hart, existe una regla

vinculante de reconocimiento *RoR* en una sociedad *S* cuando se satisfacen dos condiciones: (1) los criterios de validez contenidos en *RoR* son aceptados por los funcionarios en *S* como estándares de conducta oficial; y (2) los ciudadanos en *S* generalmente y cumplen con las reglas de primer orden validadas por *RoR* . Por lo tanto, según la versión de Hart de la Tesis del Hecho Social, la existencia de una regla de reconocimiento que satisface (1) y (2) es el hecho social que da origen al derecho.

Así interpretada, la tesis del hecho social explica la autoridad de los criterios de validez en términos de un conjunto de hechos sociales y, por lo tanto, conceptualiza el derecho como un artefacto.3 Según la versión de Hart de la tesis, el hecho social relevante es la aceptación de los funcionarios; según la versión de Austin, el hecho social relevante es la capacidad del soberano para obligar al cumplimiento. Pero, en cualquier caso, dado que los criterios de validez son autoritativos en virtud de que ejemplifican cierta propiedad social, el sistema legal al que dan lugar es una creación humana. De acuerdo con la tesis del hecho social, entonces, es una verdad conceptual que el derecho es un artefacto social.

Aunque la tesis del hecho social es más útil si se la interpreta como una explicación de la autoridad de los criterios de validez, también puede interpretarse como una explicación de la autoridad de *las normas jurídicas de primer orden* . Según esta interpretación de la versión de Austin de la tesis, una norma jurídica de primer orden es válida porque es el mandato de un soberano que la respalda **(p. 128)** con una sanción. Es la validez de las normas de primer orden, más que la autoridad de la metanorma, lo que se explica en términos del hecho social relevante; dichas normas son válidas porque ejemplifican una propiedad social compleja que involucra al soberano, sus intenciones y sus súbditos.4

Esta segunda versión de la Tesis del Hecho Social opera al mismo nivel que la llamada Tesis del Pedigrí.

Según la Tesis del Pedigrí, la regla de reconocimiento proporciona criterios que validan sólo las normas promulgadas de acuerdo con ciertos requisitos de procedimiento; desde este punto de vista, una norma es legalmente válida en virtud de tener el tipo correcto de fuente o pedigrí. Austin suscribe la Tesis del Pedigrí; desde su punto de vista, la fuente apropiada que da lugar a la validez legal es el soberano. La Tesis de la Fuente de Raz también parece ser una versión de la Tesis del Pedigrí. Dado que la Tesis del Pedigrí explica la validez de las normas de primer orden en términos de hechos sociales, implica esta versión de la Tesis de los Hechos Sociales.

Sin embargo, esta versión de la Tesis del Hecho Social no implica la Tesis del Pedigrí. Podría haber, por ejemplo, una regla de reconocimiento que validara aquellas normas que tienen un pedigrí apropiado junto con normas ("normas derivadas") que se encuentran en alguna relación lógica (o moral) con las normas que tienen un pedigrí apropiado. En el fondo, la validez de toda norma jurídica puede explicarse en términos de algún hecho social; pues la validez de las normas derivadas depende de su posición en la relación apropiada con las normas que son válidas en virtud de algún hecho social. Por esta razón, si cambia el estatus jurídico de la norma de pedigrí subyacente, también cambia el estatus jurídico de la norma derivada. La validez de la norma derivada depende, por lo tanto, podríamos decir, *inmediatamente* de la relación de su contenido con el contenido de la norma de pedigrí, pero *en última* instancia de la instanciación por parte de la norma de pedigrí de los hechos sociales relevantes. Así pues, aunque esta versión de la Tesis del Hecho Social opera en el mismo nivel que la Tesis del Pedigrí, ambas tesis no son idénticas.

Todos los positivistas aceptan la Tesis del Hecho Social en lo que respecta a la autoridad de la metarregla; esto es parte del fundamento compartido que distingue al positivismo jurídico de otras teorías conceptuales del derecho. Si bien muchos positivistas aceptan la Tesis del Hecho Social en lo que respecta a la validez de las reglas de primer orden, no todos lo hacen. De hecho, la distinción entre positivismo exclusivo e inclusivo puede expresarse en términos de esta versión de la Tesis del Hecho Social. Los positivistas exclusivos aceptan, mientras que los

positivistas inclusivos rechazan, la segunda versión de la Tesis del Hecho Social. Como veremos, algunos positivistas inclusivos creen que puede haber normas que sean jurídicamente válidas en virtud de su contenido moral.

independientemente de si dichas normas guardan una relación lógica con normas que tienen un pedigrí apropiado.

(p. 129) Aun así, es importante tener en cuenta que los positivistas inclusivos hartianos deben aceptar, no obstante, que en todo sistema jurídico conceptualmente posible habrá instituciones que permitan la existencia de normas de primer orden que sean válidas, al menos en parte, debido a algún hecho social. Simplemente no podría haber un sistema jurídico en el que la metarregla de reconocimiento se agote en criterios de validez basados en el contenido. En la visión de Hart, por ejemplo, la regla simple "todas y sólo las reglas morales son jurídicamente válidas" no podría ser una regla de reconocimiento porque no proporciona ningún mecanismo para cambiar y juzgar el derecho. Un sistema de reglas de ese tipo, en la visión de Hart, sería, en el mejor de los casos, una forma rudimentaria o primitiva de derecho; pero no sería un sistema jurídico porque carece de la maquinaria institucional apropiada para crear, cambiar y juzgar el derecho.5

En consecuencia, la teoría del derecho de Hart requiere correctamente la presencia de ciertas instituciones mediante las cuales el derecho puede ser creado, modificado y juzgado. Esto, como veremos, no debe interpretarse como que excluye en la teoría de Hart una regla de reconocimiento que pueda validar algunas normas únicamente en virtud de su contenido. Pero esto sí implica que la regla de reconocimiento debe definir ciertas estructuras institucionales, como las legislaturas y los tribunales, que hacen posible la existencia de normas de primer orden que sean válidas, al menos en parte, en virtud de su pedigrí social. Por esta razón, no podría existir un sistema jurídico definido *enteramente* por la metarregla "todas y sólo las reglas morales son jurídicamente válidas".

Hart, entonces, acepta una versión modificada de la Tesis del Hecho Social tal como funciona para explicar la validez de las normas de primer orden: en todo sistema jurídico conceptualmente posible, hay instituciones que hacen posible la existencia de normas jurídicas que son válidas, al menos en parte, porque se satisfacen ciertas condiciones sociales. Y dada la plausibilidad de esta tesis, también debe atribuirse al positivismo inclusivo en general.

1.2 Las tesis de la convencionalidad

1.2.1 La tesis de la convencionalidad débil

La tesis de la convencionalidad débil complementa la versión de Hart de la tesis del hecho social con una explicación más profunda y detallada del hecho social que explica la autoridad de los criterios de validez. Lo que explica la autoridad de los criterios de validez en cualquier sistema jurídico conceptualmente posible, según esta tesis, es que dichos criterios constituyen los términos de una convención social entre las personas que funcionan como funcionarios. Como describe Coleman la tesis, "el derecho se hace posible gracias a una convergencia interdependiente **(p. 130)** de comportamiento y actitud... entre 6

individuos expresados en una regla social o convencional'.6

La existencia de una convención social depende de la convergencia *tanto de* la conducta como de la actitud.7 Muchas personas, por ejemplo, coinciden en ponerse los dos calcetines antes de ponerse los zapatos, pero sería incorrecto caracterizar esa conducta como constitutiva de una convención, pues nadie estaría inclinado a criticar a alguien que se pone un calcetín y un zapato en un pie antes de ponerse el otro. Pero si la gente de repente viera que una conducta desviada con respecto al orden de ponerse los zapatos y los calcetines es motivo de censura, eso sería suficiente para constituir una determinada manera de ponerse los calcetines y los zapatos como una convención.

Una convención social, entonces, está constituida por una convergencia tanto de la conducta como de la actitud: además de una conducta conforme, debe haber una creencia compartida de que el incumplimiento es un motivo legítimo de crítica.

La existencia de la ley, entonces, es posible gracias a una convergencia de comportamiento y actitud. Como dice Hart:

'aquellas reglas de conducta que son válidas según los criterios últimos de validez del sistema deben ser generalmente obedecidas, y... sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez legal y sus reglas de cambio y adjudicación deben ser efectivamente aceptadas como estándares públicos comunes de conducta oficial por sus funcionarios' (*CL* , 113). Así, la Tesis de la Convencionalidad Débil explica la existencia del derecho en términos de que existe una regla *convencional* de reconocimiento que valida las normas que son mínimamente eficaces para regular la conducta ciudadana.

Si bien casi todos los positivistas, tanto excluyentes como inclusivos, coinciden en que los criterios de validez tienen autoridad en virtud de una convención social de algún tipo,8 no están de acuerdo en el carácter de la convención que confiere autoridad a los criterios de validez. En un momento dado, Coleman sostuvo la opinión de que los criterios de validez se caracterizan mejor como una convención de coordinación:

La regla de reconocimiento resuelve el problema de coordinación que supone establecer un conjunto particular de criterios de validez. Si es una buena idea tener una ley, entonces es claramente mejor que se acuerde un conjunto de criterios que que no haya acuerdo, incluso si los individuos difieren entre sí en cuanto a su clasificación de las opciones. (*ICP* , 398)

Así, una vez que se establece que un sistema jurídico es deseable por alguna razón (que puede o no estar relacionada con la solución de un problema de coordinación), será necesario acordar un conjunto de criterios para determinar qué propiedades debe tener una

norma para ser ley. Por supuesto, diferentes individuos pueden preferir diferentes criterios, pero es de suponer que cada uno tiene una preferencia más fuerte por el estado de cosas en el que todos los funcionarios reconocen los mismos criterios que por el estado de cosas en el que cada funcionario reconoce sus propios criterios preferidos.

(p. 131) En respuesta, Marmor rechaza la idea de que la regla convencional de reconocimiento pueda modelarse como una solución a un problema de coordinación:

Parece un poco extraño afirmar que las reglas que constituyen el juego de ajedrez son soluciones a un problema recurrente de coordinación. Antes del juego de ajedrez, simplemente no había ningún problema que resolver. ... "Tengamos un juego intelectual competitivo" o algo así no es un problema de coordinación. ... Si lo fuera, entonces

"Tengamos una Constitución justa" también sería un problema de coordinación, y, por supuesto, no lo es.9

El problema, según Marmor, es que la existencia de una convención de coordinación supone que las partes tienen una preferencia más fuerte por el acuerdo sobre una solución que por cualquier solución sustantiva particular. Pero, como señala, a la gente no le es indiferente el contenido de los criterios de validez: "A todos nos importa mucho quién hace la ley y cómo debe ser promulgada" (*LC* , 517).

En cambio, Marmor caracteriza la regla de reconocimiento como una convención constitutiva. Las convenciones constitutivas se distinguen de las convenciones de coordinación en que las primeras "constituyen el punto o valor de la actividad misma, y es en este sentido que podemos hablar de prácticas autónomas" (*LC* , 521). Así como, según Marmor, las reglas convencionales del ajedrez crean o constituyen el juego autónomo del ajedrez, los criterios convencionales de validez crean o constituyen la práctica social autónoma del derecho.

Por diferentes razones, Coleman rechaza su opinión anterior de que la regla de reconocimiento es

necesariamente una convención de coordinación. Según Coleman, "impondría una restricción arbitraria y sin fundamento a nuestro concepto de derecho estipular que la práctica social entre funcionarios necesaria para la existencia de una regla de reconocimiento debe ser siempre representable como un juego de conflicto parcial".10 La idea aquí es que, si bien una regla de reconocimiento está constituida en parte por una convergencia de actitudes, la actitud relevante no necesita estar respaldada por un conjunto de preferencias que no sean las mismas.

hace posible una solución a un problema de coordinación.1

1 Como señala Coleman, "la gran mayoría [de nuestra sociedad o

[Las prácticas convencionales] no pueden modelarse como soluciones a juegos de conflictos parciales (*POP* , 94).

Coleman cree que una explicación del carácter convencional del derecho debe buscarse en un nivel superior de abstracción. Siguiendo a Scott Shapiro, Coleman sostiene que la metarregla convencional de reconocimiento se considera más plausiblemente como una actividad cooperativa compartida (ACC).12 Coleman identifica tres rasgos característicos **(p. 132)** de una ACC: (1) cada participante en una ACC intenta adaptar su comportamiento al comportamiento de los otros participantes; (2) cada participante está comprometido con la actividad conjunta; y (3) cada participante está comprometido a apoyar los esfuerzos de los otros participantes para desempeñar sus roles apropiados dentro de la actividad conjunta. Una ACC, entonces, permite a los participantes coordinar su comportamiento y también proporciona “un marco de referencia que estructura la negociación relevante” entre [los participantes] sobre cómo debe proceder la actividad conjunta” (*POP* , 97).

Lo que es conceptualmente esencial para la práctica social que constituye una regla convencional de reconocimiento es, entonces, que tenga la estructura normativa de una SCA. Es una verdad conceptual acerca del derecho que los funcionarios deben coordinar su comportamiento entre sí de diversas maneras que respondan a las intenciones y acciones de los demás; lo que un juez, por ejemplo, hace en un caso particular depende de lo que otros jueces han hecho en casos similares. De manera similar, es una verdad conceptual que los funcionarios deben comprometerse con la actividad conjunta y con el apoyo mutuo; los funcionarios responsables de promulgar leyes requieren una garantía de apoyo continuo de los funcionarios responsables de hacer cumplir y ejecutar esas leyes. En ausencia de las características normativas constitutivas de una SCA, según Coleman, la práctica jurídica no es conceptualmente posible.13

1.2.2 La tesis de la convencionalidad fuerte

Siguiendo a Hart, Coleman sostiene que es una verdad conceptual sobre el derecho que la regla de reconocimiento impone a los funcionarios un deber jurídico de ajustarse a sus criterios de validez. Así, Coleman y Hart suscriben: La tesis de la convencionalidad fuerte: la regla convencional de reconocimiento es una regla que impone deberes.

La tesis de la convencionalidad fuerte sostiene que los funcionarios están *obligados* a aplicar los requisitos de la regla de reconocimiento en el ejercicio de sus funciones oficiales y que es la regla de reconocimiento la que da lugar autónomamente a esta obligación. Por supuesto, los funcionarios también pueden estar *moralmente* obligados a aplicar la regla de reconocimiento; pero la existencia o no de tal obligación es una cuestión contingente que depende de su contenido. Por el contrario, es parte de la naturaleza misma del derecho, según la tesis de la convencionalidad fuerte, que la regla de reconocimiento obligue autónomamente a los funcionarios a ajustarse a sus criterios de validez.

Aunque Raz y Marmor aceptan que los criterios de validez son convencionales y, por lo tanto, aceptan la tesis de la convencionalidad débil, ambos rechazan la tesis de la

convencionalidad fuerte **(p. 133)** . Raz, por ejemplo, rechaza la visión hartiana de que los criterios de validez constituyen parte del derecho: Me parece que para responder a la pregunta de si una determinada ley sugerida existe como ley en un determinado sistema jurídico, en última instancia, uno debe referirse no a una ley sino a un criterio jurisprudencial. En última instancia, uno debe referirse a un enunciado general que no describe una ley sino una verdad general acerca del derecho.14

Hart y Coleman, por supuesto, niegan que la regla de reconocimiento sea válida (la idea de que los criterios de validez podrían ser válidos en sí mismos es incoherente), pero sostienen que es parte de la ley. Por el contrario, Raz cree que los criterios de validez no son válidos ni forman parte de la ley. Si bien los criterios de validez pueden expresarse en una regla proposicional de reconocimiento, no operan para regular la conducta de los funcionarios. Por lo tanto, según la opinión de Raz, la regla de reconocimiento en realidad no es una regla en absoluto: no impone deberes ni guía (en el sentido relevante) la conducta oficial.

Marmor es más firme al rechazar la Tesis de la Convencionalidad Fuerte, creyendo que una convención social, por sí misma, nunca puede dar lugar a una obligación:

Desde un punto de vista moral o político, las reglas de reconocimiento, por sí mismas, no pueden ser consideradas como fuentes de obligación. El que los jueces, o cualquier otra persona, deban o no respetar las reglas de reconocimiento de un sistema jurídico es una cuestión puramente moral que sólo puede resolverse mediante argumentos morales. ... Y esto es más general: la existencia de una práctica social, en sí misma, no impone a nadie la obligación de practicarla. (*LC* , 530)15

Positivismo jurídico inclusivo

En la visión de Marmor, una convención constitutiva puede dar lugar a una institución que tiene sus propios valores y

objetivos, pero nunca puede dar lugar a una razón autosuficiente para participar en esa institución: "[así como] las reglas constitutivas del fútbol no pueden resolver por mí la cuestión de si debo jugar al fútbol o no[,] las reglas de reconocimiento no pueden resolver por el juez, o por cualquier otra persona, si uno debe jugar según las reglas de la ley o no" (*LC* , 530).

Irónicamente, el escepticismo de Marmor sobre la capacidad de una convención para dar lugar de manera autónoma a una obligación puede derivar en última instancia de las propias razones de Hart para rechazar la explicación de Austin sobre la obligación jurídica. Hart rechazó la opinión de Austin con el argumento de que la aplicación institucional de la fuerza coercitiva no puede dar lugar a una obligación, al igual que la aplicación de la fuerza coercitiva por parte de un pistolero. Parafraseando a Hart **(p. 134)** , la orden de un pistolero puede *obligar* a la obediencia, pero nunca puede *obligar* a la obediencia.

Lamentablemente, Hart no proporcionó recursos teóricos para aislar su punto de vista de su propia crítica a Austin. Como es evidente, la situación no es diferente si el pistolero adopta el punto de vista interno con respecto a su autoridad para hacer tal amenaza. A pesar de la creencia del pistolero de que tiene derecho a hacer la amenaza, la víctima está obligada, pero no obligada, a cumplir las órdenes del pistolero. La conducta del pistolero no es menos coercitiva simplemente porque crea que tiene derecho a hacer la amenaza. De la misma manera, un sistema de derecho no es menos coercitivo simplemente porque los funcionarios adopten el punto de vista interno con respecto a la regla de reconocimiento.

Si bien el objetivo del análisis de Coleman de la regla de reconocimiento como una SCA es hacer explícita la estructura normativa de la práctica social que la sustenta, también contribuye en gran medida a rescatar a Hart de su propia crítica a Austin. Parte del problema para Hart es que su análisis del punto de vista interno parece incapaz de explicar cómo una regla de reconocimiento podría dar lugar a obligaciones autónomas.16 Adoptar el punto de vista interno con respecto a la regla no puede implicar más que considerarla como un estándar para criticar la

conducta desviada; de hecho, Hart cree que un funcionario puede aceptar la regla de reconocimiento por cualquier razón, incluidas las razones puramente prudenciales. Pero, por sí misma, la aceptación unilateral de una regla como estándar por parte de una persona no puede obligarla a cumplirla; por ejemplo, un funcionario cuya actitud hacia la regla de reconocimiento cambia no puede extinguir por ello sus obligaciones en virtud de la regla. Por esta razón, una mera convergencia de aceptaciones independientes entre funcionarios no puede obligar a ninguno de ellos a cumplir la regla.17

Es aquí donde la noción de una SCA podría contribuir a una explicación de cómo una práctica social puede dar lugar a obligaciones. La noción de una SCA implica más que una mera convergencia de aceptaciones unilaterales de la regla de reconocimiento. Implica un *compromiso conjunto* de parte de los participantes con la actividad regida por la regla de reconocimiento. Como Coleman señala con respecto a los jueces, "la mejor explicación de la capacidad de respuesta de los jueces entre sí es su compromiso con el objetivo de hacer posible la existencia de una práctica jurídica duradera" (*POP* , 97).

Y no hay ningún misterio (al menos no uno que un teórico del derecho esté obligado a resolver) acerca de cómo los compromisos conjuntos pueden dar lugar a obligaciones; en la medida en que tales compromisos induzcan confianza y un conjunto justificado de expectativas (ya sea explícitamente o no), pueden dar lugar a **(p. 135)** obligaciones. Por lo tanto, si es una verdad conceptual que toda regla de reconocimiento tiene la estructura de una SCA, también es una verdad conceptual que toda regla de reconocimiento impone una obligación institucional por parte de los funcionarios.

Sin embargo, si bien el análisis de Coleman muestra cómo una regla de reconocimiento hartiana podría dar lugar a obligaciones por parte de los funcionarios, sólo ofrece una defensa parcial de Hart contra su propia crítica a Austin. El mero hecho de que los *funcionarios* se comprometan a realizar una actividad legal no puede dar lugar a una obligación por parte de *los ciudadanos* de cumplir con las leyes dictadas por los funcionarios como parte de este

compromiso. Una regla de reconocimiento hartiana, por ejemplo, puede obligar a los miembros de una comunidad religiosa a evaluar incluso el comportamiento de los no miembros sobre la base de leyes religiosas, pero no puede obligar a los no miembros a cumplir esas leyes. Por lo tanto, si el ejemplo del pistolero de Hart es una crítica válida a Austin, un sistema jurídico mínimo en el que no hay compromiso por parte de los ciudadanos de seguir un sistema legal no puede dar lugar a una obligación por parte de los ciudadanos de cumplir con sus leyes. En la medida en que esas leyes sean aplicadas por el poder policial del estado, el sistema jurídico mínimo de Hart, incluso complementado con la noción de una regla de reconocimiento hartiana, no es menos coercitivo que el sistema jurídico austiniano.18

1.3 La tesis de la separabilidad

La tesis final que constituye el fundamento del positivismo es la tesis de la separabilidad. En su forma más general, la tesis de la separabilidad afirma que el derecho y la moral son conceptualmente distintos. Esta formulación abstracta puede interpretarse de varias maneras. Por ejemplo, Klaus Füßer la interpreta como una afirmación de nivel meta de que el derecho y la moral son conceptualmente distintos.

Positivismo jurídico inclusivo

La definición de derecho debe estar completamente libre de nociones morales.19 Esta interpretación implica que cualquier referencia a consideraciones morales al definir las nociones relacionadas de derecho, validez legal y sistema legal es inconsistente con la Tesis de Separabilidad.

Más comúnmente, la Tesis de Separabilidad se interpreta como una afirmación a nivel de objeto sobre las condiciones de existencia para la validez legal. De acuerdo con la interpretación a nivel de objeto de la Tesis de Separabilidad, no es una verdad conceptual que los criterios de validez incluyan principios morales.20 Así, la interpretación a nivel de objeto afirma que existe un

sistema legal conceptualmente posible en el que la validez legal de una norma **(p. 136)** no depende de sus méritos morales. En otras palabras, la Tesis de Separabilidad afirma que existe al menos un sistema legal conceptualmente posible en el que los criterios de validez se basan exclusivamente en la fuente o el pedigrí.

2 Panorama histórico de la tesis de la incorporación

La tesis de separabilidad del positivismo niega que la legalidad de una norma dependa necesariamente de sus méritos morales sustantivos; como dice HLA Hart, "no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproduzcan o satisfagan ciertas demandas de moralidad, aunque de hecho lo hayan hecho a menudo" (*CL* , 185-6). En consecuencia, la tesis de separabilidad implica que es lógicamente posible que algo que constituye un sistema legal excluya las normas morales de los criterios que determinan si un estándar es legalmente válido. En un sistema legal de este tipo, no es una condición necesaria ni suficiente para que una norma sea legalmente válida que se ajuste a (o sea coherente con) un conjunto de normas morales.

Sin embargo, saber que puede haber sistemas jurídicos sin criterios morales de validez no nos dice nada acerca de si puede haber sistemas jurídicos *con* criterios morales de validez. Los positivistas inclusivos suscriben la Tesis de la Incorporación, según la cual hay sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que los criterios de validez incluyen normas morales sustantivas. En tales sistemas jurídicos, si una norma es jurídicamente válida depende, al menos en parte, de la relación lógica de su contenido con el contenido de las normas morales pertinentes.

La Tesis de Incorporación tiene dos componentes que corresponden a dos maneras en las que la validez de una norma podría depender de los méritos morales de su contenido. De acuerdo con el Componente de Suficiencia, existen sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que es condición suficiente para que una norma sea jurídicamente válida que reproduzca el contenido de algún principio moral. El Componente de Suficiencia permite, entonces, que una norma no promulgada pueda ser

jurídicamente válida en virtud de su contenido moral. De acuerdo con el Componente de Necesidad, existen sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que es condición necesaria para que una norma sea jurídicamente válida que su contenido sea consistente con algún conjunto de normas morales.2

1 Así, el componente de necesidad permite **(p. 137)** que la moral sirva como restricción al derecho promulgado; para que una norma sea válida no basta que su contenido esté en la relación lógica apropiada con el contenido de algunas normas morales.

el debate de Hart con Lon L. Ful er. *Moralidad del derecho* , Fuler sostuvo que la función conceptual del derecho es guiar el comportamiento.22 Para ser capaz de realizar la función conceptual del derecho, en la visión de Fuler, un sistema de reglas debe satisfacer los siguientes principios: (P1) las reglas deben expresarse en términos generales; (P2) las reglas deben promulgarse públicamente; (P3) las reglas deben ser (en su mayor parte) prospectivas en efecto; (P4) las reglas deben expresarse en términos comprensibles; (P5) las reglas deben ser consistentes entre sí; (P6) las reglas no deben requerir una conducta más allá de los poderes de las partes afectadas; (P7) las reglas no deben cambiarse con tanta frecuencia que el sujeto no pueda confiar en ellas; y (P8) las reglas deben administrarse de una manera consistente con su redacción (*ML* , 39). Ningún sistema de reglas que falle mínimamente en satisfacer estos "principios de legalidad", según Fuler, puede lograr el propósito del derecho de lograr el orden social mediante el uso de reglas que guíen el comportamiento.

Fuler creía que su teoría funcionalista del derecho tenía una importante ventaja sobre la teoría de Hart: los principios de legalidad operan como restricciones morales sobre la conducta de los legisladores y, por lo tanto, muestran que, contra Austin, los legisladores no necesariamente tienen una discreción ilimitada para hacer leyes. Desde el punto de vista de Fuler, la noción de Hart de una regla de reconocimiento es incompatible con cualquier tipo de restricción a la legislación promulgada: "Hart parece leer en esta caracterización [de la regla de

reconocimiento] la ... noción de que la regla no puede contener ninguna disposición expresa o tácita en el sentido de que la autoridad que confiere puede ser revocada" (*ML* , 137). En la medida en que no hay forma de restringir la autoridad para hacer leyes en la teoría de Hart, él está comprometido con la discreción ilimitada para hacer leyes, una proposición que es difícil de conciliar con lo que parecen ser restricciones a la ley promulgada en muchos sistemas legales.

Positivismo jurídico inclusivo

En respuesta, Hart negó la suposición de Fuler de que una regla de reconocimiento no puede contener restricciones sustantivas al comportamiento legislativo: '[U]na constitución podría incluir en sus restricciones al poder legislativo, incluso de su legislatura suprema, no sólo la conformidad con el debido proceso sino una disposición completamente general de que su poder legal debería caducar si sus promulgaciones alguna vez entraran en conflicto con los principios de moralidad y justicia'.23 Hart aquí está haciendo dos afirmaciones distintas: (1) el contenido de la legislación puede ser restringido por principios morales, como el debido proceso; y (2) el poder de la legislatura puede ser revocado si no logra hacer legislación en conformidad con la moralidad. **(p. 138)** No está claro si estas dos afirmaciones son en última instancia equivalentes; pero la primera es simplemente el componente de necesidad de la tesis de incorporación.

El componente de suficiencia de la tesis de incorporación fue, en cambio, desarrollado más tarde en respuesta al análisis de Dworkin de *Riggs v Palmer* (el "problema original").24 En *Riggs* , el tribunal consideró la cuestión de si se debía permitir a un asesino tomar algo en virtud del testamento de su víctima. En el momento en que se decidió el caso, ni los estatutos ni la jurisprudencia que regían los testamentos prohibían expresamente tales tomas. A pesar de ello, el tribunal se negó a conceder al acusado su regalo en virtud del testamento con el argumento de que hacerlo sería incompatible con el principio de que nadie debe beneficiarse de su propio mal (el principio *Riggs*). Dado

que los jueces habrían sido "legítimamente" criticados por no tener en cuenta este principio, el principio *Riggs* debe, según Dworkin, caracterizarse como parte del derecho de la comunidad.

Dworkin sostiene que el carácter jurídico del principio *Riggs* es incompatible con el positivismo porque la validez de un principio no puede derivar de criterios basados en el pedigrí o en la fuente: «[a]unque los principios se apoyan en los actos oficiales de las instituciones jurídicas, no tienen una conexión simple o directa con esos actos como para enmarcar esa conexión en términos de criterios especificados por alguna regla maestra de reconocimiento» (*TRS* , 41). Lo que explica la validez del principio *Riggs* , según Dworkin, no es su pedigrí o su fuente, sino más bien su contenido: el principio de que nadie debe beneficiarse de su propio mal es jurídicamente válido porque es un requisito moral de justicia.

El positivista tiene varias opciones para responder.2

5 Por ejemplo, el positivista puede argumentar que los jueces

En el *caso Riggs, los* jueces se apartaron de la ley al decidir el caso basándose en el principio moral de que nadie se beneficiará de su propio error. El principio *Riggs* , según esta línea de razonamiento, no es jurídicamente válido ni jurídicamente vinculante (de la misma manera que una ley de otro país podría ser jurídicamente vinculante para un juez en un caso que involucrara la ley de ese país). Los jueces del caso *Riggs* tenían libertad para aplicar o ignorar este principio como lo consideraran conveniente en el ejercicio de una fuerte discreción judicial. Pero, por supuesto, esta no es una respuesta plausible. La mera prevalencia de tales principios en la toma de decisiones judiciales y las expectativas del público con respecto a tales prácticas sugieren que los jueces están *obligados* a considerar tales principios al decidir casos difíciles, incluso si Dworkin resulta estar equivocado al pensar que son parte de la ley.

David Lyons adopta una estrategia diferente; en su opinión, la crítica de Dworkin se basa en una caricatura del

positivismo de Hart: La crítica de Dworkin... gira en torno a un error fundamental del positivismo jurídico, a saber, que el uso que hacen los positivistas del “pedigrí” como prueba de los estándares jurídicos excluye las pruebas de “contenido”. ... Hart afirma que podemos pensar en todo sistema jurídico como si tuviera una “regla de reconocimiento” que, si se formulara, establecería los criterios últimos que los funcionarios utilizan realmente para validar los estándares jurídicos. ... Hart parece no poner límites al tipo de prueba que podrían emplear los funcionarios **(p. 139)** , y la razón es simple: a diferencia de otras reglas jurídicas, se puede decir que la regla de reconocimiento existe sólo en virtud de la práctica real de los funcionarios. Nada más determina el contenido de esta regla. Las pruebas del derecho en un sistema son las que los funcionarios establecen...

y Hart no sugiere límites a las posibilidades.26

En la medida en que no existen restricciones al contenido de una regla de reconocimiento, ésta puede incorporar criterios de validez que hagan del mérito moral una condición suficiente para la validez jurídica. Por lo tanto, como señala Philip Soper, no hay nada en Hart que impida lógicamente una regla de reconocimiento que disponga que todas las disputas deben resolverse como lo exige la justicia.27

En general, se considera que Hart acepta el componente de suficiencia, pero nunca lo ha respaldado de manera clara e inequívoca. Lo más cerca que ha estado Hart de abrazar el componente de suficiencia es en sus comentarios en la posdata donde rechaza el positivismo de "hechos claros" en favor de la tesis de la incorporación: Dworkin, al atribuirme una doctrina de "positivismo de hechos claros", ha tratado erróneamente mi teoría... Página 8 de 28

Positivismo jurídico inclusivo

exigiendo... que los criterios de validez que la regla proporciona deben consistir exclusivamente en el tipo específico de hecho claro que él llama asuntos de “pedigrí”. ... [Esto] ignora mi reconocimiento explícito de que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterio de

validez legal la conformidad con principios morales o valores sustantivos. (*CL* , 250).

Por lo tanto, según Hart, la visión de Dworkin de que el positivismo está comprometido con criterios de validez basados exclusivamente en las fuentes malinterpreta la teoría de Hart: "no hay nada en mi [teoría que sugiera que] ... los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento deben ser únicamente cuestiones de pedigrí; pueden, en cambio, ser restricciones sustantivas al contenido de la legislación, como las Enmiendas Decimosexta o Decimonovena a la Constitución de los Estados Unidos" (*CL* , 250).

Si bien de este pasaje se desprende claramente que Hart apoya el componente de necesidad, no resulta tan claro que respalde el componente de suficiencia.28 Sin embargo, lo más plausible es interpretar a Hart como comprometido con ambos componentes. En primer lugar, como señala Lyons, Hart rechaza la idea de que existan restricciones al contenido de la práctica social que da lugar a la regla de reconocimiento; de hecho, el propio Hart afirma que "no hay... ninguna restricción lógica al contenido de la regla de reconocimiento".29 En segundo lugar, como sostiene Coleman, el objetivo de Hart al reafirmar la tesis de la incorporación en respuesta a Dworkin era mostrar que el positivismo podía dar cabida a su visión de que **(p.**

140) El principio *de Riggs* es legalmente válido porque es un requisito moral de justicia.30 Dado que sólo el componente de suficiencia puede dar cabida al análisis de Dworkin del *principio de Riggs* , es más plausible interpretar que Hart adopta ambos componentes de la tesis de incorporación.

Los positivistas excluyentes adoptan una estrategia diferente para responder al problema original. Rechazan el análisis de Dworkin sobre el principio de *Riggs* y sostienen que la autoridad del principio *de Riggs* debe explicarse en términos de que tiene una fuente autorizada. Por lo tanto, los positivistas excluyentes niegan la tesis de la incorporación y suscriben en cambio la tesis de la fuente, según la cual la existencia y el contenido del derecho

siempre pueden determinarse por referencia a sus fuentes sin recurrir al argumento moral.

Sin embargo, negar la tesis de la incorporación no obliga a los positivistas exclusivistas a negar el hecho obvio de que los sistemas jurídicos a menudo incluyen criterios de validez que se describen utilizando lenguaje moral. Los positivistas exclusivistas admiten, como deben, que los criterios de validez a menudo contienen lenguaje moral y que los jueces a menudo recurren a la argumentación moral al tomar decisiones sobre la validez de los actos judiciales y legislativos.

Lo que los positivistas excluyentes niegan es que la presencia de lenguaje moral en una regla de reconocimiento logre hacer que los requisitos morales formen parte de la ley; en otras palabras, niegan que disposiciones ostensiblemente morales en una regla de reconocimiento logren incorporar contenido moral a los criterios de validez.3

1 En cambio, argumentan que tal

Las disposiciones, si forman parte de la ley, deben interpretarse como instrucciones para que los tribunales consideren normas morales en determinadas circunstancias. Los positivistas excluyentes, por ejemplo, interpretan la Octava Enmienda como una exigencia de que los jueces consideren normas morales que prohíban la crueldad al determinar si se permite o no la administración de ciertos castigos; estas normas morales son vinculantes pero no son ley. El cumplimiento de esta directiva, por supuesto, requerirá que los jueces emprendan precisamente el tipo de argumento moral que parece ser común en los casos constitucionales. Pero los positivistas excluyentes insisten en que las decisiones judiciales sobre tales cuestiones implican necesariamente la creación de nuevas leyes en el ejercicio de **la** discreción judicial. Por lo tanto, desde esta perspectiva, las disposiciones de la regla de reconocimiento que incluyen lenguaje moral logran, como máximo, incorporar a la ley resoluciones judiciales sobre moralidad.32

Los positivistas inclusivos pueden parecer tener la opinión más fuerte, ya que su interpretación de las prácticas legales relevantes parece más fácil de conciliar tanto con el lenguaje de las directivas que incluyen términos morales como con las prácticas asociadas de abogados y jueces.33 Después de todo, la Octava Enmienda afirma que "el castigo cruel e inusual

[no se] infligirá" y no que "los jueces deberían consultar la noción moral de crueldad al decidir si mantienen un castigo". Pero los críticos del positivismo inclusivo han desarrollado una serie de argumentos que pretenden demostrar que el positivismo jurídico inclusivo es conceptualmente incoherente. Según estos críticos, que van desde antipositivistas como Dworkin hasta positivistas excluyentes como Raz y Shapiro, el positivismo inclusivo es insostenible porque la Tesis de Incorporación es incompatible con otros compromisos básicos del positivismo.

3 La tesis de la incorporación y la tesis del hecho social

En 'El modelo de reglas I', Dworkin anticipa la solución hartiana al problema original y la rechaza. En su opinión, la validez de los principios jurídicos no puede explicarse mediante una regla de reconocimiento que defina criterios puramente sociales.

validez:

No pudimos idear ninguna fórmula para comprobar cuánto y qué tipo de apoyo institucional es necesario para que un principio se convierta en un principio jurídico, y menos aún para fijar su peso en un orden de magnitud particular. Defendemos un principio particular lidiando con todo un conjunto de normas cambiantes, en desarrollo e interactuando...

sobre la responsabilidad institucional, la interpretación de los estatutos, la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, la relación de todos ellos con las prácticas

morales contemporáneas y una gran cantidad de otros estándares similares.

No podríamos juntar todas estas **cosas** en una sola "regla", ni siquiera una compleja, y si pudiéramos, el resultado tendría poca relación con la descripción de Hart de una regla de reconocimiento. (*TRS* , 40–1)34

El problema con la solución de Hart, entonces, es que una regla de reconocimiento no puede especificar cuánto peso debe recibir un principio porque su peso sólo puede determinarse mediante estrategias complejas de razonamiento moral que no pueden expresarse en una regla de reconocimiento.

Esta línea de crítica presupone que la función conceptual de una regla de reconocimiento es proporcionar una prueba que decida todas las cuestiones de derecho. De hecho, como Dworkin describe con frecuencia la opinión de Hart, es una verdad conceptual que "en todo sistema jurídico existe una prueba comúnmente aceptada para el derecho, en la forma de una regla social, y esto es suficiente para distinguir las reglas y principios jurídicos de los morales" (*TRS* , 60). Pero, según Dworkin, no puede haber una prueba para resolver cuestiones de derecho que involucren estándares con la dimensión del peso: el papel que tales estándares desempeñan en el razonamiento jurídico es demasiado complejo para ser capturado por algo tan simple como una prueba.

El argumento de Dworkin aquí fracasa porque no hay nada en el concepto de regla de reconocimiento que comprometa al positivista a afirmar que proporciona una prueba que elimina la incertidumbre acerca de lo que exigen las normas y principios jurídicamente válidos. Así, Hart escribe:

[Muchas de las críticas de Dworkin] se basan en una interpretación errónea de la función de la regla. Se supone que la regla está destinada a determinar completamente el resultado jurídico en casos particulares, de modo que cualquier cuestión jurídica que surja en cualquier caso podría resolverse simplemente apelando a los criterios o

pruebas previstos por la regla. Pero esto es un error de concepto. (*CL* , 258)

De hecho, Hart cree que la incertidumbre con respecto a lo que exige la ley es inevitable: “[c]ualquiera que sea el mecanismo... que se elija para la comunicación de normas de conducta, éstas, por muy bien que funcionen en la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación esté en cuestión, resultarán indeterminadas; tendrán lo que se ha denominado una *textura abierta* ” (*CL* , 127-8). Cuando una disputa jurídica involucra una cuestión de derecho que implica la textura abierta de una norma, “pueden surgir incertidumbres en cuanto a la forma de conducta requerida por ellas en casos concretos particulares” (*CL* , 126).

Además, como señala Coleman, una regla de reconocimiento no necesita cumplir ninguna función de identificación en absoluto: "La regla de reconocimiento establece condiciones de validez o membresía. Puede, pero no necesita, cumplir un papel epistémico. Puede, pero no necesita, proporcionar el vehículo a través del cual los individuos identifican la ley y su contenido" (*ICP* , 416). Como una cuestión de hecho empírico, la mayoría de los ciudadanos comunes y los abogados no usan directamente la regla de reconocimiento como una regla de identificación. En cambio, confían en reporteros oficiales y no oficiales **(p. 143)** que identifican oraciones que supuestamente fueron promulgadas de acuerdo con la regla de reconocimiento. Si bien estos individuos confían indirectamente en la regla de reconocimiento al confiar en que estos reporteros reproducen con precisión oraciones que satisfacen las condiciones de validación de la regla, no están usando la regla de reconocimiento directamente para identificar oraciones que dan lugar a una ley válida. Por supuesto, esto no excluye el uso de la regla de reconocimiento como una regla de identificación, pero sí muestra que la regla de reconocimiento no necesita servir como tal.

Lo esencial del concepto de regla de reconocimiento es que establece las condiciones que debe satisfacer una norma para que sea considerada jurídicamente válida. Así, la regla de reconocimiento establece condiciones de *validación* :

una norma jurídica tiene la propiedad de validez porque y sólo porque satisface los criterios contenidos en la regla de reconocimiento. Por ejemplo, la regla que prohíbe el homicidio intencional en Washington es válida porque y sólo porque fue promulgada por la legislatura de acuerdo con los procedimientos descritos en la regla de reconocimiento. La crítica de Dworkin, entonces, falla no sólo en la medida en que supone que la regla de reconocimiento debe proporcionar una prueba para identificar cuestiones de derecho, sino también en la medida en que supone que la regla de reconocimiento debe establecer condiciones *de identificación* .

4 La tesis de la incorporación y la tesis de la convencionalidad débil

Los positivistas excluyentes e inclusivos desarrollan la tesis de la convencionalidad débil de diferentes maneras, pero la idea básica es ésta: los criterios de validez jurídica se establecen mediante una convención social en forma de regla de reconocimiento. Si los estándares jurídicos se distinguen de los estándares no jurídicos en que los primeros satisfacen, mientras que los segundos no, los criterios establecidos por una regla convencional de reconocimiento, se sigue que los criterios de validez se agotan en la regla convencional de reconocimiento en el siguiente sentido: para cada proposición *P, P* es jurídicamente válida si y sólo si satisface los criterios articulados en la regla convencional de reconocimiento.

Dworkin cree que ciertos tipos de desacuerdo sobre el derecho son incompatibles con la caracterización que hace Hart de la regla de reconocimiento como una "regla social". Como regla social (o convencional), la regla de reconocimiento tiene un aspecto externo e interno. El aspecto externo consiste en la obediencia general a las normas que satisfacen sus criterios de validez; el aspecto interno consiste en su aceptación por los funcionarios como un estándar de conducta oficial. En opinión de Dworkin, este elemento de la teoría de Hart implica que no puede

haber ningún desacuerdo sobre el contenido de la regla de reconocimiento: **(p. 144)** La calificación de Hart... de que la regla de reconocimiento puede ser incierta en puntos particulares...

socava [su teoría]... Si los jueces están de hecho divididos sobre lo que deben hacer si un Parlamento posterior intenta derogar una regla arraigada, entonces no es incierto si alguna regla social [de reconocimiento] gobierna esa decisión; por el contrario, es seguro que ninguna lo hace. (*TRS* , 61-2) Como Dworkin lee a Hart, los requisitos de una regla social simplemente no pueden ser controvertidos: 'dos personas cuyas reglas difieren... no pueden apelar a la misma regla social, y al menos una de ellas no puede apelar a ninguna regla social en absoluto' (*TRS* , 55).

El problema surge aquí debido al aspecto interno de la regla de reconocimiento. El desacuerdo entre los ciudadanos acerca del contenido de la regla de reconocimiento no presenta ningún problema porque la teoría de Hart no supone que acepten o entiendan la regla, pero el desacuerdo entre los funcionarios es otra historia. En la medida en que el aspecto interno de la regla se define por una actitud reflexiva crítica hacia la regla, parece implicar la comprensión de su contenido.

Dado que Hart exige que los funcionarios adopten una actitud reflexiva crítica hacia la *misma* regla, parece seguirse que comparten una comprensión del contenido de la regla de reconocimiento. Pero si la regla de reconocimiento agota los criterios de validez jurídica y está constituida por una comprensión compartida entre los funcionarios, no está claro cómo podría haber desacuerdo entre los funcionarios acerca del contenido de la regla.

El positivista excluyente tiene una respuesta sencilla: los desacuerdos a los que se refiere Dworkin no son desacuerdos sobre lo que *es la regla de reconocimiento* , sino más bien sobre lo que *debería ser* . Esta respuesta admite implícitamente la afirmación de Dworkin de que si hay desacuerdo sobre lo que exige una regla convencional, no hay convención y, por lo tanto, no hay regla sobre el tema; según esta perspectiva, la presencia de controversia

sobre el contenido de una convención indica una brecha en el contenido de la convención. Por esta razón, la controversia sobre lo que exige la regla de reconocimiento en algunas circunstancias indica una brecha en el contenido de la regla de reconocimiento; la regla simplemente ha expirado. Tales desacuerdos entre funcionarios, entonces, son sobre cuál *debería ser el contenido de la regla de reconocimiento* .

Pero el positivista inclusivo no puede basarse en una respuesta de ese tipo. No se suele pensar que las normas morales sean convencionales. Según las concepciones tradicionales de la moral crítica, los requisitos de una norma moral pueden ser determinados incluso cuando la gente no está de acuerdo sobre lo que exige la norma. Por lo tanto, en la medida en que el positivista inclusivo sostiene que la regla de reconocimiento incorpora el contenido de una norma moral en el sentido de que hace que *esa* norma sea parte de la metarregla, no bastará con afirmar simplemente que la controversia sobre la metarregla indica una laguna en su contenido.

En efecto, si la disposición pertinente es simplemente una norma moral, puede haber controversia sobre lo que esa disposición exige en un caso determinado sin que ello implique que la disposición sea indeterminada. Por lo tanto, el positivista inclusivo necesita explicar cómo podría haber controversia sobre una regla de reconocimiento que incorpora contenido moral.

Coleman ofrece una explicación de este tipo. Como señala Coleman, si la regla de reconocimiento es una regla social, entonces la opinión de Hart implica que debe haber un acuerdo general **(p. 145)** entre los funcionarios de un sistema jurídico sobre qué estándares constituyen la regla de reconocimiento. Pero no implica que no pueda haber desacuerdo sobre lo que esos estándares exigen en un caso determinado:

La controversia entre los jueces no surge sobre el contenido de la regla de reconocimiento en sí, sino Página 11 de 28

sobre qué normas satisfacen los estándares establecidos en ella. La divergencia en el comportamiento entre los funcionarios, ejemplificada en su identificación de diferentes estándares como legales, no establece que no acepten la misma regla de reconocimiento. Por el contrario, los jueces aceptan las mismas condiciones de verdad para las proposiciones de derecho. ... No están de acuerdo sobre qué proposiciones satisfacen esas condiciones. (*NAPP* , 156) Coleman, entonces, distingue dos tipos de desacuerdo que los profesionales pueden tener sobre la regla de reconocimiento: (1) desacuerdo sobre qué estándares constituyen la regla de reconocimiento; y (2) desacuerdo sobre qué proposiciones satisfacen esos estándares. En la visión de Coleman, el análisis de Hart de las reglas sociales implica solo que (1) es imposible.

5 La tesis de la incorporación y la tesis de la separabilidad

La respuesta de Hart a las críticas planteadas por Fulger y Dworkin es, como hemos visto, adoptar la Tesis de la Incorporación, pero Hart no se siente del todo cómodo con esta estrategia. Unas páginas más adelante, Hart matiza su apoyo a la Tesis de la Incorporación: “si es una cuestión abierta si los principios y valores morales tienen validez objetiva, también debe ser una cuestión abierta si las disposiciones “positivistas blandas” que pretenden incluir la conformidad con ellos entre las pruebas para el derecho existente pueden tener ese efecto o, en cambio, sólo pueden constituir instrucciones a los tribunales para que hagan leyes de acuerdo con la moralidad” (*CL* , 254).

La preocupación de Hart en este caso es que la Tesis de Incorporación presupone la objetividad de las normas morales (es decir, que los principios morales tienen validez objetiva o son objetivamente verdaderos). Hart cree que las normas jurídicas pueden limitar la toma de decisiones judiciales sólo si dichas normas tienen un contenido objetivo (es decir, sólo si existe una respuesta objetivamente correcta a lo que la norma exige). Si una norma jurídica carece de dicho contenido, entonces no hay posibilidad de que el juez cometa un error sobre su contenido; por lo tanto, es responsabilidad del juez

determinar el contenido sobre la base de consideraciones extrajurídicas.

Determinar el contenido de una norma de este tipo implica, entonces, necesariamente legislar, más que simplemente juzgar. Así, si las normas morales carecen de fundamento objetivo, entonces la única manera, según la opinión de Hart, de dar efecto a una norma jurídica que contenga lenguaje moral es tratarla como si ordenara al juez ejercer su "discreción legislativa de acuerdo con su mejor comprensión de la **(p. 146)** moralidad" (*CL* , 253). Dado que es una cuestión abierta si el objetivismo moral es verdadero, es una cuestión abierta si una regla de reconocimiento puede incorporar criterios morales de validez.

Dworkin, sin embargo, sostiene que un compromiso con el objetivismo moral es problemático para el positivismo porque es inconsistente con la afirmación de la Tesis de Separabilidad de que "la posición objetiva de las proposiciones de derecho [es] independiente de cualquier teoría moral controvertida, ya sea de metaética o de ontología moral" (*TRS* , 349). Como lo ve Dworkin, la Tesis de Separabilidad "promete una separación ontológica del derecho de la moral" (*TRS* , 348-9). En esta visión de la Tesis de Separabilidad, no puede haber superposición entre preguntas sobre la existencia de *cualquier* estándar o institución relacionada con el derecho y preguntas sobre la moralidad. Cualquier intersección de validez legal y moral incluso en el nivel de descripción *contingente* violaría la Tesis de Separabilidad, así interpretada, porque las preguntas sobre si un estándar es legalmente válido son preguntas ontológicas sobre si ese estándar, por así decirlo, existe como ley.

Esta línea de crítica malinterpreta la versión de Hart de la Tesis de la Separabilidad. Como Hart expresa esta tesis, "no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproduzcan o satisfagan ciertas demandas de moralidad, aunque de hecho lo han hecho a menudo" (*CL* , 185-6). La articulación de Hart de la Tesis de la Separabilidad es más débil que la versión de Dworkin en un aspecto importante: mientras que Dworkin interpreta la Tesis de la Separabilidad como implicando que *no puede*

haber ninguna restricción moral a la validez legal, Hart la interpreta como implicando solamente que *no necesita* haber ninguna restricción moral a la validez legal.

La crítica de Dworkin, entonces, presupone una construcción inverosímilmente amplia de la Tesis de la Separabilidad; simplemente no hay razón para pensar que la Tesis de la Separabilidad, por sí misma, prometa una separación ontológica completa del derecho y la moral. De hecho, la mayoría de los positivistas siguen a Hart al afirmar que los criterios de validez jurídica deben, como una cuestión conceptual, incluir reglas para crear, cambiar y juzgar leyes. Pero, además de esa restricción conceptual, cada sociedad debe decidir qué estándares conformarán sus criterios de validez. El punto de la Tesis de la Separabilidad es enfatizar que no hay restricciones morales sustantivas necesarias sobre qué estándares puede incluir una sociedad en sus criterios de validez. Por esta razón, la Tesis de la Separabilidad implica que hay un sistema jurídico conceptualmente posible sin estándares morales en sus criterios de validez, pero deja abierta la cuestión de si hay un sistema jurídico conceptualmente posible *con* estándares morales en sus criterios de validez.35

(p. 147) 6 La tesis de la incorporación y la naturaleza de la autoridad

6.1 La naturaleza de la autoridad

En la base de la crítica raziana del positivismo inclusivo está la visión de que el derecho necesariamente reclama autoridad legítima (la tesis de la autoridad).36 Raz admite que la pretensión de autoridad del derecho es a menudo falsa, pero insiste en que esta pretensión es "parte de la naturaleza del derecho": "aunque un sistema legal puede no tener autoridad legítima, o aunque su autoridad legítima puede no ser tan extensa como afirma, todo sistema legal afirma que posee autoridad legítima".

(*ALM* , 215). La tesis de la autoridad, entonces, pretende enunciar una verdad conceptual acerca del derecho: es parte del concepto mismo del derecho que éste reclame autoridad legítima.

Según Raz, la tesis de la autoridad implica que, como cuestión conceptual, el derecho debe ser *capaz* de poseer autoridad legítima: “Si la pretensión de autoridad es parte de la naturaleza del derecho, entonces, sea lo que sea el derecho, debe ser capaz de poseer autoridad” (*ALM* , 215). Un sistema normativo que no sea el tipo de cosa capaz de poseer autoridad está conceptualmente descalificado para ser un sistema jurídico.

Para ser capaz de poseer autoridad, la ley debe ser capaz de "mediar entre las personas y las razones correctas que se aplican a ellas" (*ALM* , 214). Según la "concepción de servicio de la autoridad" de Raz, el punto conceptual o función de la autoridad es interponerse entre los sujetos y las razones que se aplican a ellos al proporcionar directivas que reflejen esas razones. Un sistema normativo que no puede realizar esta función mediadora es incapaz de poseer autoridad y, por lo tanto, está conceptualmente descalificado para ser un sistema legal.

Un elemento crucial de la concepción de la autoridad como servicio de Raz es el estatus especial que la autoridad pretende tener en las deliberaciones prácticas. A diferencia del consejo de una tercera persona, que proporciona una razón para ser sopesada en la balanza junto con otras razones, una directiva autoritativa reemplaza —o reemplaza— esas otras razones: La decisión [de la autoridad] es para los [súbditos] una razón para la acción. Deben hacer lo que él dice porque él lo dice... [Pero] no es simplemente otra razón que se debe agregar a las otras, una razón para estar al lado de los demás cuando uno considera qué camino está mejor respaldado por la razón... La decisión [de la autoridad] también está destinada a reemplazar las razones de las que depende. Al aceptar obedecer su decisión, los [súbditos] acordaron seguir su juicio sobre el balance de razones en lugar de seguir el suyo propio. De ahí en adelante, su decisión decidirá por ellos qué hacer. (*ALM* , 212-13)

Según Raz, la función conceptual de la autoridad implica que las directivas autoritativas desempeñan (o deberían desempeñar) este papel especial en la deliberación práctica. Así, **(p. 148)** según la Tesis de la Prelación, “el hecho de que una autoridad exija la ejecución de una acción es una razón para su ejecución que no debe añadirse a todas las demás razones relevantes al evaluar qué hacer, sino que debe reemplazar algunas de ellas” (*ALM* , 214).

Raz cree que estas características conceptuales de la autoridad determinan las condiciones bajo las cuales una autoridad es moralmente legítima. Dado que se supone que la autoridad "sirve" a sus súbditos, no hay razón para aceptar una autoridad a menos que se cumplan dos condiciones. Primero, según la Tesis de la Justificación Normal (TJN), debe ser el caso de que el disputante "es probable que cumpla mejor con las razones que se aplican a él (distintas de las supuestas directivas autoritativas) si acepta las directivas de la supuesta autoridad como vinculantes autoritativamente, y trata de seguirlas, que si trata de seguir las razones que se aplican a él directamente" (*ALM* , 214). En segundo lugar, según la Tesis de la Dependencia, las directivas autoritativas deben basarse en razones que ya se aplican a los súbditos.

Por supuesto, la NJT y la Tesis de la Dependencia también se aplican al asesoramiento en la medida en que el objetivo del asesoramiento, como parece plausible, es servir a los asesorados; por esta razón, cualquier implicación de solo estas dos tesis también se aplica al asesoramiento.

Por ejemplo, la TJN y la Tesis de la Dependencia implican que una directiva de servicio debe presentarse como la opinión de alguien sobre cómo debería comportarse la gente, lo que es cierto, por supuesto, tanto para la autoridad como para el consejo. Pero cuando la TJN y la Tesis de la Dependencia se combinan con la Tesis de la Prelación, que distingue el consejo de la autoridad, implican que las directivas autoritativas tienen una propiedad que las distingue de las directivas meramente consultivas: la Tesis de la Identificación: Siempre debe ser posible identificar la existencia y el contenido de una directiva autoritativa sin recurrir a las razones dependientes que justifican esa directiva.

La incapacidad de identificar la existencia o el contenido de las declaraciones consultivas sin recurrir a las razones que justifican ese asesoramiento podría disminuir la utilidad de esas declaraciones *como* asesoramiento, pero no las descalifica conceptualmente. Página 13 de 28

Positivismo jurídico inclusivo

Las afirmaciones no son consejos, pero la incapacidad de identificar la existencia o el contenido de una directiva sin recurrir a su justificación dependiente descalifica conceptualmente a esa directiva como autoridad.

La razón de este resultado algo sorprendente es que el objetivo conceptual de la autoridad es beneficiar a los sujetos al proporcionar directivas que reflejen el equilibrio de razones aplicables y *se adelanten* a los juicios de los sujetos sobre ese equilibrio. Una directiva que *no puede* ser identificada por el sujeto sin recurrir al equilibrio de razones es *incapaz* de adelantársele a ese equilibrio en las deliberaciones del sujeto. Por lo tanto, como señala Raz, los sujetos de la autoridad "pueden beneficiarse de sus decisiones sólo si pueden establecer su existencia y contenido de maneras que no dependan de plantear las mismas cuestiones que la autoridad está allí para resolver" (*ALM* , 219).

Raz sostiene que las tesis de identificación y autoridad son incompatibles con la tesis de incorporación. Dado que la ley necesariamente reclama autoridad, la ley debe ser capaz **(p. 149)** de poseer autoridad legítima y, por lo tanto, según la tesis de identificación, ser identificable sin recurrir a las razones dependientes que justifican la ley.

Pero el contenido de una norma moral no puede identificarse sin recurrir a las razones que justifican esa norma. Para determinar cuál *es la ley* , por ejemplo, bajo una regla de reconocimiento que valida sólo las normas promulgadas que son consistentes con los requisitos de la justicia, debemos identificar los requisitos morales de la justicia que justifican en última instancia *esa ley* . No podemos determinar la validez de, digamos, una norma promulgada que prohíbe matar a personas inocentes sin recurrir a los requisitos de la justicia en lo que respecta a

esos asesinatos. Esto implica que el contenido de una regla moral no puede incorporarse a la regla de reconocimiento porque se supone que la ley *en tanto* autoridad resuelve las disputas sobre lo que la ley exige. Si las Tesis de Identificación y Autoridad son verdaderas, entonces la Tesis de Incorporación debe ser falsa.

Esquemáticamente, el argumento de Raz puede resumirse de la siguiente manera:

1. El objetivo conceptual de una directiva autoritativa es anticipar el equilibrio de razones que refleja.

2. Es condición necesaria para que la autoridad sea legítima que (1) se cumpla la Tesis de Dependencia y (2) se cumpla la TJN.

3. Si las premisas 1 y 2 son verdaderas, entonces es una condición necesaria para que la autoridad sea legítima que la existencia y el contenido de una directiva autoritativa siempre puedan identificarse sin recurrir a las razones dependientes que justifican la directiva.

4. Por tanto, para que la autoridad sea legítima es condición necesaria que la existencia y el contenido de una directiva autoritativa puedan siempre ser identificados sin recurrir a las razones dependientes que justifican la directiva. (De 1, 2, 3)

5. Es una verdad conceptual que la ley reivindica una autoridad legítima.

6. Si es una verdad conceptual que la ley reivindica una autoridad legítima, entonces la ley es el tipo de cosa que siempre es capaz de ser autoridad legítima.

7. Si la ley es el tipo de cosa que siempre es capaz de ser autoridad legítima, entonces la ley debe ser capaz de satisfacer la condición necesaria para que la autoridad sea legítima.

8. Por lo tanto, si la ley es algo que siempre puede ser autoridad legítima, entonces la existencia y el contenido de

una directiva legalmente autorizada siempre pueden identificarse sin recurrir a las razones dependientes que justifican la directiva. (De 4, 7)

9. Por lo tanto, si es una verdad conceptual que el derecho reclama autoridad legítima, entonces la existencia y el contenido de una directiva con autoridad jurídica siempre pueden identificarse sin recurrir a las razones dependientes que justifican la directiva. (De 6, 8)

10. Por lo tanto, la existencia y el contenido de una directiva jurídicamente autoritativa siempre pueden identificarse sin recurrir a las razones dependientes que justifican la directiva. (De 5, 9) **11.** La existencia y el contenido de una norma jurídica validada por criterios morales de validez *no pueden* identificarse sin recurrir a las razones dependientes que justifican esa norma.

(p. 150) 12. Si las premisas 10 y 11 son verdaderas, entonces la Tesis de Incorporación es falsa.

13. Por lo tanto, la tesis de incorporación es falsa. (De 10, 11, 12) **6.2 Argumento de compatibilidad de Coleman**

Coleman rechaza la opinión de Raz de que la Tesis de Incorporación es incompatible con el conjunto de tesis que componen la concepción de la autoridad como servicio. Según la opinión de Coleman, no es necesariamente cierto que una norma jurídica autoritativa en virtud de sus méritos morales pueda identificarse sólo recurriendo a las razones dependientes que justifican esa norma.

Consideremos, por ejemplo, un sistema jurídico con la regla de reconocimiento de que "sólo las normas promulgadas que tratan a los individuos Página 14 de 28

Positivismo jurídico inclusivo

De manera justa, son legalmente válidas las leyes y una prohibición legal válida del homicidio intencional. Según Coleman: Ciertas razones de justicia e igualdad (por ejemplo, ¿ofrece la ley oportunidades justas de apelación?, ¿se administra de manera justa?, etc.) no son parte de la justificación de las leyes que prohíben el asesinato. Una

prohibición contra el asesinato estaría justificada o sería defendible simplemente porque viola el Principio de Daño de Mil, o porque el asesinato viola el Imperativo Categórico, o porque es ineficiente... o lo que sea. Por otra parte, es perfectamente sensato que ninguna prohibición particular pueda considerarse ley a menos que cumpla con ciertos requisitos de justicia e igualdad de trato en su administración. Esto es simplemente otra forma de decir que las consideraciones evaluativas que se aplican a la legalidad de una norma no tienen por qué coincidir con las que se aplican a los méritos subyacentes de la norma. (*ST* , 271)

Si bien puede ser necesario recurrir a consideraciones de equidad para identificar la prohibición del homicidio como una norma jurídica, no obstante, se puede identificar la norma del homicidio sin recurrir a su justificación dependiente porque las consideraciones de equidad son irrelevantes con respecto a la justificación de esa norma. Por lo tanto, incluso si *todas* las afirmaciones centrales de Raz sobre la autoridad son verdaderas, "los criterios evaluativos de legalidad como tales no vician la pretensión de autoridad de la ley" (*ST* , 271).

En respuesta, Brian Leiter sostiene que el mero hecho de señalar un ejemplo de una norma validada de manera inclusiva que pueda identificarse sin recurrir a las razones dependientes que justifican la adopción de la regla no puede derrotar la objeción de Raz. En opinión de Leiter, "basta con derrotar al positivismo blando como teoría compatible con la autoridad de la ley si existe *algún* caso en el que las razones dependientes sean las mismas que las razones morales que se requieren para identificar lo que es la ley; el hecho de que queden algunos casos en los que estas razones "puedan" ser diferentes es irrelevante".37

En consecuencia, Leiter concluye que Coleman lo tiene al revés: un caso contrario muestra "que el positivismo blando es incompatible con la autoridad (en principio) de la ley".38

(p. 151) 6.3 La tesis de la prelación

Waluchow intenta conciliar la tesis de la incorporación con la tesis de la autoridad cuestionando la afirmación de que

las directivas autoritativas necesariamente proporcionan razones preferentes. Waluchow cree que la Carta Canadiense es una regla inclusiva de reconocimiento que puede ejercer autoridad sin proporcionar razones preferentes (es decir, excluyentes).

Así, por ejemplo, señala que la Corte Suprema de Canadá sostuvo en *Regina v Oakes* que un derecho de la Carta puede limitarse siempre que los objetivos de hacerlo sean "suficientemente importantes" y que no haya otra manera de lograr esos objetivos. Sobre la base de esos ejemplos, Waluchow concluye que "los derechos de la Carta... no son totalmente excluyentes, pero sí gozan de una presunción muy fuerte a su favor".39

Pero la observación de Waluchow de que el alcance de un derecho constitucional puede verse limitado por otros tipos de valores no puede, por sí sola, derrotar la crítica de Raz, pues Raz admite que las directivas excluyentes a veces pueden operar precisamente de esta manera:

Una razón excluyente puede excluir todas o sólo una cierta clase de razones de primer orden. El alcance de una razón excluyente es la clase de razones que excluye. Así como cualquier razón tiene una fuerza intrínseca que puede verse afectada por razones que afectan a la fuerza, toda razón de segundo orden tiene, además de una fuerza, un alcance intrínseco que puede verse afectado por razones que afectan al alcance.40

En consecuencia, Raz puede responder que las razones que ofrece la Carta Canadiense son excluyentes, pero que, no obstante, tienen un alcance limitado que excluye los valores más importantes que pueden justificar la limitación de un derecho de la Carta. Así como el mando de un sargento debe ceder ante las órdenes de militares de mayor rango, las protecciones de la Carta Canadiense deben ceder ante las protecciones de valores más importantes.

Heidi Hurd adopta una estrategia más agresiva contra la tesis de la preeminencia; mientras que Waluchow desea demostrar que hay formas de autoridad que no proporcionan razones preeminentemente ...

1 En la medida en que la explicación raziana de la autoridad requiere que un agente cumpla una directiva autoritativa independientemente de si la directiva se ajusta al equilibrio de razones, viola este principio central de racionalidad al requerir que el agente ignore razones que de otro modo se le aplicarían.

En opinión de Hurd, estas implicaciones no tienen por qué causar ansiedad teórica, porque el concepto de Raz de una razón preventiva independiente del contenido es incoherente. Hurd **(p. 152)** cree que la teoría de la autoridad de Raz implica que si una acción es racional únicamente porque está ordenada por una autoridad práctica legítima que actúa dentro del ámbito de dicha autoridad, entonces cualquier acción ordenada por una autoridad práctica legítima que actúa dentro del ámbito de dicha autoridad es racional. Pero esto implica que "para juzgar si, en efecto, una autoridad está actuando legítimamente, uno debe sopesar las razones de la acción en cada caso en el que se aplica una ley, de modo de vigilar la capacidad de la autoridad reclamada para ordenar la acción de conformidad con ese equilibrio" (*CA* , 1633). Porque para determinar si la autoridad es legítima y actúa dentro del ámbito de su autoridad, el agente debe determinar si se cumplen las condiciones de la TJN, y esto requiere que el agente equilibre las razones que se aplican.

Tal resultado es problemático para Raz, según Hurd, porque es inconsistente con la Tesis de la Preemisión: Si (1) la racionalidad de acatar una autoridad práctica depende de la legitimidad de esa autoridad, y (2) la legitimidad de una autoridad práctica puede establecerse solo equilibrando las razones de primer orden dependientes del contenido para la acción, y (3) la autoridad práctica impide equilibrar esas razones de primer orden dependientes del contenido, entonces la autoridad práctica no puede ser racional. (*CA* , 1633) La idea es la siguiente: el agente debe equilibrar las razones de primer orden en cada caso de una directiva autoritativa para determinar si se aplican las condiciones de la TJN, pero la Tesis de la

Preemisión impide al agente equilibrar esas razones de primer orden.

Sin embargo, el razonamiento de Hurd equipara la noción de Raz de una razón preventiva con la noción de Hart de una razón perentoria para la acción. Hart describe esta noción así:

La expresión de voluntad del comandante no tiene por objeto funcionar dentro de las deliberaciones del oyente como una razón para realizar el acto, ni siquiera como la razón más fuerte o dominante, porque eso presupondría que se llevaría a cabo una deliberación independiente, mientras que el comandante pretende cortarla o excluirla. Creo que esto es precisamente lo que se quiere decir al hablar de una orden como si "requiriera" una acción y llamar a una orden una

Forma de dirigirse "perentoria". En realidad, la palabra "perentoria" simplemente significa interrumpir la deliberación, el debate o la discusión. 42

Así, una razón perentoria *P* , tal como Hart define el término, opera para impedir, prohibir o cortar la deliberación sobre el balance de razones que *P* pretende reemplazar.

Pero la noción hartiana de una razón perentoria es mucho más fuerte que la noción raziana de una razón preventiva, pues no hay nada en la noción de Raz de una razón preventiva que impida al agente pensar en el balance de razones. Lo que una razón preventiva impide al agente es *actuar* según su percepción del balance de razones; un agente puede deliberar si lo desea sobre el balance de razones, pero no puede actuar sobre el resultado de tal deliberación. 43 Para decirlo en términos razianos, una razón preventiva *reemplaza* el propio juicio del agente sobre el balance de razones en la deliberación del **agente** sobre qué hacer. Pero esto, en última instancia, impide al agente sólo *actuar* según su percepción del balance de razones; a diferencia de la explicación de Hart, no le impide deliberar sobre el balance de razones. Si la concepción de la autoridad como servicio de Raz es en última instancia

insostenible, no es porque se comprometa con las premisas contradictorias que identifica Hurd.

6.4 La tesis de la justificación normal

La crítica de Hurd a Raz se basa, en última instancia, en el supuesto de que la TJN es un principio de racionalidad práctica. De hecho, considera que Raz intenta responder a la pregunta de cuándo es racional que una persona acepte la autoridad: "La pregunta que debe responderse [mediante la teoría de Raz], entonces, es esta: ¿por qué sería racional actuar únicamente porque a uno se le ha dicho que lo haga?" (*CA* , 1627). En su opinión, no puede ser racional actuar únicamente por esa razón porque

"Si una acción es racional únicamente *porque* ha sido ordenada, entonces cualquier acción que sea ordenada es racional" (*CA* , 1628)—y ella cree, de manera bastante plausible, que el consecuente de este condicional es claramente falso.

Pero Raz no entiende la TJN como una tesis práctica, sino más bien como "una tesis *moral* sobre el tipo de argumento que podría utilizarse para establecer la *legitimidad* de la autoridad".44 Como lo entiende correctamente Raz, la noción de legitimidad es una noción moral: "Ningún sistema es un sistema de derecho a menos que incluya una reivindicación de legitimidad o autoridad *moral* . Esto significa que afirma que los requisitos legales son moralmente vinculantes, es decir, que las obligaciones legales son moralmente vinculantes". 45

son obligaciones (morales) reales que surgen de la ley.'4

5 Asimismo, argumenta: 'Si [un sistema legal] carece de la moral

atributos necesarios para dotarla de autoridad legítima, entonces no tiene ninguno. ... Para reclamar autoridad debe

ser... un sistema de un tipo que sea capaz en principio de poseer las propiedades morales requeridas de la autoridad' (*ALM* , 215).

La noción de legitimidad moral está relacionada con la noción de razón preventiva, según la visión de Raz, de la siguiente manera.

En general, se cree que lo que significa decir que una autoridad es legítima es que existe una obligación moral general de obedecer una directiva de la autoridad *porque* se origina en la autoridad.46 En consecuencia, la obligación moral de obedecer las directivas de la autoridad legítima tiene que ver con la *fuente* de la directiva, y no con su contenido. Por supuesto, el contenido de una ley *también puede* dar lugar a una obligación moral de obedecer, como es el caso de una ley que prohíbe **(p. 154)** el asesinato, pero esto no tiene nada que ver con la autoridad moral de un sistema legal para emitir directivas. Interpretada como una tesis moral, entonces, la TJN establece las condiciones bajo las cuales las directivas autoritativas dan lugar a obligaciones morales de obedecer independientes del contenido.

Raz cree que las obligaciones morales funcionan (o deberían funcionar) en la mente de un agente moral como razones preventivas para la acción. En la medida en que el agente tiene una obligación moral de hacer *A* , es moralmente inadmisible que se abstenga de hacer *A*. De ello se sigue, *a fortiori* , que en la medida en que el agente tiene una obligación moral de hacer *A* , es moralmente inadmisible que se abstenga de hacer *A* independientemente de cómo vea el balance de razones. Por lo tanto, una obligación moral de hacer *A* opera para impedir que el agente actúe según su percepción del balance de razones. Por esta razón, si tiene éxito en enunciar las condiciones bajo las cuales la autoridad *de facto* es legítima, la TJN también tendría éxito en enunciar las condiciones bajo las cuales las directivas autoritativas funcionan (o deberían funcionar) como razones preventivas para la acción.

Además, si es racional que un agente cumpla con una obligación moral incluso cuando entra en conflicto con su

percepción del balance de razones menos la razón proporcionada por la obligación, entonces la TJN también muestra cómo puede ser racional que un agente siga las directivas de una autoridad legítima. En la medida en que las directivas de una autoridad moralmente legítima dan lugar a obligaciones morales, es racional que el agente cumpla con esas directivas, incluso cuando entran en conflicto con la percepción del agente del balance de razones. Por lo tanto, la TJN proporciona las condiciones bajo las cuales es racional tratar las directivas de la autoridad como si proporcionaran una razón preventiva para la acción.

Sin embargo, se puede argumentar que la TJN no es una explicación de la autoridad moralmente legítima porque la satisfacción de la TJN no es suficiente ni necesaria para dar lugar a una obligación moral de obedecer independiente del contenido. El mero hecho de que cumplir con las directivas de una autoridad tenga más probabilidades de conducir a las demandas de la razón correcta que no cumplirlas puede tal vez *obligar a una persona a obedecer a la autoridad, pero no puede obligarla* moralmente a hacerlo. Tampoco puede proporcionar una justificación moral para usar medios coercitivos para hacer cumplir esas directivas contra esa persona.

Supongamos, para simplificar, que la razón correcta exige que siempre cumplamos con las normas morales.

Supongamos también que *X* es infalible a la hora de determinar lo que exige la moralidad. Si bien es cierto que estoy moralmente obligado a cumplir con las normas morales, esto no implica que esté moralmente obligado a obedecer *a X*. Por supuesto, si *X*

es moralmente infalible, estoy moralmente obligado a cumplir con las directivas de *X* debido al *contenido* de las directivas de *X* , *pero no porque X* sea la fuente de las directivas. Aquí es importante recordar que la explicación de Raz de la autoridad legítima implica una obligación independiente del contenido de seguir directivas autoritativas. Si bien estoy obligado a conformar mi comportamiento al contenido de lo que *X* ordena porque el contenido se ajusta a la moralidad, la infalibilidad moral de

X por sí sola no puede dar lugar a una obligación moral independiente del contenido de mi parte de obedecer a *X*. Por lo tanto, la satisfacción de la TJN no es suficiente para la autoridad moralmente legítima.

Tampoco es necesario. Si usted y yo consentimos en cumplir la directiva de una autoridad y renunciamos a opciones que de otro modo estarían disponibles para nosotros, nuestro consentimiento mutuo moralmente **(p. 155)** nos obliga a cumplir con la decisión de la autoridad. Hay diferentes maneras de explicar cómo esto da lugar a una obligación moral por parte de cada uno de nosotros de obedecer las directivas. Uno podría adoptar, por ejemplo, una visión contractualista estricta y conceptualizar nuestro consentimiento mutuo como un contrato que da lugar a la obligación. O uno podría argumentar que sería injusto permitir que alguien obtenga un beneficio de la desobediencia cuando otros renuncian a ese beneficio. Pero, independientemente de cómo se haga esto, un elemento clave en la legitimidad de la autoridad se considera típicamente como que descansa en el consentimiento expreso o implícito de todas las personas sobre las que se piensa que la autoridad es legítima.

Por supuesto, existen límites a la medida en que el consentimiento genera obligaciones morales, incluso si otras personas lo negocian o confían en él. Como señala Raz, el consentimiento para considerar que una directiva tiene autoridad presupone ciertas restricciones a las consideraciones por las que una autoridad determina qué directivas emitir.

Positivismo jurídico inclusivo

En circunstancias ordinarias, por ejemplo, el consentimiento a una autoridad presupone que ésta no puede decidir cuestiones sobre la base de un lanzamiento de moneda. Del mismo modo, el consentimiento mutuo y la confianza no son suficientes para salvar un trato si es extremadamente injusto para una de las partes. Pero estas son circunstancias excepcionales y no la regla general con respecto a la relación entre el consentimiento y la

autoridad. Si las partes son capaces de dar un consentimiento efectivo a la autoridad y el consentimiento se obtiene de manera justa, entonces las condiciones articuladas por la TJN no son necesarias para que el consentimiento a la autoridad genere una obligación moral de obedecer las directivas de esa autoridad.

6.5 La tesis de la autoridad

Muchos positivistas inclusivos intentan defender la Tesis de la Incorporación contra la crítica raziana desafiando la Tesis de la Autoridad.47 Por ejemplo, Philip Soper sostiene que "nada en la práctica del derecho como lo conocemos ahora cambiaría si el Estado, convencido por argumentos de que no hay deber de obedecer la ley *qua* ley, anunciara abiertamente que abandona cualquier afirmación de ese tipo".48 Soper da cuatro razones en apoyo de esta afirmación: (1) el deber de obedecer la ley no suele expresarse en una norma jurídica; (2) abandonar la visión de que el Estado afirma que los ciudadanos tienen el deber moral de obedecer la ley no significa que el Estado deba abandonar su visión sobre los méritos morales de la ley; (3) un Estado podría adoptar abiertamente el punto de vista del hombre malo con respecto a sus reglas; y (4) un sistema legal puede sobrevivir solo con la fuerza de la coerción y, por lo tanto, no necesita reclamar autoridad moral.

Sin embargo, la defensa que hace Soper del positivismo inclusivo no comprende el carácter de la Tesis de la Autoridad. El argumento de Soper de que abandonar la pretensión de autoridad moral **(p. 156)** no daría lugar a ningún cambio práctico interpreta la Tesis de la Autoridad como una visión acerca de lo que un sistema jurídico debe reclamar para ser eficaz. Porque el punto de Soper es que si el Estado repudiara abiertamente una pretensión de autoridad, no notaríamos ningún cambio en el funcionamiento cotidiano del sistema jurídico. Pero la Tesis de la Autoridad no afirma ni implica que los sistemas jurídicos que reclaman autoridad tengan más probabilidades de ser eficaces que los sistemas jurídicos que no la reclaman, porque la Tesis de la Autoridad es una pretensión *conceptual* , y no una pretensión empírica; es, en la opinión de Raz, "parte de la naturaleza del derecho"

que el derecho reclame autoridad legítima. Así, Raz puede admitir que no notaríamos ninguna diferencia en el funcionamiento cotidiano de un sistema jurídico *S* si éste abandonara cualquier pretensión de autoridad, pero argumentar que el abandono de esa pretensión implica el abandono del estatus de *S como sistema jurídico* .

Lo que se necesita para refutar la tesis de la autoridad es un ejemplo de un sistema de reglas que no reclame autoridad moral pero que se caracterice plausiblemente como un sistema legal; en otras palabras, lo que se necesita es un contraejemplo de la tesis de la autoridad. Matthew Kramer intenta una refutación de este tipo:

Por supuesto, un sindicato del crimen organizado como la mafia bien podría ejercer control sobre la mayoría de los aspectos de la vida en una región determinada, con dictados que son tan ampliamente aplicables y duraderos como los mandatos de un verdadero sistema legal. ... Si el sistema de la mafia para ejercer un control de largo alcance participa en gran medida de las cualidades clave [de durabilidad y generalidad], y si también cumple con alguna prueba relevante de eficacia (cualquiera que sea esa prueba), entonces debería clasificarse como un sistema legal. O, en todo caso, no debería negarse la idoneidad de tal clasificación simplemente porque los funcionarios de la mafia no pretendan ser admisibles moralmente. 49

Sin embargo, esta respuesta a la tesis de la autoridad no es satisfactoria porque no es *claramente* un contraejemplo. En otras palabras, no resulta obvio que el sistema de la mafia deba ser caracterizado como un sistema legal. En consecuencia, Raz podría responder, de manera bastante plausible, que la última oración del pasaje citado simplemente plantea la cuestión.

Un ejemplo más prometedor es el siguiente. Supongamos que existe una sociedad *S* que es tan parecida a la nuestra como consistente con las siguientes propiedades: los legisladores y los sujetos de derecho en *S* , siendo filosóficamente sofisticados, han visto todos los argumentos y contraargumentos para la afirmación de que la ley puede ser legítima. Como resultado, los residentes de *S* y los funcionarios también son escépticos de que la ley pueda

dar lugar a una obligación moral independiente del contenido de obedecer la ley. Por lo tanto, los ciudadanos y funcionarios de *S* se abstienen de usar los términos potencialmente engañosos "autoridad", "deber", "obligación" y

"correcto", apoyándose en cambio en términos como "oficial", "requerido", "obligatorio", "no opcional" y "permitido" (en contraposición a

'permisible').

S se cumplen las dos condiciones mínimas de Hart para la existencia de un sistema jurídico . Los funcionarios de *S* adoptan el punto de vista interno respecto de la regla de reconocimiento en la sensación de que, como cuestión práctica, debe hacerse algo para regular el comportamiento. De hecho, *todos* los sujetos de derecho de *S* creen que es de interés para todos estructurar un **(p.**

157) sistema de reglas en torno a las convenciones adoptadas por los funcionarios—y, por lo tanto, también toman el punto de vista interno respecto de los criterios de validez. Y, reconociendo las ventajas asociadas con tener un sistema de reglas para regular la conducta, los sujetos de derecho generalmente obedecen las directivas validadas por la regla de reconocimiento.

¿Qué razón plausible y que no suponga una petición de principio podría haber para negar que este sistema de normas es un sistema jurídico?

La única diferencia notable entre los dos sistemas de normas es que los funcionarios de un sistema creen que su sistema es legítimo, mientras que los funcionarios de *S* carecen de esa creencia, una diferencia que parece irrelevante para la clasificación de este último. Todas las instituciones principales están ahí: una regla de reconocimiento que crea las instituciones que hacen posible la creación, modificación y adjudicación de la ley.

Todos los ciudadanos de *S* aceptan las decisiones de los funcionarios como fuertes razones para la acción. Las normas de *S* se obedecen exactamente en la misma medida que en esta sociedad.

Dadas estas observaciones, tiene sentido caracterizar *a S* como un sistema jurídico porque tiene todos los elementos necesarios para crear regulaciones eficaces para gobernar el comportamiento, aunque no hay nada que pueda interpretarse como una reivindicación institucional de autoridad legítima. Si esto es correcto, la tesis de la autoridad es falsa.

7 La tesis de la incorporación y la tesis de la diferencia práctica

7.1 El caso contra el funcionalismo hartiano

Shapiro sostiene que la Tesis de Incorporación entra en conflicto con uno de los compromisos fundamentales de Hart, a saber, su visión de que la función conceptual del derecho es guiar la conducta. Como dice Hart, "es completamente vano buscar un propósito más específico al que sirve el derecho *como tal* más allá de proporcionar guías para la conducta humana y estándares de crítica de dicha conducta" (*CL* , 249; énfasis añadido). De acuerdo con el funcionalismo de Hart, entonces, cualquier sistema de reglas incapaz de guiar la conducta está conceptualmente descalificado para ser un sistema legal.

Shapiro identifica dos formas en las que una norma puede guiar el comportamiento. En primer lugar, una norma *R* guía motivacionalmente a una persona *P* si y sólo si la conformidad de *P con R* está motivada por el hecho de que *R* requiere el comportamiento en cuestión. *P* es guiada motivacionalmente por *R* , entonces, sólo en caso de que *P* se ajuste a *R* porque acepta *P* como un estándar de conducta, y no porque, digamos, tenga miedo de las sanciones. En segundo lugar, *R* guía epistémicamente *a P* si y sólo si *P* 'se entera de sus obligaciones legales de

[*R*]... y se ajusta a [*R*]'.50 Para que R *(* **p. 158)** guíe epistémicamente a *P* , entonces, *R* no necesita motivar el

cumplimiento: mientras *P* conozca sus obligaciones de parte de *R* , no importa que *P* cumpla con *R* por temor a las sanciones.

Shapiro sostiene que las condiciones mínimas de Hart para la existencia de un sistema jurídico lo comprometen con una explicación particular de cómo los funcionarios se guían por las reglas. Como hemos visto, Hart cree que un sistema jurídico surge cuando (1) los funcionarios adoptan el punto de vista interno hacia una regla convencional de reconocimiento; y (2) los ciudadanos generalmente obedecen las leyes válidas bajo la regla de reconocimiento. Pero esto parece implicar que la ley cumple su función conceptual de guiar la conducta de manera diferente según se sea un funcionario o un ciudadano común. Dado que las condiciones mínimas de Hart requieren que los ciudadanos generalmente obedezcan la ley sin requerir ninguna motivación específica, las normas jurídicas de primer orden deben ser capaces de guiar epistémicamente a los ciudadanos. En contraste, dado que las condiciones mínimas de Hart requieren que los funcionarios acepten la regla de reconocimiento como un estándar de conducta oficial, la regla de reconocimiento debe ser capaz de guiar motivacionalmente a los funcionarios.

De ello se desprende, según la opinión de Shapiro, que Hart está comprometido con la Tesis de la Diferencia Práctica (TDP), según la cual toda norma jurídica debe ser capaz de marcar una diferencia práctica en la deliberación de un agente al proporcionar una guía motivacional o epistémica. Dado que las condiciones mínimas de Hart para la existencia de un sistema jurídico implican que toda norma jurídica debe ser capaz de marcar una diferencia práctica en las deliberaciones judiciales al proporcionar una guía motivacional, se desprende que cualquier norma incapaz de guiar motivacionalmente a un juez está conceptualmente descalificada para ser ley.

Shapiro sostiene que esta implicación es incompatible con un compromiso con la Tesis de Incorporación porque es imposible que un juez esté guiado motivacionalmente tanto por una regla inclusiva de reconocimiento como por las reglas validadas por ella. Como veremos, Shapiro ofrece argumentos separados para las reglas de necesidad y

suficiencia, pero la estrategia básica es la siguiente. Supongamos que *RoR* es una regla de reconocimiento que contiene criterios morales de validez y que *R* es válida en virtud de su mérito moral. Si el juez está guiado motivacionalmente por *RoR* , entonces estará motivado para decidir el caso de una manera que sea moralmente meritoria. Pero una vez que esté motivado para decidir el caso de una manera que sea moralmente meritoria, *R* no puede proporcionar ninguna motivación adicional. Porque, por hipótesis, el juez hará lo que sea moralmente meritorio independientemente de si apela a *R* (que, de nuevo, es válido debido a su mérito moral). Apelación a *R*

no puede hacer una diferencia práctica porque las razones proporcionadas por *R* ya están contenidas en *RoR* . Por lo tanto, la Tesis de Incorporación es inconsistente con la Tesis de la Diferencia Práctica.

Esquemáticamente, el argumento de Shapiro puede resumirse de la siguiente manera:

1. La función conceptual del derecho es guiar el comportamiento (tesis funcionalista).

2. Si la tesis funcionalista es verdadera, entonces una norma incapaz de hacer una diferencia práctica en la estructura de las deliberaciones está conceptualmente descalificada para ser ley.

3. Por lo tanto, una norma incapaz de hacer una diferencia práctica en la estructura de las deliberaciones está conceptualmente descalificada para ser una ley (PDT). (De 1, 2)

(p. 159) 4. Las condiciones mínimas de Hart para la existencia de un sistema jurídico implican que la regla de reconocimiento hace una diferencia práctica al guiar motivacionalmente a los funcionarios y que las normas

válidas de primer orden hacen una diferencia práctica al guiar epistémicamente a los ciudadanos.

5. Por lo tanto, una regla que no es capaz de orientar motivacionalmente a los funcionarios está conceptualmente descalificada para ser una regla de reconocimiento. (De 3, 4)

6. Un juez no puede guiarse motivacionalmente simultáneamente por una regla de reconocimiento que incorpora criterios morales de validez y por una norma válida bajo esa regla de reconocimiento (la Tesis de la Imposibilidad).

7. Por lo tanto, una regla que incorpora criterios morales de validez está conceptualmente descalificada para ser una regla de reconocimiento. (De 5, 6)

8. La Tesis de Incorporación permite que puedan existir reglas de reconocimiento que incorporen criterios morales de validez.

9. Por lo tanto, si la Tesis de la Diferencia Práctica es verdadera, entonces la Tesis de la Incorporación es falsa. (De 3, 7, 8) **10.** Por lo tanto, si la Tesis Funcionalista es verdadera, entonces la Tesis de la Incorporación es falsa. (De 2, 9) Shapiro concluye que 'el positivismo jurídico excluyente... se le impone al positivista jurídico que está comprometido con una concepción funcionalista del derecho' (*HWO* , 507).

7.2 Respuesta de Coleman a Shapiro

Coleman ofrece una respuesta conservadora al argumento de Shapiro. Coleman acepta que el argumento de Shapiro establece la inconsistencia de la PDT con la Tesis de la Incorporación, pero niega que un positivista inclusivo deba abandonar la Tesis de la Incorporación en favor de la PDT:

Parece haber una diferencia entre el estatus de la afirmación de que la persistencia y la continuidad son características necesarias del derecho y la afirmación de que la capacidad para hacer una diferencia práctica lo es.

No es posible imaginar que el derecho carezca de persistencia, continuidad y sus implicaciones: institucionalidad, reglas secundarias, un aspecto interno. Es menos claro que las reglas sean incapaces de ser legalmente válidas o vinculantes simplemente porque son incapaces de guiar el comportamiento. Podríamos decir, entonces, que la afirmación de que el derecho es una práctica social normativa implica que la mayoría del derecho la mayor parte del tiempo hace una diferencia práctica. (*ICP* , 424-5) La afirmación de que el derecho hace una diferencia práctica, según Coleman, es a lo sumo una afirmación empírica sobre lo que el derecho típicamente hace: 'simplemente no es parte de nuestro concepto de derecho que la capacidad para la diferencia práctica sea una condición de legalidad, aunque una capacidad general para hacer una diferencia práctica es una característica del derecho general' (*ICP* , 425).

Por supuesto, si la premisa 2 de Shapiro es correcta y la Tesis de la Diferencia Práctica es una consecuencia lógica de la visión de que la función conceptual de la ley es guiar **(p. 160)** el comportamiento, entonces Coleman también debe abandonar el funcionalismo.

5

1 Aunque parece que la ley, al ser una especie de artefacto, debe tener una función distintiva y que guiar la conducta es el candidato más intuitivo para esa función, Coleman rechaza la idea de que la ley tenga una función conceptual porque equivale a un esencialismo metafísico inaceptable (*POP* , 145). Por lo tanto, Coleman admite la solidez del argumento de Shapiro, pero sostiene que el positivista inclusivo debería rechazar el funcionalismo y la PDT.

7.3 El componente de necesidad

De los dos componentes de la Tesis de Incorporación, el Componente de Necesidad es el más débil en relación con el positivismo excluyente porque, a diferencia del Componente de Suficiencia, opera sólo en normas que tienen una

Fuente social apropiada. Pero a pesar de su proximidad teórica con el positivismo excluyente, Shapiro cree que el componente de necesidad es incompatible con la PDT.

El argumento es el siguiente. Supongamos que *NRoR* valida todas y sólo las normas que (1) son promulgadas por la legislatura de acuerdo con ciertos procedimientos y (2) no son manifiestamente injustas. Y supongamos que la legislatura promulga *Rm , w* que

requiere que los empleadores paguen salarios de al menos $6 por hora. Supongamos que *Rm w* no es groseramente injusto y por lo tanto es válido

Según Shapiro, si el juez está guiado motivacionalmente por *NRoR ,* no puede estarlo simultáneamente por *Rm* :

el

¿Puede la regla del salario mínimo servir al menos de guía motivacional a un juez? La respuesta a esta pregunta es... "no".

Recordemos que una regla guía motivacionalmente la conducta cuando se la toma como una razón perentoria para la acción; de ello se sigue que una regla no puede guiar motivacionalmente si se requiere que el agente delibere sobre los méritos de aplicar la regla. Como la aplicación de la regla del salario mínimo depende, de conformidad con la regla inclusiva de reconocimiento, de que el [juez] evalúe primero si la regla es groseramente injusta, no puede tratar la regla como una razón perentoria para la acción y, por lo tanto, no puede ser guiado motivacionalmente por ella. (*HWO* , 501) En la medida en que *Rm*

w tiene como objetivo guiar motivacionalmente el comportamiento judicial al proporcionar una razón perentoria que *impide* la deliberación sobre los méritos morales de *Rm* ,

De lo cual se desprende que *Rm*

No *podemos* motivarnos y guiar el comportamiento

porque *NRoR* requiere que el juez delibere sobre los méritos de *Rm w* como condición previa para su aplicación.

El problema surge aquí porque, como hemos visto, la explicación de Hart de las razones perentorias *impide* al juez deliberer sobre los méritos morales de *R*.

52

metro .

el

En la medida en que una regla de reconocimiento requiere una deliberación sobre los méritos de una ley como condición previa para **(p. 161)** aplicarla, esa ley ni siquiera puede pretender proporcionar razones perentorias porque las razones perentorias *impiden* tal deliberación. Dado que, para Hart, la ley guía motivacionalmente el comportamiento al proporcionar razones perentorias, cualquier ley que deba evaluarse moralmente como condición previa para su aplicación es incapaz de guiar motivacionalmente el comportamiento en el sentido hartiano.

Pero hay que tener en cuenta que no hay nada en las tesis de convencionalidad, hecho social y separabilidad que obligue a Hart a aceptar la idea de que la única manera en que el derecho puede proporcionar una guía motivacional es excluyendo las deliberaciones sobre los méritos de una norma. Tampoco hay nada en las opiniones generales de Hart acerca de que la regla de reconocimiento tenga un aspecto interno que lo obligue a definir esta importante idea en términos de la aceptación oficial de la autoridad *perentoria* . Si bien puede haber otras características de la teoría de Hart que lo obliguen a asumir esa explicación de la guía motivacional,53 estas características son ajenas a los compromisos centrales del positivismo inclusivo. Si esto es correcto, entonces un positivista inclusivo puede responder a Shapiro rechazando la teoría de Hart de las

razones perentorias como explicación de cómo el derecho guía motivacionalmente el comportamiento.

De hecho, una vez que rechazamos la explicación de Hart de las razones perentorias como una explicación de la guía motivacional, podemos ver cómo un juez puede ser guiado simultáneamente por *NRoR* y *Rm* .

Supongamos que sería extremadamente injusto para los empleados

Permitir que los empleadores paguen menos de $4 por hora y es sumamente injusto para los empleadores exigirles que paguen más de $9.

por hora. Supongamos que un empleado demanda a un empleador en virtud de *Rm* ,

W al afirmar que el empleador está pagando solo $5.50 por

hora en violación del requisito del salario mínimo. Supongamos además que el juez exige al empleador que pague a los empleados la diferencia entre lo que habrían recibido si les hubieran pagado $6 por hora y lo que realmente recibieron, y lo hace porque *Rm*

w la obliga a hacerlo.

Bajo estos supuestos, parece haber espacio para *Rm*

w para hacer una diferencia práctica en la deliberación del juez. En la visión de Shapiro, para determinar si una regla hace una diferencia práctica, debemos considerar lo que haría el agente si no apelara a la regla; si hiciera exactamente lo mismo sin apelar a la regla, la regla no hace una diferencia práctica. Pero observe que no hay razón para pensar que la decisión del juez hubiera sido la misma sin apelar a *Rm* .

el Habitación

w requiere que los empleadores paguen $6 por hora pero, por

En la hipótesis de que no sería tan injusto que pagaran 5,50 dólares por hora, no hay garantía de que un juez motivado por *el NRoR* haría lo mismo si no apelara a *Rm* .

w De hecho, la decisión del juez sería

Habría sido diferente si *Rm*

w exigió 7 dólares por hora (lo que, por hipótesis, no es groseramente injusto). Por lo tanto, es posible que el juez se guíe motivacionalmente por *NRoR* y *Rm* .

el

Aquí vale la pena señalar que las normas válidas bajo reglas exclusivas de reconocimiento pueden marcar una diferencia práctica porque los criterios de validez exclusiva dejan a los jueces con lo que Shapiro llama "margen de maniobra". Un juez puede guiarse motivacionalmente tanto por la regla exclusiva de reconocimiento **(p. 162)** como por una regla válida bajo ella porque "siempre depende de [la página 21 de 28

Positivismo jurídico inclusivo

El juez [puede] imaginar que la norma ya no existe' (*HWO* , 498). Si la norma ya no existe o es reemplazada por alguna otra norma, entonces el juez tiene una razón para hacer algo diferente. Según Shapiro, '[e]s este 'margen de maniobra' creado por reglas dinámicas de reconocimiento lo que permite que las reglas jurídicas primarias hagan diferencias prácticas'.

(*HWO* , 498).

Pero, como muestra el ejemplo anterior, las reglas de necesidad dejan exactamente el mismo tipo de margen de maniobra. En la medida en que las reglas de necesidad exigen que las disposiciones legislativas sean coherentes con un conjunto de principios morales, son dinámicas porque, en la mayoría de los casos, habrá más de una regla que regule una conducta que sea coherente con los principios morales pertinentes. Por ejemplo, hay muchas

maneras en que un estado podría regular el flujo de tráfico en una autopista interestatal de conformidad con la Octava Enmienda de la Constitución. Así, un juez que está motivado por una regla de necesidad puede estar motivado simultáneamente por una regla válida en virtud de ella porque el juez siempre puede imaginar que la regla ya no existe o es reemplazada por alguna otra regla. Mientras el positivista rechace la idea de que la ley proporciona razones perentorias, puede aceptar el componente de necesidad como un medio para explicar el funcionamiento de disposiciones constitucionales como la Octava Enmienda.

7.4 El componente de suficiencia

Mientras que el argumento de Shapiro contra el Componente de Necesidad está dirigido a la explicación de Hart de las razones perentorias, el argumento de Shapiro contra el Componente de Suficiencia apunta a otras explicaciones posibles de la guía motivacional y, por lo tanto, es considerablemente más poderoso. Sea *SRoR* una regla de suficiencia que afirma que "los jueces están obligados a aplicar normas morales en casos difíciles" y sea *Rcom* la norma moral de que una persona *A* debe compensar a otra persona *B* cuando la conducta de *A resulta ilícitamente en* lesiones a *B. Rcom* es válida en virtud de su contenido moral bajo *SRoR* . Ahora supongamos que el juez debe decidir si John debe compensar a Tom por las lesiones que sufrió cuando se resbaló en el hielo que se formó en la acera de John y que *Rcom* es la única regla relevante. Supongamos además que el juez está motivacionalmente guiado por *SRoR* .

En la visión de Shapiro, el juez no puede ser guiado motivacionalmente por *Rcom simultáneamente* 'porque el juez actuará exactamente de la misma manera ya sea que consulte personalmente el principio moral o no' (*HWO* , 496). Porque un juez que es guiado motivacionalmente por *SRoR* estaría motivado a decidir el caso de acuerdo con la moralidad -y la moralidad requiere que John compense a Tom. Por lo tanto, si el juez es guiado motivacionalmente por *SRoR, Rcom* no puede hacer una diferencia práctica: 'La guía por la regla inclusiva de reconocimiento *por sí*

misma es siempre suficiente para dar al juez la respuesta correcta' (*HWO* , 496).

(p. 163) Se podría objetar que el juez se habría comportado de manera diferente si la moralidad no requiriera que John compensara a Tom; en otras palabras, se podría objetar que el juez habría decidido el caso de manera diferente si *Rcom* no hubiera sido una regla. Pero Shapiro responde que simplemente no es posible que *Rcom* no sea una regla bajo una regla de suficiencia que valida todos y solo los principios morales. Las reglas exclusivas de reconocimiento dejan margen de maniobra con respecto a *Rcom* porque si *Rcom* es válido depende *completamente* de si tiene la fuente social apropiada, y esto es una cuestión contingente; aunque *Rcom* es un requisito moral de justicia correctiva, una legislatura podría no obstante negarse a promulgar *Rcom* . Bajo una regla exclusiva de reconocimiento que valida *Rcom* , entonces, un juez tiene el margen de maniobra requerido con respecto a *Rcom* porque "siempre depende de nosotros imaginar que la norma [*Rcom*] ya no existe".

Así, las reglas exclusivas de reconocimiento son "dinámicas" en el sentido de que qué reglas son validadas por una regla exclusiva es una cuestión puramente contingente.

Y esto, según la visión de Shapiro, distingue las reglas de reconocimiento exclusivas de las reglas de reconocimiento inclusivas: a diferencia de la regla de reconocimiento exclusiva, la inclusiva es estática. El conjunto de posibles acciones motivadas es fijo desde el principio y nunca varía. La razón de esto es simple: la moral es un sistema estático.

no tiene una "regla de cambio". La moral difiere dramáticamente del derecho en este aspecto. Mientras que las reglas legales cambian rutinariamente con el tiempo, las reglas morales no lo hacen. Es incoherente, por ejemplo, decir que las promesas ya no necesitan cumplirse. Si las promesas deben cumplirse hoy, deben cumplirse mañana. (*HWO* , 498) Lo que distingue a las reglas de suficiencia de las reglas exclusivas de reconocimiento, entonces, es lo siguiente: mientras que es una cuestión contingente qué reglas son válidas bajo una regla exclusiva

de reconocimiento, no es una cuestión contingente qué reglas son válidas bajo una regla de suficiencia de reconocimiento.

Sin embargo, el argumento de Shapiro aquí supone problemáticamente la falsedad del relativismo ético normativo.

Positivismo jurídico inclusivo

Según el relativismo ético normativo, las culturas fabrican la moral en el siguiente sentido: lo que es correcto o incorrecto en una cultura dada está determinado enteramente por lo que la mayoría de la gente en esa cultura cree. Así, por ejemplo, el aborto es moralmente incorrecto en una cultura en el momento *t* si y sólo si la mayoría de la gente cree en *t* que el aborto es incorrecto. Pero si el relativismo ético normativo es cierto, se sigue, contra Shapiro, que la moral es un sistema dinámico en el que las reglas morales pueden cambiar y, por lo tanto, dejar suficiente margen de maniobra para que un juez "imagine que la norma [*Rcom*] ya no existe".

En respuesta, Shapiro sostiene que el relativismo ético normativo no rescatará al positivismo inclusivo; porque si fuera cierto, "el positivismo jurídico inclusivo colapsaría en positivismo jurídico excluyente, ya que ambos exigirían que las normas jurídicas tengan fuentes sociales y sean válidas en virtud de esas fuentes" (*LMG* , 25). Esto, sin embargo, exagera las consecuencias del relativismo ético normativo sobre el positivismo jurídico. Los positivistas excluyentes afirman que es una verdad conceptual sobre el derecho que tiene una fuente *institucional* que sirve como pedigrí para el derecho. Lo que se necesita para validar una norma, según el positivismo excluyente, es (1) algún tipo de acto intencional (2) expresado en un contexto institucional **(p.**

164) que se ajuste a los criterios convencionales de validez. Las normas que son válidas en virtud de lo que la gente de la cultura generalmente cree no satisfacen ninguna de estas condiciones. Si bien la verdad del relativismo ético normativo requeriría repensar la

distinción entre positivismo inclusivo y excluyente, no es porque la distinción entre ambos colapsara.54

En cualquier caso, Shapiro tiene una respuesta mucho más contundente a la objeción: incluso si es posible que *Rcom* no sea una regla moral, *Rcom* no puede guiar motivacionalmente a un juez que está guiado motivacionalmente por *SRoR* . En la visión de Shapiro, *Rcom* guía motivacionalmente a un juez a hacer *un* si y solo si el juez podría no haber hecho *un* si no hubiera apelado a *Rcom* . Pero si el juez está guiado motivacionalmente por *SRoR* , hará lo que la moralidad requiere, ya sea que esto se determine objetiva o intersubjetivamente, incluso si no apela a *Rcom* . Por lo tanto, independientemente de si el relativismo ético normativo es verdadero, el juez no puede ser guiado motivacionalmente tanto por *SRoR* como por *Rcom* .

7.5 Orientación motivacional y decisión judicial

Los argumentos de Shapiro se basan críticamente en la afirmación de que la PDT implica que los jueces deben estar guiados motivacionalmente por normas jurídicas de primer orden. Como hemos visto, Shapiro rechaza la posibilidad de que exista una regla inclusiva de reconocimiento porque un juez que está guiado motivacionalmente por dicha regla no puede estarlo simultáneamente por ninguna norma de primer orden que valide. Una vez que el juez está motivado por una regla inclusiva de reconocimiento, en la visión de Shapiro, no hay lugar para que una norma de primer orden guíe motivacionalmente al juez porque la regla de reconocimiento determina lo que el juez hará.

Pero es razonable preguntarse por qué cualquier versión plausible de la PDT requeriría que los jueces se guíen motivacionalmente por normas de primer orden. Aquí es importante notar que, según Hart, la regla de reconocimiento se dirige sólo a los funcionarios y, por lo tanto, define los deberes legales de los funcionarios *en su condición de* funcionarios. En contraste, las normas jurídicas de primer orden no definen generalmente deberes legales que se aplican a los funcionarios *en su condición de*

funcionarios. Por lo tanto, cuando un juez evalúa la conducta de un ciudadano en virtud de una norma de primer orden, su comportamiento satisface un deber definido por la regla de reconocimiento. No satisface un deber definido por la norma jurídica de primer orden relevante; la norma jurídica de primer orden, por sus propios términos, define el deber del acusado, y es por eso que esa norma es relevante.

Los compromisos de Hart con el punto de vista interno y la Tesis de la Convencionalidad Fuerte parecen implicar, como señala Shapiro, que los jueces deben guiarse motivacionalmente por la regla de reconocimiento. Un juez que adopta el punto de vista interno **(p. 165)** hacia una regla de reconocimiento que define sus deberes necesariamente toma la regla como una razón para hacer lo que *le exige* .

Sin embargo, no está claro cómo los jueces podrían ser guiados motivacionalmente por reglas que no están dirigidas a ellos y, por lo tanto, no *definen* sus deberes legales. Ser guiado motivacionalmente por una regla, en la visión de Shapiro, es "conformarse" a la regla debido a su condición de regla. Pero un juez que evalúa la conducta de un acusado según una regla de primer orden no se está *conformando* a la regla de primer orden; más bien, se está conformando a la regla de reconocimiento que le exige determinar si la conducta del acusado *se ajusta* a esa regla de primer orden. En la medida en que el juez no puede, estrictamente hablando, conformarse *como* juez a esa regla de primer orden, no está claro por qué la PDT debe interpretarse como que requiere que el juez sea guiado motivacionalmente por tales reglas.55

Por supuesto, como señala Shapiro, algunas normas de primer orden están dirigidas a los jueces (*LMG* , 30). Consideremos, de nuevo, el principio, que se hizo famoso en *Riggs v. Palmer* , de que a nadie se le debe permitir sacar provecho de su propio error.

Positivismo jurídico inclusivo

En sus propios términos, el principio *Riggs* parece dirigir a los jueces a tomar medidas para impedir que una persona

se beneficie de su propio error y, por lo tanto, está dirigido claramente a los jueces y no a los ciudadanos.

Pero esta observación, aunque correcta, no puede reivindicar el argumento de Shapiro contra el positivismo inclusivo. Lo que se necesita para refutar la tesis de la incorporación es un argumento que muestre que los jueces *siempre deben* estar guiados motivacionalmente por normas de primer orden. El hecho de que algunas normas de primer orden estén dirigidas a los jueces y, por lo tanto, deban ser capaces de guiar motivacionalmente su comportamiento no implica que *todas* las normas de primer orden deban ser capaces de guiar motivacionalmente el comportamiento judicial. Si esto es correcto, entonces el argumento de Shapiro muestra, como máximo, que las normas de primer orden dirigidas a los jueces no pueden ser legalmente válidas en virtud de su contenido moral; dichas normas son inválidas, válidas en virtud de su fuente o deben interpretarse como dirigidas a sujetos.56 Esto implica una restricción conceptual del contenido de las reglas inclusivas de reconocimiento, pero no excluye lógicamente la posibilidad de criterios morales de validez.

Notas:

(1) Hart también cree que la teoría de Austin explica únicamente la existencia de reglas de primer orden que exigen o prohíben ciertos tipos de comportamiento. Según Hart, Austin pasa por alto otro tipo de regla de primer orden que confiere el poder de crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones, como las que rigen la creación de contratos.

(2) HLA Hart, *The Concept of Law* , 2.ª ed. (Oxford: Clarendon Press, 1994), 92. En adelante denominado *CL* .

Hart hace la distinción en términos de reglas primarias y secundarias, pero parece utilizar el término "reglas secundarias".

En dos sentidos diferentes. En primer lugar, utiliza "reglas secundarias" para denotar "reglas que confieren poder" y que permiten a los individuos alterar las relaciones jurídicas existentes; en contraste, las "reglas primarias" son

reglas que requieren o prohíben ciertas conductas por parte de los ciudadanos. En este uso, las reglas del contrato son reglas secundarias. En otro lugar utiliza "reglas secundarias" para denotar reglas sobre reglas. En este uso, las reglas del contrato no son reglas secundarias. Considero que este último uso es más adecuado y utilizaré los términos "de primer orden" y "meta-" para describirlo.

(3) Raz interpreta el término "autoridad" como algo que tiene un contenido moral. Una autoridad es, según este uso, moralmente legítima.

Véase la sección 6, más adelante, para un análisis de las opiniones de Raz. Tal como utilizo el término aquí, no se debe interpretar que "autoridad" implica legitimidad moral.

(4) Hart rechaza esta versión de la tesis, ya que permite la posibilidad de criterios morales de validez. Así, como señala Coleman, "los dos aspectos de la tesis de los hechos sociales —que la ley debe ser identificable por los hechos sociales y que la regla que establece los criterios de legalidad es una regla social— son independientes entre sí". Jules L. Coleman,

'Segundas reflexiones y otras primeras impresiones', en Brian Bix (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1998), 257–322, 264. En adelante denominado *ST* .

(5) Hart admite que "es posible imaginar una sociedad sin una legislatura, tribunales o funcionarios de ningún tipo" (*CL* , 91). El problema, sin embargo, es que un sistema de este tipo contiene exactamente los defectos que la institución del derecho pretende corregir. Como diría Hart, un sistema de reglas tan simple es demasiado "estático" ya que no hay un mecanismo formal para cambiar las reglas (*CL* , 92). Asimismo, este sistema simple es "ineficiente" porque no hay un mecanismo formal por el cual se ejerza presión social para que se incumpla (*CL* , 93). Por lo tanto, Hart caracterizaría a un sistema de este tipo como un sistema de derecho primitivo o rudimentario.

(6) Jules Coleman, 'Incorporacionismo, convencionalidad y la tesis de la diferencia práctica', *Legal Theory* , 4/4

(diciembre de 1998), 381–426, 383. En adelante denominado *ICP* .

(7) Austin, entonces, no acepta la Tesis de la Convencionalidad Débil; pues una mera convergencia de comportamiento (es decir, un hábito de obediencia) es suficiente, en su opinión, para sustentar un sistema legal.

(8) Leslie Green es una notable excepción. Véase, por ejemplo, Leslie Green, 'Positivism and Conventionalism', *Canadian Journal de Derecho y Jurisprudencia* , 12/1 (enero de 1999), 35–52.

(9) Andrei Marmor, 'Convencionalismo jurídico', *Legal Theory* , 4/4 (diciembre de 1998), 509–32, 521. En adelante denominado *LC* .

(10) Jules L. Coleman, *La práctica del principio: en defensa de un enfoque pragmático de la teoría jurídica* , The Clarendon Lectures in Law (Oxford: Oxford University Press, 2000), 94. En adelante denominado *POP* .

(11) Coleman describe la estructura de dicho conjunto de preferencias de la siguiente manera: 'Aunque la primera preferencia de cada persona es que todos apliquen su conjunto favorito [de criterios de validez], cada uno prefiere (en segundo lugar) que todos apliquen el *mismo* conjunto—sin importar cuál sea—sobre la alternativa (de tercer rango) de aplicar su propio conjunto de primera elección mientras los demás aplican el suyo (es decir, la alternativa de no tener ningún sistema legal)' (*POP* , 92).

(12) Véase Scott J. Shapiro, 'Law, Plans and Practical Reason', *Legal Theory* , 8/4 (diciembre de 2000), 387. El concepto de SCA se debe a Michael E. Bratman. Véase Bratman, 'Shared Co-operative Activity', *Philosophical Review* , 101/2

(Abril 1992).

(13) Coleman admite que existen sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que la regla de reconocimiento es una convención constitutiva, pero considera que esto no es de ayuda en teoría. En su opinión, la noción de una convención constitutiva deja sin explicar por qué los funcionarios se comprometerían conjuntamente con esa regla. En cambio, la noción de una convención de coordinación puede ayudar a explicar ese compromiso: en la medida en que el compromiso con un conjunto compartido de criterios de validez sea necesario para resolver un problema de coordinación importante, los funcionarios tienen una razón para asumir ese compromiso.

(14) Eph Raz, *El concepto de un sistema jurídico* , 2.ª ed. (Oxford: Clarendon Press, 1980), 200.

(15) Afortunadamente, Raz no comparte el escepticismo de Marmor sobre la posibilidad de una convención social que dé lugar a una obligación. Consideremos, por ejemplo, las opiniones de Raz sobre lo que él llama la actitud de respeto por la ley: "[E]l respeto práctico que algunas personas tienen por la ley es en sí mismo una razón para obedecerla. El hecho de que este respeto no tenga un fundamento externo ordinario se reconoce mediante la afirmación de que no existe obligación de respetar la ley ni siquiera en un buen sistema jurídico. Respetar la ley en tales sociedades es simplemente permisible. Sin embargo, quienes respetan la ley tienen una razón para obedecer, de hecho están obligados a obedecer. Su actitud de respeto es su razón, la fuente de su obligación. La afirmación no es simplemente que reconocen tal obligación, no simplemente que piensan que están sujetos a una obligación. Es que realmente están obligados". Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 253. En la medida en que una convención social esté respaldada por la actitud apropiada de respeto, esa convención podría, en opinión de Raz, dar lugar a una obligación.

(16) Sin embargo, puede proporcionar una explicación más limitada de la normatividad de la regla de reconocimiento, pues es claro que la conducta de una persona *A* puede dar a otra persona *B* una razón para actuar. En la medida en que *B* tiene una preferencia por que su conducta se ajuste a la conducta de *A,* la conducta de A puede claramente dar

lugar a una razón en *B* para que también actúe. Además, en la medida en que *A* se compromete a considerar la conducta de *B como un estándar con el que criticar las desviaciones,* la conducta de *B puede proporcionar una razón de mayor peso para que A* actúe que si el compromiso de *A de hacer lo que hace B* fuera meramente una preferencia por que la conducta de *A y la de B* converjan. Por lo tanto, adoptar el punto de vista interno respecto de la conducta de los demás puede proporcionar una razón para hacer lo que hacen los demás.

(17) Pero cabe señalar que Coleman ha sostenido que Hart nunca tuvo la intención de que su análisis del punto de vista interno explicara cómo las reglas sociales dan lugar a obligaciones. Véase *ICP* , 400.

(18) Para resolver este problema, tal vez sea necesario rechazar la opinión de Hart de que un sistema jurídico no puede ser puramente coercitivo, una postura que me parece correcta. Una cosa es afirmar que la obligación jurídica no es *esencialmente* coercitiva, y otra muy distinta decir que la obligación jurídica *no puede ser* puramente coercitiva. Hart parece haber exagerado las deficiencias de la teoría del derecho de Austin. Para un análisis de este punto, véase Kenneth Einar Himma, 'Law's Claim of Legitimate Authority', en Jules Coleman (ed.), *The Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, de próxima aparición); y Matthew H. Kramer, 'Requirements, Reasons, and Raz: Legal Positivism and Legal Duties', *Ethics* , 109/1 (enero de 1999).

(19) Klaus Füßer, 'Adiós al “positivismo jurídico”: el desenlace de la tesis de la separación', en Robert P. George, *The Autonomía del derecho: ensayos sobre positivismo jurídico* (Oxford: Clarendon Press, 1996), 119–62.

(20) Nótese que, así interpretada, la Tesis de Separabilidad es una consecuencia lógica directa de la Tesis de Convencionalidad Débil.

(21) Nótese que la relación lógica relevante difiere en cada uno de los componentes. Mientras que la relación relevante en el Componente de Necesidad es la relación de consistencia, la noción relevante en el Componente de Suficiencia es la relación de conformidad. El Componente de Suficiencia no podría utilizar la relación de consistencia porque validaría normas inconsistentes; hay muchas proposiciones *P* tales que *P* y ~ *P* son consistentes con la moralidad. Una ley que requiere que los conductores conduzcan por el lado derecho de la carretera no es menos consistente con los principios morales que una ley que

exige que los conductores circulen por el lado izquierdo. Asimismo, el componente de necesidad no podría utilizar la relación de conformidad porque daría lugar a muy pocas normas, al menos en los sistemas jurídicos modernos. Muchas leyes están pensadas como soluciones a problemas de coordinación y, por lo tanto, no reproducen el contenido de alguna norma moral.

(22) Lon L. Ful er, *The Morality of Law (La moralidad del derecho)* (New Haven: Yale University Press, 1963). En adelante denominado *ML* .

(23) HLA Hart, 'Reseña del libro *The Morality of Law* ', *Harvard Law Review* , 78 (1965), 1281, reimpreso en HLA

Hart, *Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 361.

(24) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977). En adelante, *TRS* .

(25) La siguiente discusión tiene una deuda obvia con el análisis que Coleman hizo del tema en *ICP* .

(26) David Lyons, 'Principles, Positivism, and Legal Theory', *Yale Law Journal* , 87 (1977), 415, 423–4. Véase también Jules Coleman, 'Negative and Positive Positivism', *Journal of Legal Studies* , 11 (1982), 139, reimpreso en Marshal

Cohen, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Totowa, NJ: Rowman & Al anheld, 1983). En adelante denominado *NAPP* . Coleman no fue el primero en articular el Componente de Suficiencia como una solución al Problema Original pero es, más que nadie, responsable de su posterior desarrollo e importancia en la filosofía jurídica.

(27) Philip Soper, 'Teoría jurídica y obligación del juez: la disputa Hart/Dworkin', *Michigan Law Review* , 75

(enero de 1977), 473.

(28) Algunos positivistas inclusivos, como Waluchow y Kramer, sólo respaldan el componente de necesidad de la tesis de la incorporación.

(29) Hart, 'Reseña del libro *La moralidad de la ley* ', 361.

(30) Véase, en general, *PoP* , Capítulo 8.

(31) Pero es importante señalar que la Tesis de la Fuente no compromete al positivista exclusivo a afirmar que nunca es posible que el derecho incorpore la moralidad. La Tesis de la Fuente y la Tesis de la Incorporación son afirmaciones sobre lo que puede incluirse en una *regla de reconocimiento* . La Tesis de la Fuente, por sus propios términos, afirma únicamente que los criterios de validez consisten enteramente en estándares basados en la fuente relacionados con las condiciones procesales bajo las cuales puede promulgarse el derecho. Por lo tanto, si bien la Tesis de la Fuente excluye la incorporación de contenido moral en la regla de reconocimiento, no hay nada en la Tesis de la Fuente, por sí misma, que comprometa al positivista exclusivo a negar que el derecho puede incorporar principios morales como reglas de primer orden.

Y algunos positivistas excluyentes permiten explícitamente la posibilidad de que los principios morales puedan incorporarse a la ley siempre que tengan una fuente autorizada y no funcionen como criterios de validez. Como describe Scott Shapiro, "la regla de cumplimiento de promesas, por ejemplo, solo puede convertirse en ley cuando algún organismo autorizado la promulga o practica debidamente; si la regla de cumplimiento de promesas

carece de un pedigrí social directo, puede que nunca cuente como una norma legal". Scott J. Shapiro, "La diferencia que hacen las reglas", en Brian Bix (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Teoría* (Oxford: Clarendon Press, 1998), 57.

(32) Por esta razón, el positivismo excluyente no puede ser refutado por el hecho obvio de que las constituciones escritas a menudo contienen cláusulas que se expresan utilizando lenguaje moral.

(33) Muchos teóricos, como Waluchow, aceptan el Componente de Necesidad debido a su precisión descriptiva; el Componente de Necesidad se cohesiona más estrechamente que otras teorías positivistas con el hecho empírico de que las disposiciones constitucionales frecuentemente incluyen lenguaje moral que restringe la legislación legislativa. Para estos teóricos, la Tesis de Incorporación goza de un estatus epistémico especial: en la medida en que una afirmación *C* sobre la práctica legal entra en conflicto con la Tesis de Incorporación, eso constituye una razón prima facie para rechazar *C.* Coleman rechaza esta visión: '[L]a disputa entre positivistas legales excluyentes e inclusivos no puede resolverse sobre bases descriptivas, por la sencilla razón de que la disputa no es descriptiva' (*POP* , 109). La cuestión para Coleman es si existe un marco *conceptual coherente* que incluya la Tesis de Incorporación.

(34) Estrictamente hablando, la crítica de Dworkin aquí se aplica a *cualquier* intento de explicar la validez jurídica de los principios morales Página 26 de 28

en términos de una regla de reconocimiento, incluidos los intentos exclusivistas de explicar la autoridad vinculante de tales principios en términos de promulgación formal. Véase Joseph Raz, 'Legal Principles and the Limits of Law', *Yale Law Journal* , 81 (1972), 823. Sin embargo, incluyo aquí una breve discusión de esta crítica debido a su importancia histórica y porque la afirmación de que los principios morales pueden ser legalmente válidos en virtud de la

fuente (en oposición al contenido) es ligeramente incorporacionista.

(35) Los positivistas excluyentes, por supuesto, niegan esta posibilidad, pero por razones que no tienen nada que ver con las intuiciones de que (1) "la existencia de una ley es una cosa, su mérito es otra" y (2) las nociones de ley y moralidad son conceptualmente distintas, que motivan la Tesis de la Separabilidad. Como veremos en la siguiente sección, Raz suscribe la Tesis de la Fuente porque cree que la Tesis de la Incorporación es incompatible con la naturaleza de la autoridad.

Dworkin y Raz rechazan el positivismo inclusivo, pero por razones diferentes.

(36) Joseph Raz, 'Authority, Law, and Morality', *The Monist* , 68/3 (1985), en Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon Press, 1994). Las referencias son a la reimpresión. En adelante identificado como *ALM* .

(37) Brian Leiter, 'Realismo, positivismo y análisis conceptual', *Legal Theory* , 4/4 (diciembre de 1998), 541.

(38) Leiter, 'Realismo, positivismo y análisis conceptual', 542.

(39) Wilfrid Waluchow, 'La autoridad y la tesis de la diferencia práctica: una defensa del positivismo jurídico inclusivo', *Legal Theory* , 6/1 (marzo de 2000), 45–82, en 58.

(40) Joseph Raz, *Razones prácticas y normas* (Princeton: Princeton University Press, 1990), 46.

(41) Heidi M. Hurd, 'Challenging Authority', Yale *Law Journal* , 100 (1991), 1611. En adelante denominado *CA.*

(42) HLA Hart, 'Órdenes y razones legales autoritativas', en Hart, *Ensayos en Bentham* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 253.

(43) Más específicamente, impide que el agente *decida* qué hacer (y, por lo tanto, *actúe*) basándose en su juicio sobre el equilibrio de razones.

(44) Joseph Raz, 'Autoridad y Justificación', *Philosophy & Public Affairs* , 14/1 (invierno de 1985), 18; énfasis añadido.

(45) Joseph Raz, 'Hart sobre los derechos morales y los deberes legales', *Oxford Journal of Legal Studies* , 4/1 (primavera de 1984), 131

(énfasis añadido).

(46) Para una opinión contraria, véase William A. Edmundson, 'Autoridad legítima sin obligación política', *Law and Filosofía* , 17/1 (enero de 1998), 43–60. Según la opinión de Edmundson, decir que una autoridad *A* es legítima sobre una persona *P*

es decir que *P* tiene la obligación moral de abstenerse de interferir con los esfuerzos *de A* por "administrar" sus directivas.

(47) Véase Kenneth Einar Himma, 'La reivindicación de autoridad legítima de la ley', en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Ensayos sobre la posdata del concepto de derecho* (Oxford: Oxford University Press, 2001) para un análisis de la tesis de la autoridad.

(48) Philip Soper, 'Law's Normative Claims', en Robert P. George, *The Autonomy of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1996), 215-47. En adelante, *LNC* .

(49) Kramer, 'Requisitos, razones y razones', 394.

(50) Scott J. Shapiro, 'On Hart's Way Out', *Legal Theory* , 4/4 (diciembre de 1998), 469–508, pág. 490. En adelante denominado *HWO* .

(51) Pero nótese que la oración 'la función conceptual del derecho es guiar la conducta' es ambigua entre la función del derecho como institución (o la función de un sistema

jurídico) y la función del derecho considerado como una norma individual. La primera no implica un compromiso con la PDT. Véase Kenneth Einar Himma, 'HLA Hart and the Practical Difference Thesis', *Legal Theory* , 6/1 (marzo de 2000), 1–43.

(52) Véanse los números 48-50, supra.

Positivismo jurídico inclusivo

(53) Shapiro cree que Hart no puede repensar su teoría de las razones perentorias sin tener que repensar otros aspectos de su teoría. Véase Scott Shapiro, 'Law, Morality and the Guidance of Conduct', *Legal Theory* , 6/2 (junio de 2000), 62-3. En adelante, *LMG* . Las referencias se refieren al manuscrito.

(54) Para ver esto, nótese que se podría argumentar que la concepción raziana de la autoridad sigue siendo incompatible con la Tesis de la Incorporación, pues, bajo una regla inclusiva de reconocimiento, identificar la ley requeriría que una persona delibere sobre sus "méritos", aunque sus méritos se definirían en términos de una propiedad empírica, a saber, lo que la gente en la cultura cree. Y esto sigue siendo incompatible con el objetivo conceptual de la autoridad, que es resolver cuestiones sobre lo que exige la razón correcta.

(55) Véase Himma, 'HLA Hart and the Practical Difference Thesis', 34-9, para una discusión detallada de esta línea de crítica. Shapiro cree que Hart sostiene la opinión de que las normas de primer orden guían motivacionalmente la conducta. Así, por ejemplo, Shapiro señala que Hart afirma que 'es seguramente evidente que en su mayor parte las decisiones, como los movimientos del jugador de ajedrez, se alcanzan ya sea por un esfuerzo genuino para ajustarse a reglas tomadas conscientemente como estándares rectores de decisiones o, si se alcanzan intuitivamente, están justificadas por reglas que el juez estaba dispuesto de antemano a observar y cuya relevancia para el caso en cuestión generalmente sería reconocida' (*CL* , 141; citado en *LMG* , 27).

Dudo que las opiniones de Hart sobre las diversas formas de orientación estuvieran lo suficientemente desarrolladas como para que estas observaciones aisladas fueran una prueba fiable de un modo u otro. De hecho, parte de lo que hace que el trabajo de Shapiro sobre el tema sea tan importante es que ha formulado distinciones que no se habían hecho antes en la literatura. Sospecho que hay mucho en el trabajo de Shapiro que habría impresionado incluso a Hart como pura innovación. En cualquier caso, no quiero hacer aquí ninguna afirmación sobre lo que Hart creía o no creía. Más bien, estoy argumentando sólo que el núcleo de la teoría de Hart le permite negar que los jueces deben estar, en el sentido de Shapiro, guiados por normas de primer orden y que debería negar esta fuerte afirmación.

(56) Así interpretado, el principio *Riggs* diría que es incorrecto que una persona se beneficie de su propia conducta culpable.

Kenneth Einar Himma

Kenneth Einar Himma, profesor de Filosofía en la Universidad de Washington.





Formalismo

Manuales de Oxford en línea

Formalismo

Martín Piedra

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0005

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo se ocupa del "formalismo", tal como aparece, como término de crítica en la tradición de pensamiento que se originó con Holmes y los realistas. Presenta dos ejemplos de la primera dificultad para captar el objetivo de esta tradición, es decir, los espantapájaros, y luego desarrolla brevemente la segunda dificultad, es decir, las variedades de formalismo. Examina críticamente lo que los diversos escritores desde Holmes han querido decir con "formalismo" y coloca los diversos tipos de formalismo en relación entre sí. También ofrece instrucciones para abordar dos amplias cuestiones que se entrelazan en todo el tapiz anterior de formalismos, las de la deseabilidad y la posibilidad misma de la adhesión judicial a las reglas. El propósito aquí es motivar ciertas características del pensamiento posholmesiano que de otro modo parecerían confusas.

Palabras clave: formalismo, crítica, pensamiento postholmesiano, deseabilidad, adherencia judicial Las proposiciones generales no deciden casos concretos.

Holmes

1 Introducción

Desde que Holmes escribió sus aforismos críticos y Pound ridiculizó la "jurisprudencia mecánica", pocos términos se han utilizado con más frecuencia para criticar el pensamiento y la práctica jurídica que los términos "formalismo" y "formalista". Se dice que Holmes inició una "rebelión a gran escala contra el formalismo".

1 Sea esto exacto o no, hay que reconocerlo.

que la *noción* de tal rebelión ha sido una obsesión en la jurisprudencia estadounidense, algo que se expresa en el hecho de que, si bien se considera ampliamente que el "formalismo" ha sido desmantelado por los realistas, sigue siendo atacado por cada generación de teóricos. Al igual que el tratamiento de la neurosis o la muerte de Dios, la crítica del formalismo parece de alguna manera interminable.2

(p. 167) Sin embargo, a pesar de toda su notoriedad, no es fácil encontrar una declaración precisa del error del formalista. La máxima de Holmes se presenta a menudo como si captara -y, por negación, corrigiera- el núcleo de ese error; sin embargo, no parece claro a quién se supone que las palabras de Holmes informan, o de qué. La voluminosa literatura que se opone al "formalismo" no es apta para hacer las cosas más perspicuas. En primer lugar, uno se encuentra con varias tesis "formalistas" que parecen poco más que espantapájaros. ¿Cómo podrían haber valido la pena los esfuerzos constantes por negarlas? En segundo lugar, las diversas tesis que uno encuentra no muestran la unidad que parecen sugerir los informes de una "revuelta a gran escala".

Este estudio se ocupa del "formalismo" tal como aparece como término de crítica en la tradición de pensamiento que se originó con Holmes y los realistas.3 El resto de esta introducción presenta dos ejemplos de la primera dificultad para comprender el objetivo de esta tradición (los espantapájaros) y luego elabora brevemente la segunda dificultad (las variedades del formalismo).

Estas dificultades marcan la agenda. La primera parte examina críticamente lo que varios escritores desde Holmes han querido decir con

'formalismo', que pone en relación los distintos tipos de formalismo. La Parte I (que aparece por separado) es la página 1 de 28

El texto es más intervencionista: ofrece indicaciones para abordar dos cuestiones amplias que se encuentran

entrelazadas en todo el tapiz de formalismos anterior, las de (1) la deseabilidad y (2) la posibilidad misma de la adhesión judicial a las reglas. En ambas partes surge una propuesta relativa a la noción objetivo del formalismo, es decir, a lo que podríamos llamar "formalismo" si deseamos dar el nombre a una doctrina distintiva que vale la pena discutir. En términos provisionales, la noción objetivo del formalismo es que el derecho privado es moralmente inteligible en términos no reductivos. El punto aquí no es hacer que el uso del término "formalismo" sea más ordenado de lo que es.4 La propuesta cumple su propósito si ayuda a motivar ciertas características del pensamiento posholmesiano que de otra manera parecerían desconcertantes. Cómo ayuda la propuesta en este sentido es algo que está por verse. Pero, para preparar el terreno, nuestro estudio comienza con una declaración de los enigmas.

1.1 Espantapájaros: Deducción y mecanismo

(*a*) Las referencias a la "deducción" y a la "lógica" son legión en la literatura sobre el formalismo. Se supone que el formalista exige que estas desempeñen un papel en la decisión judicial que (resulta) no pueden desempeñar. Por lo tanto, según un renombrado historiador, "la demostración [por parte de John Dewey] de que la lógica deductiva no podía proporcionar una manera autoejecutable de pasar **(p. 168)** de lo general a lo particular" fue una de las "contribuciones más importantes" a la revuelta posholmesiana.5

No está claro qué significa aquí "autoejecutable", pero ¿tiene importancia? La idea del formalista —es decir, que los juicios particulares ("Jones apiló el heno negligentemente") pueden deducirse de reglas generales ("La negligencia es la falta de cuidado razonable")— parece suficientemente absurda incluso sin esta calificación. Dewey afirma —pero no

"demostrar" -la negación de este pensamiento.6 Es comprensible que no le pareciera necesario ningún argumento. Tampoco se requiere ningún conocimiento legal. Porque el punto es también que el juicio " *esto* es rojo" no es lógicamente derivable de enunciados generales

que no hacen referencia al elemento rojo en cuestión. La "lógica", como lo expresó HLA Hart, "no dice nada acerca de cómo clasificar los particulares";7 nos lleva de reglas sólo a otras reglas, no a juicios aplicativos sobre los particulares.

Kant (quien, para Holmes, era *el* formalista arquetípico) planteó la misma cuestión: la lógica general contiene y no puede contener reglas para el juicio... Si pretendiera dar instrucciones generales sobre cómo debemos someternos a estas reglas, es decir, distinguir si algo cae o no bajo ellas, eso sólo podría hacerse por medio de otra regla. Esto, a su vez, por la misma razón de que es una regla, exige nuevamente la guía del juicio. Y así parece que, aunque el entendimiento puede ser instruido y equipado con reglas, el juicio es un talento peculiar que sólo puede practicarse y no puede enseñarse. 8

En la medida en que se puede encontrar una "demostración" del punto de vista de Dewey, se encuentra aquí, en el pensamiento de que la idea de "lógica"

Las reglas para hacer juicios sobre cosas particulares nos llevan —ya que se necesitaría un juicio para aplicar esas reglas— a una regresión sin esperanza. Esta regresión no tiene por qué afectar a reglas de juicio más estrictamente aplicables: cualquier explicación o interpretación de un concepto o regla (por ejemplo, «La negligencia es la falta de un cuidado razonable») es simplemente una regla de juicio de ese tipo. Pero esas explicaciones o interpretaciones deben llegar a su fin en algún lugar; no podemos explicar de manera inteligible la corrección de juicios particulares, o enseñar a alguien a hacerlos, haciendo un uso perfectamente *general de la idea de reglas para aplicar conceptos o* **reglas.9** Por lo tanto, la «lógica general», como dice Kant, « no *puede* contener reglas para el juicio». La idea no es sólo que «la lógica no dice nada sobre cómo clasificar las cosas particulares» (lo que, sin más, podría ser motivo de alarma), sino que ni siquiera tenemos una idea de lo que sería que las reglas que poseen la generalidad de la «lógica» se refirieran a esto —o que *no* lo hicieran, en realidad—.

(*b*) Si, a pesar de estas consideraciones, la idea de que los jueces no "deducen" sus decisiones de las reglas jurídicas todavía le pareciera a alguien una *afirmación sustancial* , no nos sorprendería que intentaran aclararla así: "La ley no es una máquina y los jueces no son operadores de máquinas";10 "no se han hecho previsiones de antemano para los principios jurídicos, de modo que sólo es necesario poner los hechos en la máquina y extraer de allí una decisión apropiada".1

1 El formalista, como indican estas citas, es a menudo acusado de pensar que los jueces aplican reglas jurídicas

'mecánico y'.12 Quizás esto es lo que 'autoejecutable' quería decir.

Pero parece inverosímil, si no cómico, imaginar a alguien, el llamado "formalista", reconociendo esto como una explicación de lo que estaba pensando. ("Sí, una máquina, ¡justo lo que tenía en mente!"). Si alguna aplicación de reglas puede llamarse

"mecánica", es quizás la clase que requiere poco pensamiento o esfuerzo. En este sentido, "y = x + 2" es "mecánicamente aplicable", pero no "y = x2 + 3x - 7" (al menos para algunos valores de "x" o "y"). Esto no tiene nada que ver con 13

Si una regla determina una única respuesta o está establecida "de antemano". 13 Además, si alguien quisiera decir que la ley siempre proporciona una respuesta, o que las reglas jurídicas a veces obligan a los jueces a tomar ciertas decisiones, entonces apelar a un mecanismo sería completamente inadecuado para sus propósitos. Porque los mecanismos a veces fallan o funcionan mal; la necesidad que exhiben es mucho *más suave* que la que podría haber parecido estar en juego siempre que la ley habla de reglas u otros elementos normativos no sujetos a vicisitudes naturales. Hablar de "mecanismos" de decisión

Puede que sea sólo una manera evocativa de redescribir tales restricciones *normativas* . Pero si hablar de "mecanismos" va más allá de esto, la implicación sería que, para un formalista, una decisión judicial nunca está justificada sino, en el mejor de los casos, excusable como un efecto determinado causalmente. Claramente, esto no es lo que el formalista (o el crítico que intenta capturar la visión del formalista) tiene en mente. Si las reglas legales a veces justifican una decisión **(p. 170)** , presentan una forma de necesidad racional, no causal, aunque su aplicación tampoco es, por esa razón, una cuestión de inferencia lógica.

Se podría sugerir que el objetivo de estos ataques al formalismo es simplemente corregir la impresión de que la ley siempre puede aplicarse sin pensar o sin esfuerzo. Pero, una vez más, ¿de quién era la impresión que había que corregir? Que una norma justifique una decisión no implica que todos los que se esfuercen por seguirla estén de acuerdo; y la necesidad de pensar y esforzarse es a menudo obvia, como debe saber cualquiera que haya presentado una declaración de impuestos, incluso en casos en los que la gente siempre está de acuerdo. 14 Además, como veremos, el "formalismo" se asocia a menudo con la idea de que el razonamiento jurídico es un arte distintivo, que requiere una formación y una experiencia especiales, y no meramente un ejercicio de una capacidad general para reconocer hechos y extraer inferencias válidas. 1

Este parece un terreno especialmente inhóspito para la opinión de que hay algo mecánico o autoejecutable en ello.

1.2 Las variedades del formalismo

Parte de la campaña contra el formalismo parece, pues, un ataque sin esfuerzo a posiciones indefensas.16 Pero incluso cuando no es así, los formalistas parecen caer en una preocupante variedad de bandos entrecruzados. Según la literatura, un formalista jurídico está a mano siempre que alguien:17

(1) defiende el derecho igual de todas las personas a poseer propiedades y a intercambiar su propiedad y trabajo con otros a través de contratos; o, más bien, defiende estos

u otros principios de derecho privado relacionados con los propietarios (por ejemplo, *el deber de cuidado razonable, sic utere tuo* ...) de una manera no reductiva;18

(2) busca obtener información teórica y/o orientación práctica sobre el derecho a través de la atención a su "forma" en oposición a su contenido (variable histórica y geográficamente), y por lo tanto sin tener en cuenta los hallazgos detallados de la historia, la sociología, la antropología, etc.;19

(p. 171) (3) no decide los casos legales a la luz de la política social; o se adhiere a una norma legal sin tener en cuenta sus razones de fondo; o niega que los tribunales deberían tener el poder de hacer excepciones a las normas a la luz de los propósitos a los que sirven;20

(4) sostiene que hay casos en los que la aplicación de una norma jurídica es clara sin *interpretación* , o afirma que la ley proporciona una base para resolver algunos casos sin apelación a

'política' o 'moralidad';21

(5) cree que todos los casos están regulados legalmente (que la ley es completa y unívoca), o que un juez nunca necesita salirse de la ley y ejercer un poder de creación de leyes para tomar una decisión;22

(6) afirma que la validez jurídica es independiente del contenido, o que la ley puede identificarse sobre la base de fuentes distintas, sin recurrir a argumentos morales o políticos;23

(7) niega que la ley, o alguna región de ella, deba entenderse como un instrumento de política social.

(Se supone que el «formalismo» se opone al «instrumentalismo».)24

La crítica postholmesiana ha presentado a veces una figura desafortunada llamada "el formalista", que se dedica a toda esta lista: por ejemplo, al deductivismo, la igualdad formal,

el estudio ahistórico del derecho, la toma de decisiones socialmente insensible, la autonomía del derecho y el razonamiento jurídico, etcétera. Se dice que el formalismo abarca todos los temas principales "en **(p.**

172) la historia del moderno estado de derecho occidental'; su 'destrucción... trae consigo la ruina de todas las demás doctrinas liberales de arbitraje'.2

5 Dado este uso promiscuo del término "formalismo", tal vez era de esperar una contramedida contundente. Ha resultado tentador decir que "formalismo" es "poco más que un término vagamente empleado con fines abusivos",26 uno "usado para describir cualquier decisión judicial, estilo de pensamiento legal o teoría legal con la que el usuario del término no está de acuerdo".27 De hecho, estas afirmaciones inflacionarias y deflacionarias se hacen una a imagen de la otra.

Ambos tienen en común la improbable suposición de que debemos buscar el significado del formalismo en algún factor común de sus diversos usos. ¿No podríamos admitir que el término «formalismo» puede aplicarse correctamente en cada caso (y que cada caso puede tener conexiones con los demás), pero aun así insistir en que « *el* formalista» es un personaje que sólo se encuentra en la mitología jurídica? Estamos obligados a ubicarlo allí una vez que nos damos cuenta de que los principales teóricos jurídicos que suscribieron algunos de nuestros formalismos estándar rechazaron explícitamente otros, y que los positivistas jurídicos, los tomistas, los kantianos y los marxistas son todos formalistas en al menos una de las formas estándar.28

Estas advertencias a la teoría jurídica contra una tendencia que surge entre algunos de sus historiadores se ven reforzadas por una consideración adicional que sugiere que no hay ningún "formalista jurídico", ni siquiera como tipo ideal, que acepte la lista completa, ni ningún "antiformalista" que deba rechazarla por completo. El

hecho es que incluso esta lista limitada no presenta un conjunto consistente de actitudes. Los formalismos examinados a continuación no son desconocidos, pero las inconsistencias que implica criticarlos *en masa* a menudo pasan desapercibidas. Nuestro estudio está organizado en torno a tres de esas inconsistencias.

2 ¿Teoría o práctica?

2.1 La conveniencia y posibilidad de una adhesión "ciega" a las normas A veces se critica la forma en que un juez toma decisiones por "formalista". Se dice que los jueces no deberían estar excesivamente sujetos a las normas, sino que deberían decidir de maneras que sean sensibles a **(p. 173)** los objetivos y necesidades que la ley pretende satisfacer.

(Por supuesto, no somos inequívocos al respecto: los jueces también son criticados por actuar *ultra vires* , por ir más allá de las reglas.)29 Aquí, "formalismo" se refiere a una forma supuestamente indeseable de práctica legal, y el punto de la crítica es, naturalmente, la reforma. Esto puede significar que un tribunal en particular debería cambiar su enfoque para tomar decisiones, o que las normas de toma de decisiones que operan en todo un sistema legal deberían cambiarse.30 En cualquier caso, llamaremos a esta variedad de formalismo "toma de decisiones excesivamente sujeta a reglas" (ORBD, por sus siglas en inglés).

En otras partes de la literatura, el formalismo no se refiere a una forma de práctica jurídica, sino a una pieza de *teoría supuestamente errónea* : a una doctrina concerniente a en qué consiste un aspecto de la práctica jurídica: la aplicación de reglas.

Según esta doctrina, un juez puede a veces aplicar las reglas sin (como suele decir el crítico de este tipo de formalismo) "interpretarlas". De manera provisional, entenderemos que esto significa que un juez no siempre necesita considerar las reglas a la luz de algunos propósitos o políticas a los que podrían servir.3

1 Como es bien sabido, HLA Hart defendió esta doctrina.

Hart sostenía que las normas jurídicas tienen un «núcleo» central de significado y que cuando los hechos de un caso caen dentro de este núcleo (un «caso fácil»), la norma determina lo que se debe hacer y, por lo tanto, puede ser aplicada por el juez sin que tenga que recurrir a ningún fin social deseado.32 El propio Hart no habría descrito esta doctrina como «formalista», pero así es como la describen a menudo quienes se oponen a ella.33 La llamaremos «formalismo de casos fáciles» (ECF).

La máxima de Holmes ('Las proposiciones generales no deciden casos concretos') ha parecido útil a los críticos de ambos

Doctrinas "formalistas". Dirigida contra la ORBD, la máxima dice que las reglas generales no (siempre) deciden *correctamente* los casos particulares; más bien, las reglas necesitan a veces ser modificadas a la luz de las razones directamente involucradas en esos casos. Dirigida contra la ECF, la máxima dice que las reglas legales no determinan lo que se debe hacer *de todos modos* , excepto por medio de alguna otra opción interpretativa. (El propio Holmes tendía a describir los fundamentos de tal opción como "política"). Pero ¿puede la máxima realmente desempeñar este papel dual? ¿Puede uno oponerse inteligiblemente tanto a la ORBD como a la ECF?

El hecho de que el primero se refiera a una práctica supuestamente indeseable de aplicación de normas jurídicas, y el segundo a una concepción supuestamente errónea de en qué consiste la aplicación de normas, no indica, en sí mismo, ningún conflicto entre ellos.

En la práctica, la gente a veces se equivoca porque no entiende bien lo que está haciendo. Sin embargo, en el presente caso **(p. 174)** hay un conflicto. Porque el núcleo de la crítica a la ORBD es que un juez se adhiere ("ciegamente") a una norma jurídica, incluso cuando sería mejor, desde el punto de vista de los fines que recomiendan la norma, crear una excepción o "interpretar" la norma de modo que se vuelva inaplicable al caso particular. Obviamente, una crítica de ese tipo no tendría sentido a menos que lo que exige una norma fuera a veces capaz de entrar en conflicto con lo que parecería mejor hacer sobre

la base de los fines subyacentes a la norma, y, por lo tanto, también a menos que el significado de la norma fuera a veces determinable independientemente. La crítica a la ORBD, en resumen, presupone que la adhesión a las normas jurídicas es a veces frustrante. Pero los críticos de la ECF atacan esta presuposición. "Es una ilusión", dicen, "pensar que las normas jurídicas tienen este tipo de poder autónomo para frustrar nuestros propósitos; Sólo *parecen* obligarnos a llegar a juicios determinados cuando existe un acuerdo general sobre la conveniencia de interpretarlos de una manera u otra. Puesto que la oposición a la ORBD presupone la ECF, no es posible oponerlas a ambas de manera inteligible.34

2.2 La crítica equívoca de la ECF

Pero en este caso hay una tendencia a confundirse. En concreto, los opositores a la ECF tienden a formular sus críticas de un modo que no distingue entre estos dos objetivos "formalistas". El argumento contra la ECF parece cobrar fuerza a partir de la preocupación por la ORBD, al menos mientras no se advierta la equivocación. Recordemos, por ejemplo, la famosa pregunta que Fulger, uno de los destacados críticos de la ECF, le hizo a Hart:

¿Qué diría el profesor Hart si algunos patriotas locales quisieran colocar en un pedestal en el parque un camión utilizado en la Primera Guerra Mundial, mientras que otros ciudadanos, considerando el monumento propuesto como una monstruosidad, apoyan su postura con la regla de "no se permiten vehículos"? ¿Este camión, en perfecto estado de funcionamiento, se encuentra dentro del núcleo o en la penumbra?35

Las implicaciones de esta pregunta no son tan claras como Fuler parece haber pensado. Se podría responder: "Si el camión cae dentro del núcleo de la regla de "no vehículos", se presenta un caso en el que la fidelidad a la regla produce posiblemente un resultado indeseable. Así

concebido, el caso podría ponernos en contra de ORBD, pero el argumento no afecta negativamente

—más bien presupone— la ECF. Sin embargo, tal vez el camión caiga dentro de la penumbra. En ese caso, tomar una decisión inteligente podría requerir interpretar la regla a la luz de para qué sirve. Pero ¿significa esto que *cada ¿La regla siempre* debe interpretarse así? Claramente no. Así que, sea cual sea la respuesta a la pregunta (¿núcleo o penumbra?), ECF

sale ileso.

(p. 175) Naturalmente, se tendrá la impresión de que esto no ha comprendido el punto (retórico) de la pregunta de Fuler, a saber, que es incierto *cómo* se debe clasificar el caso. El problema para la ECF, se dirá, reside en esta incertidumbre clasificatoria, no en una u otra resolución de la misma. Pero si la pregunta de Fuler tenía por objeto provocar tal incertidumbre, ¿no hace esto que la pregunta sea (lógicamente) extraña? La posibilidad de tal incertidumbre es, después de todo, la doctrina de la penumbra de Hart. Si es dudoso que la regla de "no vehículo" se aplique en este caso, seguramente el caso no *cae* dentro del núcleo de la regla (si es que cae bajo la regla en absoluto).

Esto se apoya en la siguiente consideración. Una conclusión diferente (es decir, la incertidumbre) requeriría que tuviéramos algún conocimiento de lo que constituye el "núcleo" semántico de una regla, que es algo distinto de que su aplicación sea clara o no clara, caso por caso. Dado ese conocimiento independiente, tendríamos *dos* criterios para el significado de una regla, y entonces podríamos estar en el tipo de duda que Fuler imagina siempre que los criterios entran en conflicto. Pero ¿cuál podría ser este segundo criterio que nos llevaría a decir que, aunque no estaba claro si una regla se aplicaba en un caso particular, los hechos del caso no obstante caen dentro del núcleo de su significado? Podría pensarse que las explicaciones estándar de los términos de la regla -por ejemplo, "un vehículo es cualquier automóvil o camión motorizado adecuado para transportar carga o pasajeros, etc."- son las que establecen el conflicto potencial. Al pensar en tales

explicaciones, tendemos a sentir que el camión conmemorativo cae dentro del núcleo de significado de la regla. Pero tales explicaciones son irrelevantes (después de todo, no es el uso de la palabra "vehículo" en otros contextos lo que preocupa al juez), o comprenden, en efecto, una cláusula interpretativa adicional a la regla y por lo tanto recrean el problema: nuestra comprensión de lo que constituye "el núcleo" de esta regla-cum-cláusula debe venir, al parecer, a través de *una* aplicación clara, caso por caso.36 Entonces, si no está claro, como sugiere Fuler, si la regla de "no vehículo", independientemente de cómo esté formulada, prohíbe el memorial propuesto, ¿no deberíamos decir que el caso cae dentro de la penumbra de la regla?37

(p. 176) Parece que Fulger necesitaba tener ambas cosas a la vez. Su ejemplo pertenece a una clase de ejemplos jurisprudenciales que parecen distintivos en su poder de evocar tentaciones conflictivas.38 Por un lado, uno quiere decir que no está claro lo que exige la regla; por otro lado, existe la tentación de pensar que, después de todo, esto está perfectamente claro, solo que el resultado de adherirse a la regla sería indeseable o absurdo. En resumen, si bien parecen presentar una regla indeterminada, estos ejemplos también despiertan nuestra insatisfacción con la ORBD.

Tal vez no sea difícil ver por qué un ejemplo así le pareció útil a Fuler. Recordemos lo que el ejemplo pretende demostrar: una regla no tiene un núcleo de significado excepto como una forma de indagar para qué sirve. (¿Es el 'ningún vehículo'

39 El problema es que se trata de una proposición universal. ¿Cómo puede la necesidad de interpretar, a la luz de objetivos sociales, *esta* regla en *este* caso parecer sugerir algo acerca de las condiciones de posibilidad de seguir una regla en general? 40 La respuesta es: teniendo ambas cosas en cuenta. Al provocar el reconocimiento de una tesis universal diferente —a saber, que la aplicación literal o estricta de cualquier regla jurídica puede a veces conducir a resultados no deseados— el ejemplo podría *parecer* sugerir una

necesidad bastante general de interpretación intencional (es decir, para evitar posibles resultados no deseados), aunque al mismo tiempo sigue siendo un ejemplo de la necesidad de interpretar una regla indeterminada.

Para aclarar esto, supongamos que alguien, no plenamente consciente de la inconsistencia potencial, estuviera dispuesto a ver la situación que describe Fuler como (*a*) un ejemplo central de una regla que requiere un resultado no deseado, *y* como (*b*) un caso en el que no se puede saber qué requiere la regla, de todos modos, sin interpretarla a la luz de para qué es buena. El rechazo de ECF podría ahora parecer comprensiblemente la consecuencia. Primero, viendo la situación como (*a*), uno concluye que un juez debe leer cada regla legal a la luz de su propósito si no quiere correr el riesgo de producir un resultado no deseado.

En segundo lugar, si consideramos la situación como (*b*), se llega aparentemente a la misma conclusión en un caso en el que la regla jurídica es genuinamente indeterminada: en tal caso, el juez debe interpretar de nuevo la regla (de lo contrario, su decisión evitará el absurdo, si lo hace, sólo por suerte). Finalmente, se considera que la última conclusión es un ejemplo de la primera conclusión.

¿No muestra el argumento que ninguna regla jurídica determina lo que se debe hacer, aparte de una consideración que evite el absurdo de para qué sirve la regla? La respuesta es que (1) esta conclusión es equívoca entre una afirmación *normativa* sobre cómo los jueces deberían decidir los casos (si deberían aplicar las reglas, revisarlas, crear una excepción, etc.) y una afirmación *conceptual* sobre lo que es entender y aplicar una regla jurídica; y (2) es sólo porque la conclusión, tal como se enuncia, se extiende equívocamente a ambos lados de estas afirmaciones que uno puede **(p. 177)** no notar la *falta de secuencia* implica pasar de (*a*) el pensamiento de que los propósitos detrás de cualquier regla podrían verse frustrados al aplicarla *simpliciter* a (*b*) la conclusión de que no existe tal cosa como aplicarla *simpliciter* .

Es cierto que Fulger nunca sostuvo que no es deseable que los jueces se adhieran estrictamente a las reglas jurídicas.

Más bien, trató de oponerse a la ORBD argumentando contra la posibilidad conceptual de tal cosa. El punto aquí es que su ejemplo nunca habría sido considerado como generalizable de la manera apropiada si no se hubiera prestado a plantear dudas sobre dos tesis diferentes: primero, que los jueces siempre deben seguir estrictamente las reglas jurídicas; segundo, que *siempre es* posible que lo hagan, incluso sin considerar cuál podría ser el propósito de las reglas.4

1 En el período post-fuleriano

En las críticas al ECF, la supuesta inconveniencia de la estricta observancia de las reglas se aduce a veces de forma más explícita en apoyo de la afirmación de que existe una necesidad omnipresente de interpretación intencional. El siguiente argumento no es infrecuente:

1. Cualquier norma jurídica, por cuidadosa que sea su redacción, puede, si se aplica estrictamente, producir resultados indeseables.

2. Al aplicar las normas jurídicas, los jueces deben tratar siempre de evitar resultados indeseables.

3. Por lo tanto, al aplicar una norma jurídica, un juez debe considerar siempre el propósito de la norma y considerar si ese propósito se vería promovido o frustrado por una aplicación estricta de la norma.

4. Así pues, la aplicación de cualquier norma jurídica exige que ésta sea interpretada a la luz de su finalidad.

5. Por lo tanto, el significado de una norma jurídica sólo se puede obtener a través de una interpretación finalista.

6. Entonces la ECF está equivocada.

Al prescindir de las imprecisiones sobre lo que se supone que demuestran casos como el del camión conmemorativo, este esquema pone de manifiesto la dificultad (de tomar esos casos para refutar la ECF) al exhibir la equivocación central implicada. En resumen: (4) se desprende de las

premisas precedentes sólo si se interpreta como una afirmación sobre cómo los jueces deberían decidir los casos. Pero (5) se sigue de (4), sólo cuando este último se interpreta como una afirmación sobre en qué consiste la aplicación de una regla jurídica. Que sea indeseable que los jueces se adhieran estrictamente a las reglas no significa que sea imposible que lo hagan. Pero (4) (al igual que nuestra fórmula anterior, "ninguna regla jurídica determina lo que se debe hacer") puede usarse para expresar cualquier tipo de afirmación, por lo que disfraza el hecho de que el argumento en realidad no hace nada más que afirmar esta equivalencia improbable.42

(p. 178) 2.3 Dos motivos para la confusión

¿Por qué esta confusión? Parece insuficiente decir que ORBD y ECF se confunden porque ambos se denominan

'formalismo'. Sin algún otro motivo de confusión, las exigencias intelectuales de mantener distintas en el pensamiento cosas que no lo son en el habla no son tan grandes.43 Además, se podría decir plausiblemente que esta explicación pone las cosas al revés: la doctrina de los casos fáciles no se habría asociado con el 'formalismo' si no se hubiera confundido con la ORBD, por lo que a ambas se las llama formalismo *porque* se confunden.44 Esto nos lleva de nuevo a la cuestión del motivo de su confusión.

(*a*) *Moda intelectual* . Tal vez aquí se esté aplicando una moda que nos resulta familiar, según la cual las prácticas a las que uno se opone *deben* estar arraigadas en errores teóricos sobre cuestiones más "fundamentales", por ejemplo, sobre

En qué consiste la comprensión del significado de una regla. No se podría, se sugirió, oponerse de manera inteligible a la ECF y continuar criticando la adhesión judicial a las reglas como "formalista". Pero, siguiendo la moda, alguien podría desear decir que una tendencia judicial a la ORBD surge de una aceptación de la ECF; y si eso es verdad, podría parecer comprensible que una manera de criticar la ORBD sería mostrar que las nociones

de un "caso fácil" o "significado claro" no tienen la sustancia que los jueces tienden a atribuirles, que la concepción judicial de estas cosas es ingenua, en el sentido de que no toma en cuenta sus condiciones (interpretativas) de posibilidad.

La respuesta a esta crítica "fundacionalista" de la ORBD debería ser clara ahora. Es cierto que a veces la gente piensa que una regla la obliga a llegar a ciertas conclusiones cuando en realidad está haciendo una elección interpretativa. Pero si quisiéramos señalarles la verdad, difícilmente describiríamos la situación como una en la que se adhirieron rígidamente a la regla. Así es como lo *ven* , pero lo ven incorrectamente. Si la ilusión es omnipresente, como sostiene el crítico de la ECF, entonces *nunca existe* tal cosa como "adherirse rígidamente a una regla", solo existe el pensamiento.

(De hecho, si esto todavía significara algo, tal vez sería simplemente que un juez ha llevado a cabo el ejercicio obligatorio de sus poderes interpretativos de una manera indeseable.) Además, incluso un juez que erróneamente piensa que puede seguir una regla *simpliciter* no está obligado por ello a decidir de la manera que él piensa que es 'seguir la regla'. Creer que la regla requiere tal y tal cosa, si *debe* seguir la regla se le presentará como una cuestión acerca de las circunstancias particulares, las normas de decisión del sistema jurídico **(p. 179)** y la moralidad del juicio. Si es verdad que las reglas jurídicas no resuelven nada excepto por medio de una elección interpretativa, entonces la ingenuidad de alguien al respecto explica por qué considera que una u otra elección es simplemente requerida por la regla. Pero esto no hace que sea correcto describirlo (desde nuestro punto de vista conocedor) como alguien que sigue rígidamente la regla, ni implica que deba optar por lo que él describiría como eso (desde su punto de vista engañado).

(b) La teoría de la adjudicación . Una causa más sustancial de la presente confusión podría encontrarse en las diferentes necesidades teórico-jurídicas de la noción de un "caso fácil". Hart introdujo esta noción no para presentar una afirmación sobre cómo los jueces deberían decidir los casos, sino para defender una tesis sobre el

concepto de derecho -a saber, que el derecho consiste en una combinación de diferentes tipos de reglas- contra una forma de "escepticismo de las reglas" que amenazaba con socavarlo. Para este propósito limitado, bastaba con definir un "caso fácil" como uno que se enmarcaba en el núcleo semántico de una regla jurídica, y un caso difícil, por el contrario, como uno que no lo hacía. La teoría de la adjudicación, sin embargo, debe ocuparse de al menos dos formas diferentes en las que un caso puede ser difícil. Primero, puede haber dudas razonables sobre lo que exigen las reglas. Segundo, puede haber dudas sobre lo que se debe hacer, incluso cuando está claro lo que exigen las reglas.

El primer tipo de caso se presenta cuando un tribunal debe aplicar una regla que es vaga o ambigua; el segundo, cuando, en virtud de las normas de decisión de un sistema jurídico, un tribunal tiene la opción de revisar o crear una excepción a una regla cuando la regla requiere un resultado indeseable. Distinguir estos dos tipos de casos difíciles equivale a distinguir ECF y ORBD. Pero una fuente potencial de confusión reside en el hecho de que puede ser útil, a los efectos de una teoría de la adjudicación, definir un caso "fácil" como uno que no es "difícil" en *ninguno* de estos dos sentidos. Y esto -combinado con el hecho de que algunos casos difíciles evocan, como hemos visto, una tentación de decir que hay razones para dejar de lado el resultado legalmente requerido *y* que las reglas legales son indeterminadas- puede llevar a la impresión de que siempre que un escritor de jurisprudencia habla de un caso como "fácil", debe querer excluir las dudas asociadas con ambas formas de dureza; o peor aún, que estas formas de dureza son una y la misma, la simple negación de las propiedades encontradas en un caso fácil de resolver.

Por supuesto, esto es una falacia. No toda incertidumbre sobre si se debe adherir a una regla jurídica puede ser una incertidumbre que exija una resolución "interpretativa" sobre el "significado" de la regla. Si lo fuera -si esa incertidumbre práctica erosionara en general nuestro entendimiento de lo que exige una regla- no entenderíamos por qué deberíamos estar interesados en tener reglas (es decir, por qué deberíamos tener el *concepto* de "una regla" que tenemos) cuando los mismos resultados podrían

alcanzarse preguntando en cada caso qué es lo mejor que se debe hacer. Para evitar eludir la diferencia que pueden hacer las reglas, es necesario subrayar que, para la teoría de la adjudicación, un "caso fácil" es una idea derivada, formada alternando y luego negando todo lo que puede hacer que un caso sea difícil. No existe, por el contrario, un caso difícil compuesto por la negación de todo lo que hace que un caso sea fácil desde el punto de vista judicial —por ejemplo, un caso en el que una regla es a la vez indeterminada y determina un resultado no deseado **(p. 180)** —, aunque es precisamente este mestizaje conceptual el que surge de la unión de las dos quejas sobre el "formalismo" que hemos considerado.

2.4 La lógica otra vez

Esta primera parte de nuestra investigación ha establecido que el objeto de la queja sobre el "formalismo" no puede ser a la vez la

doctrina de los casos fáciles y la práctica del estricto apego a las reglas.

Curiosamente, tanto la doctrina como la práctica han sido estigmatizadas por implicar un "uso excesivo" o una "sobreestimación" de la lógica. Esto se suma al enigma (relativo a la identificación del "formalismo" con una falsa confianza en la "lógica") con el que comenzamos. Porque la lógica obviamente no nos dice *si* debemos adherirnos a una regla, ni tampoco nos dice cómo subsumir los particulares bajo ella. E incluso si es cierto que, cuando una regla jurídica es indeterminada, los jueces siempre deberían explotar este hecho para promover políticas sociales, un juez que no lo haga no está, en ningún sentido familiar, siendo más o menos "lógico" en su decisión.4

5 En cuanto al contraste más general, que aparece en el ataque al formalismo, entre

'interpretación' (o 'política') y la aplicabilidad deductiva de las reglas, esto requiere una discusión más larga, que reservamos para más adelante (Sección 4).

3 ¿Positivismo jurídico o determinación jurídica?

Las formas de formalismo consideradas hasta ahora se refieren a aspectos teóricos y prácticos de la arbitrariedad basada en reglas.

A veces, sin embargo, las opiniones que se califican de "formalistas" pertenecen a una parte más general de la teoría jurídica, la que intenta explicar el concepto de derecho. En esta sección se examina el origen de una asociación de larga data entre el "formalismo" y la explicación positivista jurídica del concepto de derecho.

(p. 181) 3.1 Preliminar: Estudio formal/Fuentes formales

Ya se ha mencionado una de las bases de esta asociación. A Hart (que defendía una forma de positivismo) se le considera a veces "formalista" debido a su doctrina de los casos fáciles. Sin más, esta etiqueta parece perjudicial y distractora, ya que, en al menos otros dos sentidos habituales, Hart debe ser considerado uno de los oponentes del formalismo. En primer lugar, desaprueba la validez de las normas. En segundo lugar, advierte que es inevitable que en cualquier sistema jurídico haya casos que, debido a la indeterminación de las reglas, requieran una decisión legalmente no regulada. De hecho, hay otros dos aspectos de la teoría de Hart que le han valido la etiqueta de "formalista" y, antes de pasar a lo que es más distintivo en la explicación positivista del derecho, será útil distinguirlos. Implican un compromiso con (1) el estudio formal (independiente de la cultura) del derecho y (2) la validez formal (independiente del contenido) de las leyes. El *estudio* del derecho es formal si se centra en las características esenciales o estructurales del derecho, en oposición a aquellas características que pueden variar a través de la cultura o el tiempo.46 Una explicación de *la validez legal* es formal si implica que puede haber una prueba para identificar el derecho válido que sea indiferente al contenido material del derecho, por ejemplo, si el derecho es políticamente deseable, moral o justo.47

Es fácil caer en la idea de que se trata de lo mismo, pero es un error. Cualquiera que, como Hart y Kelsen, se

comprometa a distinguir la validez formal de un orden jurídico del contenido político y moral de leyes particulares, también cree que hay al menos una cosa (a saber, las condiciones de validez jurídica) que se puede aprender del estudio formal del derecho, incluso si piensa que hay poco que aprender de esta manera sobre el contenido del derecho. Lo inverso, sin embargo, no es tan claro. Porque hay teóricos célebres que profesan estudiar las características esenciales del derecho pero que no adoptan una explicación puramente formal de la legalidad. Según Kant, por ejemplo, un *Rechtslehre* debe describir "los fundamentos de cualquier legislación positiva posible" y, por lo tanto, ir más allá del estudio empírico-histórico de "lo que las leyes dicen o han dicho en un tiempo y lugar determinados".48 Esta descripción de la tarea de la teoría jurídica sería adecuada también para Kelsen o Hart. Pero Kant también considera que el concepto de derecho está internamente relacionado con la libertad o autodeterminación de los agentes racionales, y esto implica, para él, un contenido, a saber, el derecho a la propiedad y otros derechos asociados con el derecho privado. De manera similar, Pashukanis, al tiempo que exhorta a los marxistas a estudiar "la

[La universalidad y la esencia fundamental de la forma jurídica" (y no simplemente "el contenido material de la regulación jurídica en diferentes épocas históricas"), también criticó (como "formalista") la opinión de Kelsen de que el orden jurídico es capaz de tener casi cualquier contenido. Las relaciones contractuales **(p. 182)** entre propietarios de mercancías, argumentó (siguiendo ampliamente a Kant), son la "cel-forma" de todas las relaciones jurídicas.49

La distinción entre estos tipos de formalidad no necesitaría ser remarcada si no fuera por una tendencia, originada con los realistas, a lanzar contra el "formalista" la vaga acusación de descuidar la historia y la sociedad en su comprensión del derecho. El "formalismo", según un contemporáneo, es "el dogma de que las formas jurídicas pueden ser entendidas al margen de su contexto social".50 Esto suena como una objeción al estudio formal del derecho, pero ¿puede realmente serlo? Sin duda, el derecho exhibe muchas variaciones, que puede ser

provechoso estudiar, en diferentes culturas y épocas. Pero esto no contradice la idea de que estas variaciones comparten una forma general, como tampoco el hecho de que existan diferencias entre ellas.

Formalismo

La existencia de diferentes géneros musicales o diferentes moralidades sociales implica que no hay nada que decir sobre la música o la moral en general. De hecho, se puede decir plausiblemente que la variabilidad de la ley *exige* que haya algo de tipo más formal y general que decir, pues demuestra que estamos dispuestos a tratar el concepto de ley como una unidad abstracta aplicable precisamente a *tales y tales* casos. Allí donde la variación es inteligible, también lo es, al parecer, la idea de forma. 51

Quienes se oponen al estudio general de las "formas jurídicas" probablemente suponen que ello implica un compromiso con el aislamiento sistemático de la legalidad respecto de las cuestiones de contenido moral y político.52 Sin embargo, también se ha sugerido que el positivismo, al estar comprometido con dicho aislamiento, es en sí mismo el producto de una incapacidad para centrar el estudio del derecho en las propiedades esenciales que constituyen su forma.53 Puesto que ambas afirmaciones no pueden ser ciertas, parece mejor reconocer que ni los positivistas ni sus oponentes tienen ningún monopolio sobre el estudio formal del derecho, y que lo que está en disputa entre ellos es más bien qué conclusiones, si las hay, sobre el contenido del derecho pueden derivarse de dicho estudio formal. En cualquier caso, el positivismo no debería ser tildado de "formalismo" simplemente porque implica un estudio formal y general del derecho. En todo caso, podría ser preferible reservar el término "formalismo " para el tipo más ambicioso de estudio formal que pretende también descubrir características necesarias del contenido del derecho.

3.2 La tesis de las fuentes como compromiso formalista básico

Consideraremos la tesis de que toda proposición válida del derecho tiene una fuente social (o que lo que es derecho es

un hecho social, cuya identificación no implica ningún argumento moral o político) como lo más distintivo de la explicación positivista del derecho.54 Se ha argumentado (con considerable sutileza histórica) **(p. 183)** que esta tesis merece ser considerada también el núcleo de lo que la jurisprudencia estadounidense ha llamado "formalismo".5

5 El argumento

El formalismo tiene dos pasos. En primer lugar, se dice que un formalista acepta la tesis del caso fácil. En segundo lugar, se dice que esta tesis deriva su interés del intento de aislar las normas jurídicas autorizadas del universo más amplio de consideraciones morales, políticas y otras normativas. Aparte de tal intento de aislamiento, se piensa que no importaría si siempre se necesita recurrir a políticas y propósitos para decidir un caso. Pero dado el intento, uno está obligado a negar que tal recurso sea siempre necesario; de lo contrario, ningún resultado legal podría rastrearse hasta una fuente jurídica autorizada. Por esta razón, entonces, la "tesis de las fuentes" subyace y motiva el compromiso formalista con los "casos fáciles"; y se considera que la esencia del formalismo reside en el aislamiento del sistema legal, en la

'autonomía del derecho', como se dice a veces, respecto de la moral y la política.

(*a*) *El argumento de Fuller* . Fue Fuler quien primero sugirió una conexión entre el formalismo (como teoría del razonamiento jurídico) y el positivismo (como explicación del concepto de derecho). La defensa de Hart de la distinción entre el derecho tal como es y el derecho tal como (moralmente) debería ser (la "tesis de la separabilidad"), dijo Fuler, "necesariamente conduce en la dirección del formalismo".56 Ya hemos encontrado una de las premisas de Fuler, su rechazo del ECF. Situando esta premisa en un contexto argumentativo, el pensamiento de Fuler es que (1) la "tesis de la separabilidad" de Hart implica el ECF (es decir, implica que los jueces pueden identificar y aplicar reglas jurídicas sin considerar lo que "deberían ser"), pero (2) el ECF es insostenible, por lo que (3) la tesis de la separabilidad es insostenible. En resumen, el positivismo implica formalismo, por lo que la

insostenibilidad del formalismo requiere el rechazo del positivismo.

Varios autores han atacado la segunda premisa de este argumento.57 Esa premisa no puede obtener apoyo de la supuesta indeseabilidad de la ORBD, con la que a veces se la confunde (Sección 2). Pero el argumento es inestable, por razones que Hart señaló, incluso si se acepta esta premisa. Primero, el supuesto error de la ECF parece socavar la tesis de la separabilidad solo en el supuesto de que los propósitos y políticas a los que los jueces tendrían que apelar (si la ECF está equivocada) deben considerarse en sí mismos parte de la ley. Segundo, incluso si fuera cierto que el significado de una norma jurídica solo está disponible mediante la interpretación intencional, eso solo demostraría que los jueces deben aplicar la ley a la luz de *algunos* propósitos, no que estos propósitos deben ser necesariamente morales.58 En 1934, Carl Schmitt escribió que "toda interpretación [de la ley] debe ser una interpretación según el nacionalsocialismo". Eso parece suficiente para sugerir que el hecho (si es que lo hay) de que las normas jurídicas estén inextricablemente entrelazadas, en el punto de aplicación, con propósitos y políticas, es tan útil para los amigos del bien como para los del mal.59

(p. 184) (*b*) *Redireccionando el argumento de Fuller*. Aún así, alguien podría preguntarse si no hay un buen punto que rescatar de la asociación que hace Fuler del positivismo con el formalismo. Fuler se centró en la "tesis de separabilidad" del positivismo.

Supongamos que Hart tiene razón al sugerir que esta tesis está nublada por el requisito ('antiformalista') de interpretación intencional sólo si los propósitos y políticas en los que los jueces deben basarse deben considerarse en sí mismos derecho. Para un positivista que acepta la tesis de las fuentes, no necesariamente deben considerarse derecho. Pero ¿no podría el requisito antiformalista estar dirigido contra esta tesis positivista (posiblemente) mucho más fundamental? Según la página 9 de 28

Formalismo

Según la tesis de Fuler, las consideraciones de moralidad y política que aparecen en el razonamiento jurídico deben considerarse derecho sólo en condiciones especiales. Los límites del derecho están dados por un cierto tipo de hecho social, cuya presencia puede determinarse independientemente, de modo que cuando se requiere que un juez aplique consideraciones "morales" para resolver un caso, de hecho a menudo está cambiando o desarrollando el derecho. Con respecto a esta tesis, un oponente antiformalista, inspirado por Fuler, podría preguntar: "¿Tendría algún *sentido* regimentar el concepto de derecho de esta manera si fuera realmente cierto que en cada caso un juez puede decidir lo que exige el derecho sólo a la luz de (su sentido de) lo que el derecho "debería" ser?" Si la respuesta a esta pregunta fuera "no", entonces al menos podría decirse que el positivismo depende, como sostenía Fuler, del ECF, de modo que si el ECF es insostenible, el positivismo también lo es.

Pero la respuesta a este desafío fuleriano redirigido no es tan clara. Depende, en primer lugar, de cuál sea la motivación de la tesis de las fuentes, de por qué podríamos desear hacer de la necesidad de una evaluación moral el factor crucial en una prueba de los límites del derecho. Tal vez *algunos* argumentos a favor de la tesis de las fuentes no puedan tolerar la crítica fuleriana de

'casos fáciles' (suponiendo que las críticas fueran, por lo demás, acertadas). Se ha dicho, por ejemplo, que la tesis de las fuentes aclara lo que está en juego en nuestra opinión de que una función central del derecho es proporcionar normas públicas autorizadas por las que las personas están obligadas incluso en caso de disputas sobre la justificación de esas normas.6

1 Quizás el

La tesis de las fuentes, así motivada, se vería socavada si realmente existiera una necesidad omnipresente de recurrir a propósitos y políticas (justificantes) para decidir si la ley exige *esto* o *aquello* . Pero en este punto sería necesario un análisis de las consideraciones que hacen que la tesis de las fuentes sea convincente.

Sin embargo, hay algo extraño en cualquier argumento que pretenda poner en tela de juicio la tesis de las fuentes sobre la base de la necesidad de que la moral y la política resuelvan la indeterminación en la aplicación del derecho. Tales argumentos parecen, de hecho, presuponer esa tesis. ¿Acaso hablar de indeterminación jurídica no presupone un concepto de derecho que traza los límites del derecho de manera más estricta que todas las consideraciones que los jueces deberían utilizar al decidir los casos?

A falta de una declaración de cuáles son esos límites, parece natural pensar que todos aquellos que, desde los realistas, han enfatizado la función legislativa **(p. 185)** del juez, o la necesidad de que el juez vaya más allá de la ley y tome decisiones sobre la base de la moral o la política, han sido todos (lo que hayan dicho) positivistas en el sentido aclarado por la tesis de las fuentes.

3.3 Positivismo e indeterminación

Alguien podría pensar que esta manera de interpretar el argumento de Fuler (como una invocación de la indeterminación de la ley) no le hace justicia. Se podría decir que el punto de Fuler no es que al aplicar propósitos y políticas, el razonamiento jurídico debe ir más allá de la ley, sino que debe ir más allá de la ley tal como la concibe equivocadamente el *positivista* . Por lo tanto, su argumento podría interpretarse como uno en contra de la infinitud de las razones jurídicas. Dado que "es a la luz de [un] 'deber ser' que debemos decidir cuál es la regla [jurídica]",62 la ley consiste en todas aquellas consideraciones normativas que los jueces deberían usar al tomar sus decisiones. Esto hace que la ley sea *determinada* -o al menos no menos que la razón práctica en general.

Hay mucho en Fuler que parece estar en desacuerdo con esta lectura, pero es instructivo considerarla aquí como una posición posible, ya que implica una variedad de formalismo adjudicativo que es posiblemente *más fuerte* que el que Fuler atribuyó a Hart. La afirmación de Hart, para revisar, era que en *algunos casos* una decisión judicial puede considerarse fiel a la ley incluso sin la ayuda interpretativa de propósitos o políticas. El rechazo de Fuler de esta afirmación afecta la tesis de la separabilidad,

admitimos, solo en el supuesto de que los propósitos o políticas a los que los jueces supuestamente deben recurrir deben considerarse en sí mismos parte de la ley. Esto llevó a la sugerencia de que el argumento debería redireccionarse hacia la tesis de las fuentes, que permite que los propósitos sobre políticas cuenten como ley solo en condiciones especiales. Pero ahora, si uno rechaza las tesis de las fuentes en favor de un concepto de derecho que abarque todas las consideraciones que deben entrar en juego para llegar a juicios determinados —si la idoneidad de una consideración para la resolución de un caso es suficiente para convertirla en derecho—, habrá ido mucho más allá de la modesta tesis del "caso fácil" de Hart y habrá llegado a la afirmación de que el derecho determina, al menos tan bien como lo hace la razón misma, lo que debe hacerse en todos los casos. Por supuesto, esta sorprendente afirmación se conoce comúnmente como "formalismo".

En este punto, la asociación del positivismo y el formalismo parece una cuestión de mandato definitorio. Alguien podría decir que mientras que la doctrina de Hart de los casos fáciles es "formalista", la opinión de que no hay casos jurídicos no regulados no lo es, ya que esta última opinión no aísla el derecho del universo más amplio de normas morales y políticas. Pero la etiqueta no importa: simplemente muestra lo que alguien está decidido a llamar "formalismo". Aquí los intereses de claridad parecen mejor servidos si se abandona la etiqueta y se discute el positivismo en sus propios términos. Una etiqueta es sólo una etiqueta, por supuesto; pero

Formalismo

Cuando viene cargado de asociaciones, su inutilidad es una razón para evitarlo.

(p. 186) Podemos resumir nuestros hallazgos aquí de la siguiente manera. Es difícil ver cómo el "formalismo" podría denotar a la vez (*a*) la tesis positivista de los límites del derecho *y* (*b*) la opinión de que los jueces pueden llegar a una decisión en todos los casos sin tener que ir más allá del derecho. Estas opiniones no se excluyen directamente entre sí. Pero la afirmación de que el derecho

es indeterminado, que el antiformalismo en una forma se supone defiende, presupone alguna prueba, del tipo que proporciona el positivismo, para los límites del derecho. A la inversa, si el concepto de derecho de uno es tal que limita el derecho a fuentes autorizadas, parecerá improbable, a causa de las famosas indeterminaciones que afectan a las normas jurídicas, pensar que el razonamiento jurídico nunca necesita ir más allá del derecho. La indeterminación jurídica, en resumen, presupone, si no el positivismo, al menos alguna forma alternativa de establecer los límites del derecho más allá de todas las consideraciones judiciales y decisionales relevantes; y el positivismo, la explicación más desarrollada que existe de estos límites, hace que la indeterminación jurídica sea prácticamente inevitable.

3.4 Formalismo: ¿Autonomía del derecho o del razonamiento jurídico?

Para concluir esta segunda parte de nuestro estudio, parece pertinente un breve comentario sobre la preferencia del positivismo por las afirmaciones de indeterminación jurídica. Objetando la identificación del positivismo y el formalismo, un escritor reciente ha insistido en que "si el positivismo es la teoría del derecho de uno, no se sigue nada sustancial sobre la teoría de la adjudicación de uno", ya que la tesis de las fuentes, central para el positivismo, "no dice nada sobre el razonamiento jurídico".63 Esto es comprensible como una respuesta a la identificación errónea del positivismo y el formalismo, y tal vez incluso sea inobjetable si se toma estrictamente *a la manera de la carta* , pero es en sí misma engañosa, pues la falsedad de una visión ('formalista') de la adjudicación —a saber, que el razonamiento judicial nunca va más allá de la ley— *se* sigue de la tesis de las fuentes, dadas dos suposiciones débiles, incluso si no se sigue de una inferencia inmediata.64

El primer supuesto es que la determinación de la ley no fija los límites de la obligación de un tribunal de emitir una decisión.

Si esto no fuera cierto —si los tribunales tuvieran libertad para negarse a decidir cuando la ley fuera indeterminada o carente de fundamentos— podrían limitarse a decir

simplemente lo que la ley exige, incluso cuando la única respuesta sea "la ley no dice nada". En ese caso, la limitación positivista de la ley y la visión formalista de que los jueces sólo revelan su significado encajarían perfectamente. Pero no se trata de ningún sistema jurídico que conozcamos. Va en contra de nuestro compromiso básico con la idea de que un tribunal debe fallar a favor de una de las partes de alguna manera no arbitraria.6

5 El segundo supuesto **(p. 187)** , ahora

Una conclusión ampliamente aceptada es que cualquier régimen de derecho basado en fuentes estará sujeto a indeterminaciones y lagunas.66 De estas suposiciones se desprende que el razonamiento jurídico no puede limitarse al material basado en fuentes y, por lo tanto, dada la tesis de las fuentes, debe ir más allá del derecho hacia la moralidad o la política. Alguien podría tratar de evitar esta conclusión estipulando que el "razonamiento jurídico" es siempre razonar sobre lo que exige la ley y nada más. Eso haría que la visión formalista (de que el razonamiento jurídico nunca va más allá de la ley) fuera verdadera por definición. Pero entonces se diría que en los casos en que la ley es indeterminada, los jueces deben ir más allá de las fuentes jurídicas y, *por lo tanto, más allá de lo " legal* "

En el caso de que se trate *de razonamientos jurídicos* (que suenan extraños) o, si se mantiene la visión del sentido común (que sostiene que el razonamiento jurídico es lo que hacen los jueces al decidir los casos), habrá que cerrar todas las brechas e indeterminaciones ampliando masivamente la clase de consideraciones que cuentan como derecho. En cualquier caso, hay una disyuntiva entre la limitación positivista del derecho basada en las fuentes y la visión formalista de que los jueces simplemente revelan el significado del derecho; entre la llamada

'autonomía del derecho' (su aislamiento normativo, su regulación de sus propios límites) y la llamada 'autonomía del razonamiento jurídico'.

4 ¿Deductivismo o antiinstrumentalismo?

4.1 Antecedentes: el enfoque realista sobre el derecho privado elaborado judicialmente La última parte de nuestro estudio presenta una curiosa tensión dentro del pensamiento postholmesiano, más que una inconsistencia directa. Resolver la tensión arroja luz sobre el problema mencionado al principio: nada parece menos oculto o más insistentemente expuesto desde Holmes que el hecho de que los jueces no deducen sus decisiones de las reglas jurídicas. El problema es motivar la necesidad sentida de exponer esto, dada la obviedad del hecho de que la lógica no dice nada acerca de la tarea principal del razonamiento jurídico, la clasificación de los particulares.

Considere lo siguiente:

Formalismo

Es un lugar común decir que el derecho es "político". Desde que los realistas desacreditaron el "formalismo" en el razonamiento jurídico, la enseñanza recibida ha sido que el análisis jurídico no puede ser neutral y determinante, que las proposiciones generales del derecho no pueden decidir casos particulares. Interviene necesariamente algún juicio de política o elección de valor. Es un "absurdo trascendental" creer que podría ser de otra manera.67

(p. 188) Una corriente central en la crítica del formalismo considera que el derecho es omnipresentemente indeterminado de una manera que debe ser manejada con referencia a lo "político". Típicamente, esta corriente (*a*) presenta la deducibilidad de los juicios en casos particulares como un paradigma privilegiado -una especie de estándar de oro- de lo que significaría que las normas jurídicas fueran

'determinado', (*b*) encuentra que en la mayoría de los casos este estándar no puede ser satisfecho, y (*c*) concluye que algunos

El 'juicio político' —alguna referencia a objetivos sociales deseados— debe mediar entre las normas jurídicas y su aplicación en casos particulares.68 Dos puntos generales

pueden ayudar a ubicar esta línea de pensamiento con mayor precisión.

(1) En primer lugar, su enfoque principal era el derecho privado original (derecho civil, contrato y propiedad)69 o, más bien, un derecho "clásico".

La imagen del derecho privado, concebida por los realistas como algo que implicaba (i) la independencia del derecho privado respecto del tipo de razonamiento prudencial (relativo a los medios para alcanzar fines sociales comunes) que se suponía que era tarea del gobierno público, y (ii) la creencia de que los límites morales al poder estatal estaban, *por lo tanto,* disponibles no sólo como una cuestión de prudencia política y del bien común, sino como una cuestión de una ley dada con anterioridad a los fines políticos. La afirmación realista de una necesidad ubicua de comprender y aplicar la ley como instrumento de política social comprendía una respuesta *reduccionista* a esta imagen. El objetivo era exhibir el derecho privado como una forma de derecho público, administrativo (un uso de medios comunes en la búsqueda de fines comunes), y de ese modo liberar al estado de restricciones "jurídicas" supuestamente imaginarias mientras se remodelaba el derecho privado en un instrumento funcional y racional de bienestar social.70 (El realismo legal **(p. 189)** parece haber sido ciego a la posibilidad de respuestas *no reductivas* a las afirmaciones clásicas de la prioridad del derecho privado -por ejemplo, cuestionar si (i) realmente incurre en un compromiso con (i). Junto con algunos de los juristas "clásicos", los realistas parecen haber dado esto por sentado.) **(2)** En segundo lugar, dado que el derecho privado era principalmente derecho consuetudinario elaborado judicialmente, la afirmación de que se requerían "juicios de política" para su especificación estaba dirigida no solo a los defensores académicos de la ley sino también a la autocomprensión de sus jueces. Según Holmes, por ejemplo, la elección entre el principio de negligencia (que exige prueba de que el acusado no tomó "cuidado razonable") y la responsabilidad estricta (que no la requiere) "es una batalla oculta, semiconsciente, sobre una cuestión de *política legislativa* , y si alguien piensa que se puede resolver *deductivamente* ... sólo puedo decir que

creo que está equivocado en teoría y que estoy seguro de que su conclusión no será aceptada en la práctica..."7.

1 Estos términos de crítica judicial persisten hasta

El juez malo ('formalista') se vale de la pretensión de que los conceptos estructurales generales del derecho privado (por ejemplo, ' *alienum non laedas* ') determinan el resultado (o la regla) que se debe aplicar en casos (tipos de casos) particulares. En el mejor de los casos, se lo engaña, de lo contrario sólo es 'medio consciente', 'oculta' lo que sabe, actúa de mala fe.72 El juez bueno ('realista') revela la interpretación impulsada por la política que debe hacerse si se quiere que haya una decisión inteligente o una selección inteligente de reglas. He aquí dos ejemplos de realismo autoconsciente al juzgar:

Lo que queremos decir con la palabra “próximo” es que, por conveniencia, por orden público, por un sentido aproximado de justicia, la ley arbitrariamente se niega a rastrear una serie de acontecimientos más allá de un cierto punto.

Esto no es lógica, es política práctica. (Andrews en *Palsgraf*)73

Siempre que los tribunales trazan una línea para marcar los límites del deber, lo hacen como una cuestión de política. ...

Siempre que los tribunales establecen límites a los daños recuperables, diciendo que son o no demasiado remotos, lo hacen como una cuestión de política... (Denning en *Spartan Steel*)74

Utilizando conceptos como "causa próxima" y "deber", la ley distingue, caso por caso, entre las consecuencias propias de una acción negligente y sus resultados meramente fortuitos. Según estos jueces, la indeterminación de estos conceptos exige que su aplicación se conciba como un ejercicio de razonamiento prudencial en pos de objetivos políticos. De este modo, Denning resuelve la cuestión del deber de un contratista negligente **de** proteger al demandante de pérdidas económicas sobre

la base de que sería socialmente deseable que dichas pérdidas se distribuyeran ampliamente. Hay decisiones similares después de Andrews.7

5 En cada caso, se recurre a la interpretación de la palabra "política".

Se supone que es necesario si se ha de aplicar de manera no arbitraria algún concepto jurídico general.

La línea de pensamiento antiformalista que se considera aquí es, pues, algo más que un ataque a una idea ingenua.

'deductivismo'. Asocia la idea de que se puede llegar a juicios particulares de manera deductiva con una comprensión clásica del derecho privado, y contrasta esta comprensión clásica con la aplicación de la ley como una

instrumento de política social. Estas asociaciones y contrastes son familiares, pero también, si se reflexiona sobre ellos, resultan desconcertantes.

Analizaremos dos cuestiones por turno. En primer lugar, la inferencia de la "indeterminación" a la especificación de normas jurídicas a la luz de la política parece dudosa. En segundo lugar, el contraste entre decisión "deductiva" y "basada en la política" no parece exhaustivo (¿no hay otras alternativas?) ni siquiera exclusivo: la exigencia de una "política" para resolver problemas de juicio aplicativo parece entenderse mejor, sugeriremos, como una exigencia en sí misma de un procedimiento deductivo.

4.2 La dudosa inferencia de la indeterminación a la política

En situaciones cotidianas, la idea de que los problemas de juicio situacional son problemas de "política" que deben resolverse a la luz de algunos objetivos independientes no surge, por decir lo menos, de manera natural en el sentido común. Supongamos que Richard debe decidir si ayuda a su amigo cuando esto significa perder alguna oportunidad

de progreso profesional. La cuestión se refiere, entre otras cosas, a las obligaciones de la amistad. Aquí estamos acostumbrados a pensar que tal vez no haya otro procedimiento de decisión disponible para Richard que éste: debe tratar de leer la relevancia de los hechos de la situación a la luz de las preocupaciones generales (la amistad, la necesidad de otro, su propio trabajo, etc.) que pone en juego. Las analogías pueden ayudar, pero no se debe suponer que establecerán una regla (por ejemplo, "en las circunstancias ABC, haga esto y lo otro") que haga innecesario que Richard trate de comprender las preocupaciones relevantes a la luz de las demandas concretas de *esta* situación. Todo esto, por desconcertante que sea a veces para el agente práctico, es un lugar común.

¿Acaso surgen estos problemas de juicio tan familiares porque las preocupaciones relevantes son "indeterminadas"? Si esto significa que no se enseñan ni se explican en ningún lugar de una manera que permita un acceso deductivo al juicio, se puede admitir que sean "indeterminadas". Pero sería extraño concluir de esto que se necesita algún recurso complementario a la "política". Eso hace que parezca como si todas las explicaciones existentes de la "amistad" hubieran dejado algo fuera.

Supongamos que Richard, poniéndose el sombrero de político, llega a la idea complementaria de que el propósito de la amistad es...

"mejorar la capacidad de un individuo **(p. 191)** para maximizar sus satisfacciones".76 Se aconseja a las personas que cultiven amistades porque, al hacerlo, serán felices, medidos en alguna moneda más básica. Richard podría pensar que esta idea es un avance ya que (independientemente de lo que se pueda decir a favor o en contra) al menos convierte su problema de casuística a cálculo: dada suficiente información (por ejemplo, los costos de oportunidad de ayudar a su amigo, etc.), podría *demostrar* lo que realmente requiere la amistad. Tal vez Richard haya estado leyendo a Sidgwick, quien cita la perspectiva de pasar de la casuística al cálculo como un argumento a favor del utilitarismo en lugar de la "moral del sentido común":

[C]uando la fórmula actual [de la moral del sentido común] no es suficientemente precisa para orientar la conducta, y al mismo tiempo surgen dificultades y perplejidades en el intento de darle mayor precisión, el método utilitarista resuelve estas dificultades y perplejidades. ...

El utilitarismo... se esfuerza por mostrar al intuicionista que los principios de verdad, justicia, etc. tienen sólo una validez dependiente y subordinada: argumentando o bien que el principio sólo es realmente afirmado por el sentido común como una regla general que admite excepciones y calificaciones... y que necesitamos algún principio adicional para sistematizar estas excepciones y calificaciones; o bien que la noción fundamental es vaga y necesita una determinación adicional, como en el caso de la justicia; y además, que las diferentes reglas son propensas a entrar en conflicto entre sí, y que necesitamos algún principio superior para decidir la cuestión así planteada... Aquí, como en otras partes, el utilitarismo apoya a la vez las diferentes razones comúnmente presentadas como absolutas, y también las lleva teóricamente a una medida común, de modo que *en cualquier caso particular tenemos un principio de decisión entre argumentos políticos contrapuestos* [énfasis añadido].77

Según Sidgwick, el "sentido común" necesita "algún principio adicional" (que el utilitarismo puede proporcionar) que dé lugar a un procedimiento de decisión para casos particulares.78 Pero ¿no plantea esto la cuestión de qué tipo de precisión deberíamos esperar que tengan los principios del sentido común en primer lugar? Podría decirse que se requiere recurrir a "algún principio adicional" *si* uno ya es utilitarista, en posesión segura del conocimiento de que los términos del sentido común eran de todos modos sólo indicadores contundentes de utilidad, fragmentos de consejos sólidos (pero incompletos) dados a quienes se embarcan en el viaje de maximización de la vida. Es difícil ver cómo un requisito de este tipo podría sostenerse por sí solo para recomendar la reducción utilitarista. Si Richard realmente decidiera qué hacer basándose en su teoría de la amistad basada en la "maximización de la satisfacción", seguramente el sentido común tendría derecho a decir que no ha tenido en cuenta la preocupación relevante: *la amistad* . 79 Si se excluye ese

recurso a la "política" en la medida en que Richard **(p. 192)** mantiene *esta* preocupación en mente, el hecho de que las explicaciones heredadas de la misma no proporcionen un acceso deductivo al juicio no sugiere que les *falte algo* . Si eso es lo que significa que sean "indeterminadas", son... Página 13 de 28

Formalismo

No son indeterminadas. Son tan precisas como pueden serlo sin dejar de ser lo que son, es decir, explicaciones de la amistad, no reglas empíricas para maximizar satisfacciones más básicas.80

Estas consideraciones no implican, por sí mismas, que las doctrinas de derecho privado no sean instrumentales. Tampoco sugieren que, al elaborar el derecho, los jueces no "legislan". Lo que está en cuestión es una visión con la que la cuestión de la "legislación judicial" parece haber sido (empezando por Holmes) fatalmente confundida, a saber, si los jueces inevitablemente enfrentan cuestiones de "política" cuando no hay certeza de lo que exige una norma jurídica. La cuestión de la "legislación judicial" es una cuestión sobre los límites conceptuales del derecho (secciones 3.2-3.3). Incluso si se resuelve de una manera favorable a la visión de que muchas decisiones judiciales "no son derecho" hasta que son promulgadas por un tribunal, nada se sigue de esto sobre los *fundamentos apropiados* de la decisión.8

1 Como Holmes y los realistas sabían muy bien, los jueces tradicionales

Los que se enfrentan a una norma "indeterminada" no se limitan a ponerse el sombrero de formuladores de políticas, aun cuando su opinión sea que deben crear una nueva ley. Intentan comprender el significado de la norma pertinente a la luz de lo que exige la situación; argumentan, por analogía, a favor de la relevancia de ciertos hechos y tratan de encontrar principios que tengan algún punto de apoyo en la ley existente. Todo esto es algo común; también lo es el hecho de que pueda haber analogías y principios en pugna, y otras perplejidades prácticas.82 Pero la cuestión de si esos procedimientos tradicionales son erróneamente

"formalistas" es simplemente la cuestión de si la "indeterminación" nocional de una norma jurídica significa que el juicio inteligente debe proveerse de algún fundamento independiente de decisión (Sidgwick: "algún principio adicional"). La reflexión sobre el pensamiento práctico cotidiano sugiere que este no es generalmente el caso. Sugiere que la inferencia de la indeterminación de una norma a la necesidad de premisas de "política" no es generalmente válida. ¿Debe ser diferente con el derecho?

(p. 193) 4.3 El dudoso contraste entre los procedimientos de decisión deductivos y los basados en políticas Los jueces realistas tienden a sugerir que las decisiones basadas en políticas son inevitables al aplicar normas jurídicas generales, porque la única otra posibilidad sería pretender que el juicio es accesible por medio de la deducción.

(Andrews: "Esto no es lógica. Es política práctica"). Pero esto parece inverosímil. Si Richard no pone en juego ninguna

Si, en lugar de intentar «deducir» la respuesta del concepto de amistad, intenta resolver la cuestión de sus obligaciones como amigo, ¿debemos pensar que en realidad pretende «deducir» la respuesta del concepto de amistad?

La cuestión se ha visto enturbiada por una confusión, también de origen holmesiano, entre la idea de un procedimiento de decisión deductivo y la de un "silogismo jurídico". En el silogismo práctico clásico, la premisa mayor se refiere a algún bien que se ha de lograr y la premisa menor a alguna característica de la situación que indica algo factible para promover ese bien. (Es apropiado ayudar a un amigo en necesidad/Haciendo *x* puedo ayudar a un amigo en necesidad/Así que haré *x*). Es cierto que los jueces a veces presentan sus deliberaciones en algo parecido a esta forma, y que de ese modo (a veces) exhiben su decisión como deducible de una regla jurídica junto con otra premisa que establece hechos. Pero se trata de una irrelevancia que no debería haber engañado a nadie para que pensara que los jueces pretenden acceder a sus juicios de manera deductiva. Obviamente, la selección de ciertos hechos como lo que importa en la situación y la

clasificación de esos hechos en términos de la regla pertinente a menudo requieren un tipo de discernimiento que es más que una capacidad para extraer inferencias lógicas o reconocer que ciertos hechos se dan. Esto es inevitable cuando las condiciones establecidas en la regla tienen la generalidad sin rasgos distintivos de principios de derecho privado como el "cuidado razonable" o la "previsibilidad razonable". Dado que la formación de una premisa menor que cooperará con esos principios para producir un argumento deductivo para la conclusión jurídica muestra una visión selectiva de lo que importa en la situación (y no solo un reconocimiento de lo que son los hechos), se podría decir que el razonamiento jurídico clásico es distintivamente "práctico" en oposición a "teórico": requiere pensar en lo que importa y no solo en lo que es verdad. Esta distinción será útil momentáneamente para aclarar la idea de un "procedimiento de decisión deductivo". El razonamiento deductivo es a veces práctico (puede referirse a qué hacer), pero no es *exclusivo* de lo práctico. Así que decir que los jueces (pretenden) deducir sus decisiones es decir, entre otras cosas, que (pretenden) que no hay nada distintivamente práctico en el razonamiento jurídico.

El hecho de que un juez formule sus deliberaciones en forma de silogismo y no haga referencia a ninguna "política" no afecta (*con permiso* de Holmes) a la cuestión de si pretende ser capaz de llegar a su decisión por medios deductivos, pues la estructura silogística es, en sí misma, neutral entre el razonamiento deductivo y el razonamiento que, al implicar pensar en lo que importa y no sólo en lo que es verdad, es distintivamente práctico. Además, la estructura silogística es igualmente útil para caracterizar la casuística jurídica clásica *y* el razonamiento basado en políticas de jueces como Andrews y Denning.

Estas consideraciones **(p. 194)** sugieren que los procedimientos deductivos y basados en políticas no agotan el ámbito jurídico. Página 14 de 28

Formalismo

posibilidades. Pero también sugieren que no debemos suponer que éstas describen posibilidades *exclusivas* . Es

decir, no debemos suponer, sino *preguntar* , si la exigencia realista de que las doctrinas de derecho privado se apliquen como instrumentos de política social se entiende bien como una exigencia de que los jueces abandonen una pretensión deductiva y reconozcan una tarea irreductiblemente práctica. ¿No podría el significado de esta exigencia ser justamente el opuesto: un ataque a la proposición —que nunca estuvo disfrazada en los procedimientos clásicos— de que el razonamiento jurídico debe afrontar tareas prácticas, en favor de una exigencia de certificar sus resultados mediante las operaciones de una racionalidad puramente teórico-deductiva?

Pensemos en un ejemplo de "realismo" contemporáneo sobre el derecho privado: la interpretación del "cuidado razonable" como gasto justificado socialmente en la prevención de accidentes. Por supuesto, esta interpretación del derecho no ha eliminado la necesidad de que los jurados (o, en los casos de apelación, los jueces) emitan juicios sobre la "razonabilidad". Pero la casuística clásica de la razonabilidad persiste, según los instrumentalistas, sólo por razones contingentes. Como explica el juez Posner:

Las partes no proporcionan al jurado la información necesaria para cuantificar las variables que la fórmula de Hand señala como relevantes. Por eso la fórmula tiene mayor importancia analítica que operativa.

Las dificultades conceptuales y prácticas para monetizar las lesiones personales pueden seguir frustrando los esfuerzos por medir los costos esperados de los accidentes con la precisión que es posible, al menos en principio, al medir el otro lado de la ecuación: el costo o la carga de la precaución. Durante muchos años, los jurados pueden verse obligados a hacer juicios aproximados sobre la razonabilidad, intuyendo en lugar de medir... [estos] factores.83

En este artículo, los juicios de razonabilidad se presentan como una especie de segunda opción para dar en el blanco, que, en principio, podría localizarse con mayor exactitud por medios puramente teóricos; dice que dichos juicios son correctos sólo cuando son los que se alcanzarían sobre la base de cálculos informados, comenzando con la premisa

de que el propósito de la ley es generar un "gasto rentable en la prevención de accidentes". Si la información pertinente estuviera disponible, entonces un juez podría poner en práctica esta premisa. El resultado no sería simplemente un poco de razonamiento jurídico que podría formularse en forma silogística; también sería un ejemplo de algo que podríamos llamar de manera inteligible un "instrumento jurídico".

"procedimiento de decisión deductivo". En efecto, dada esta premisa, la corrección de determinadas decisiones jurídicas podría demostrarse con sólo añadir información fáctica sobre qué conduciría a qué. De hecho, el interés de una comprensión de la ley de este tipo no depende realmente de si la información necesaria para ponerla en práctica estará disponible en un futuro realista (si así fuera, el derecho y la economía serían mucho menos interesantes para la gente de lo que son). Parece claro que otra motivación para desarrollar una comprensión de la ley de este tipo (su "significado analítico", como dice Posner) es reivindicar la noción misma de juicio jurídico correcto mostrando que la interpretación de la ley de este tipo no es correcta.

En principio, las decisiones basadas en la "intuitividad" podrían ser validadas mediante un argumento que no implicara ningún pensamiento de tipo netamente práctico. Tal motivación parece **(p. 195)** inteligible en el contexto del escepticismo, que es prominente en los realistas, sobre nuestro derecho a la noción de corrección en el tipo de pensamiento práctico que implica la especificación situacional de normas.

4.4 La tensión principal: el instrumentalismo, por un lado, y el ataque a la 'deducción' judicial, por otro. el otro

Todo esto apunta a una tensión entre dos elementos que se encuentran familiarmente unidos en la rebelión contra el formalismo. Se supone que el formalismo consiste en un procedimiento deductivo para aplicar normas jurídicas, y se supone que contrasta con la comprensión y aplicación del derecho como instrumento de política social. La enseñanza recibida incluso presenta estos conceptos como lo mismo:

"El formalismo... es la teoría de que todas las cuestiones jurídicas pueden resolverse por deducción, es decir, sin recurrir a la política...".84 Pero ¿no es esto una inversión de las cosas? *Por un lado* , en el panorama clásico, el derecho privado se organizaba en torno a unos pocos principios relativamente abstractos (por ejemplo, "razonabilidad", "*sic utere tuo* ", etc.) que, incluso tomados junto con sus glosas de derecho consuetudinario, no podían suponer de manera plausible que proporcionaran un acceso deductivo a todas las decisiones jurídicas. El problema práctico cuando tales principios entraban en juego era esencialmente especificatorio (se trataba de decir qué sería en esta o en una situación similar realizarlos), y para esto se requería la jurisprudencia, en un sentido más antiguo de la palabra, una forma de pensamiento dependiente de la analogía y el juicio, y dirigida a la elaboración del contenido de los principios a la luz de demandas situacionales *concretas.8*

5 *Por otra parte* , el requisito

El hecho de que el contenido específico de tales principios de derecho consuetudinario se determine recurriendo a la "política" presentaba la perspectiva de un procedimiento de decisión legal que genuinamente podría llamarse "deductivo".

La "política" (como la distribución de pérdidas o la disuasión eficiente) en oposición a un principio (como la causa próxima o la razonabilidad) es que no hay ningún problema especial sobre lo que sería realizarla en un caso particular.86

Formalismo

(p. 196) El problema práctico cuando entran en juego tales objetivos de política es principalmente el de la eficacia esperada de los diversos medios que podrían adoptarse para alcanzarlos; y esto significa que una vez que se postulan tales objetivos, la corrección de cualquier decisión legal puede, en principio, establecerse mediante

procedimientos de razonamiento que requieren sólo la aplicación de conocimiento empírico sobre causa y efecto.

Parece un error, entonces, pensar que, en algún momento del siglo XX, se descubrió la necesidad de recurrir a la "política".

interrumpe una fantasía previa ('clásica' o 'formalista') de poder resolver todas las cuestiones jurídicas por deducción.87

Parece más exacto decir que es el recurso a la política lo que hace posible esa fantasía. Sólo cuando se entiende la ley como un instrumento de la política empieza a vislumbrarse la posibilidad de juicios deductivamente accesibles.

Esta tensión en el pensamiento post-holmesiano ya estaba latente en Holmes, quien, mientras proclamaba la obviedad de que los problemas del razonamiento legal no son los de las transiciones lógicas de enunciados de principios y hechos a conclusiones, también sostenía que los principios del derecho consuetudinario eran interpretaciones más o menos encubiertas de políticas sociales que los buenos jueces deberían tener en mente.88 Aquellos que, siguiendo a Holmes, han denunciado el deductivismo y defendido el instrumentalismo (ambos en nombre de la oposición al "formalismo") podrían sorprenderse al darse cuenta, al reflexionar, de que la interpretación del "bien de la sociedad" como la eficiencia de Kaldor-Hicks, y la identificación de la "naturaleza interna" o los "verdaderos fundamentos"89 del derecho consuetudinario con la búsqueda de este bien, es casi lo único en la historia del pensamiento legal que responde a la visión estándarmente atribuida al formalista: la del razonamiento legal como la aplicación deductiva de un sistema de reglas sin lagunas. Sólo la perfección económica contemporánea de la corriente funcionalista del realismo jurídico se acerca a algo que podría decirse que hace de la lógica "la vida de la ley".90

4.5 La tensión resuelta

¿Qué está pasando aquí? ¿Por qué quienes criticaron la visión "formalista" de que el razonamiento jurídico podía ser deductivo también instaron típicamente a los jueces a comprender y aplicar las normas jurídicas como instrumentos de política? ¿Cómo pudieron esos críticos enfatizar la necesidad de recurrir a premisas interpretativas de política debido a la imposibilidad de un razonamiento deductivo **(p.**

197) ¿Cómo se puede entender un procedimiento de decisión cuando tales premisas parecen ser en sí mismas una manera de hacer que el juicio jurídico esté disponible deductivamente? Esto puede sonar como una paradoja, como si el crítico del formalismo estuviera negando en un momento la posibilidad que está afirmando en el siguiente. De hecho, es posible entender a un crítico de ese tipo. Para hacerlo es necesario responder a dos preguntas:

1. ¿Por qué alguien pensaría que quienes se dedicaban a la casuística jurídica clásica debían haber pretendido ser capaces de deducir sus decisiones en casos particulares a partir de reglas jurídicas generales?

2. ¿Por qué alguien pensaría que cualquier aplicación inteligente de una norma bastante general debe referirse a algunos objetivos deseados que pueden captarse independientemente de la norma en cuestión?

La respuesta a la primera pregunta explicaría la necesidad recurrente de negar que la deducción sea el núcleo del razonamiento jurídico cuando casi nadie lo afirma. La respuesta a la segunda pregunta explicaría la opinión recurrente de que la "indeterminación" de las normas jurídicas debe gestionarse recurriendo a la política. Ambas ideas, al no ser intuitivas, deben estar motivadas teóricamente. Y ambas pueden estar motivadas por un supuesto que puede llamarse "deductivismo":

(D) En un desacuerdo sobre la aplicación de una norma, no tenemos derecho a considerar uno u otro juicio como objetivamente correcto (es decir, como genuinamente requerido por la norma y la situación práctica) a menos que podamos exhibir ese juicio como la conclusión de un argumento deductivo, cuyas premisas serían (*a*) alguna

elaboración acordada de la norma en cuestión y (*b*) alguna caracterización de los hechos que no presuponga la corrección de uno u otro juicio en disputa.

Intuitivamente, (D) dice que la noción de una resolución correcta de un desacuerdo en un juicio está disponible sólo si somos capaces de probar uno u otro juicio, es decir, hacerlo argumentativamente convincente desde una posición fuera del desacuerdo en cuestión.91

Dada (D), las proposiciones incluidas en (1) y (2) anteriores se siguen naturalmente. La primera proposición se sigue de (D) en la medida en que los jueces tradicionales afirmaban, al menos implícitamente, estar haciendo juicios correctos acerca de lo que exige la ley.

Supongamos que un juez tradicional dictamina que el daño sufrido por el demandante es "imprevisible" o "insuficientemente directo" y, por lo tanto, está fuera del alcance del deber de cuidado del demandado. Aunque el juez podría formular su razonamiento en forma silogística

y apoyarlo por analogía con otros casos, no hay cuestión de un procedimiento deductivo aquí, *a menos que* uno vea su decisión a la luz de (D). Si uno lo hace, se ve obligado a pensar que el juez (*a*) está realmente (contrariamente a lo que afirma) haciendo una elección creativa sobre lo que constituye un daño "directo" o "previsible"; o (*b*) pretende tener una comprensión del contenido de estas nociones que, si se explicaran completamente, serían aceptadas por las partes en disputa **(p. 198)** y las obligarían racionalmente, en vista de los hechos, a llegar al mismo juicio.92 Suponiendo que el juez se presenta a sí mismo diciendo lo que la ley requiere (y no haciendo una elección), (D) hace inevitable considerarlo como si pretendiera tener una comprensión de la ley de la cual su decisión podría, en principio, deducirse.

La segunda proposición —que exige que el juez recurra a premisas de política cuando una norma jurídica no sea deductivamente aplicable— se desprende de (D) de la

misma manera. Tales premisas son simplemente lo que se necesita para elevar cualquier norma jurídica al nivel de aplicabilidad deductiva, o para convertir el silogismo en el que figura en una prueba; y esto es imperativo, dada (D), si hemos de considerar una aplicación de la norma como algo más que una elección inexplicada. Así, dada (D), resulta natural pensar en el problema del juicio jurídico, no como un problema de lectura de las exigencias de la situación particular a la luz de normas generales (como la "previsibilidad razonable"), sino como un problema de puesta en juego (al menos de manera encubierta, bajo la cobertura retórica de tales normas) de la política correcta; y, por lo tanto, pensar en las disputas sobre lo que tales normas exigen como disputas sobre qué políticas debería seguir el derecho (como si fueran racionalmente resolubles, y por lo tanto comprensibles como disputas genuinas, sólo en esos términos).

4.6 Ilustración: El funcionalismo económico y el CLS como dos formas de heredar la crítica de Formalismo

Alguien podría dudar de lo que parecen implicar estas consideraciones, a saber, que existe una línea directa de herencia del antiformalismo holmesiano/realista a las teorías funcionalistas del derecho privado, como la de Posner, donde no hay ningún obstáculo, salvo uno empírico, para explicar el contenido de la ley como un conjunto de reglas deductivamente aplicables que determinan una respuesta correcta en cada caso. Podrían protestar: "¿No es ésta la esencia misma del formalismo?

¿No son los verdaderos herederos del pensamiento postholmesiano aquellos críticos que rechazan esa imagen de determinación legal en favor de la visión de que cada aplicación de la noción de una “respuesta legalmente correcta” es realmente una afirmación política e ideológica de voluntad?

Pero no hay necesidad de elegir aquí entre estos rivales; ambos pueden ser considerados como herederos del mismo marco holmesiano.93 Ambos tienen en común la premisa de que *si* los problemas de especificación de normas jurídicas abstractas son susceptibles de una resolución racional, deben ser considerados como problemas acerca

de qué políticas debería seguir el derecho y resolverse en esos términos. La diferencia es que Posner afirma, mientras que los críticos niegan **(p. 199)** que los problemas de especificación jurídica se puedan resolver en esos términos. Posner es optimista al respecto (y, por lo tanto, optimista acerca del derecho privado como un instrumento racional y funcional de política) porque piensa que hay sólo un objetivo que el derecho debería perseguir,

'maximización de la riqueza'.94 Para los críticos, en cambio, una vez que se entiende que la especificación de las normas jurídicas requiere el recurso a la política, demasiadas visiones conflictivas de qué bien podría hacer la ley compiten por el reconocimiento para que el razonamiento doctrinal sea (o se convierta) alguna vez en algo más que lo que los realistas decían que era: una forma disfrazada de contienda política.9

5 Por supuesto, Posner espera validar doctrinas jurídicas específicas sobre la base de un argumento que se refiere a un bien *básico* , algo que se puede presumir que toda sociedad desea. Pero para que ese argumento tenga éxito, la búsqueda unánime de ese objetivo tendría que ser al menos menos controvertida normativamente que las doctrinas jurídicas que se han de validar como medios para lograrlo; y los críticos, citando la pluralidad de objetivos valiosos que el derecho podría perseguir, han dudado de esto con razón.

Esta disputa es quizá fácilmente solucionable a favor de los críticos por cualquiera que no comparta el monismo de Posner sobre el valor jurídico (o, como parece, sobre el valor). Nuestra tarea actual, sin embargo, es sólo hacer visible el marco de pensamiento que comparten estas partes. Para ambos, el problema de cómo se deben aplicar las doctrinas abstractas de derecho privado en casos particulares debe ser concebido, no (como parecía al pensamiento jurídico clásico) como un problema de expresión del contenido de tales doctrinas diciendo lo que requieren en situaciones contingentes, sino más bien como un problema de decidir qué objetivos ya plenamente comprendidos debería tratar de promover el derecho (y, por supuesto, de estimar la eficacia de decisiones jurídicas particulares para promoverlas). Es (D) lo que hace parecer

que los problemas del razonamiento jurídico *deben* ser concebidos de esta manera.

4.7 Resumen: La idea de una regla deductivamente aplicable

Formalismo

Para hacer balance, puede ser útil comentar e ilustrar la noción de "aplicabilidad deductiva", ya que esta noción ha desempeñado un papel central en esta parte de nuestro estudio. Recordemos la queja de larga data: el formalista piensa que la lógica por sí sola permite a un juez determinar lo que una regla jurídica requiere en un caso particular. Esto parecía desconcertante (Sección 1.1). ¿Cómo se podría suponer que alguien pensara esto de manera realista cuando la lógica obviamente no dice nada sobre cómo clasificar los particulares? Sin duda, puede haber reglas para **(p. 200)** aplicar reglas, pero tales reglas (interpretaciones o explicaciones) deben terminar en algún momento; en algún punto, se requiere un juicio aplicativo, no una inferencia lógica. Para aclarar los fundamentos de la queja contra el formalista, nuestro análisis hizo uso de una noción algo diferente: la de una regla "deductivamente aplicable". Aunque no existe una regla que esté conectada con juicios particulares a través de una mera inferencia lógica, puede tener sentido distinguir entre reglas que permiten un acceso deductivo al juicio y aquellas que no lo hacen. Nuestro objetivo era marcar una distinción entre reglas como

(1a) El demandado es negligente sólo cuando no gasta el último dólar en precauciones de seguridad que habrían producido un mayor rendimiento esperado en la prevención de accidentes; **(2a)** El demandado es la causa próxima de la lesión del demandante sólo cuando es un mejor conducto para distribuir las pérdidas que el demandante;

(3a) No exceda las 60 mph mientras conduce;

(4a) Detenerse en las luces rojas;

y reglas como

(1b) El acusado es negligente sólo cuando no cuida de una persona razonable en las circunstancias;

(2b) El demandado es la causa próxima del daño al demandante precisamente cuando ese daño es una consecuencia razonablemente previsible de su acción;

(3b) No conduzca a una velocidad irrazonable;

(4b) Tener un cuidado razonable por la seguridad de los demás mientras se conduce; lo primero, pero no lo segundo, es "deductivamente aplicable". En este uso del término, no tiene sentido preguntar si las reglas legales, como tales, son deductivamente aplicables: algunas lo son y otras no. Pero ¿cuál es exactamente la diferencia entre las reglas del grupo (*a*) y del grupo (*b*)?

Todas estas reglas son "proposiciones generales": todas presentan un estándar de corrección para innumerables casos particulares.

—y por lo tanto no pueden ser consideradas inteligiblemente como conectadas a sus instancias aparte de los juicios aplicativos. Por lo tanto, la marca de una regla que es "deductivamente aplicable" *no es* que determina lo que se requiere en casos particulares como una cuestión de "lógica" o de una manera que es "autoejecutable", si esto significa que la regla de alguna manera se cuida a sí misma.

¿Es la "aplicabilidad deductiva" de una regla una cuestión de acuerdo sociológico en los juicios? La gente tiende a estar de acuerdo sobre las operaciones del razonamiento deductivo, pero no es su acuerdo lo que hace que una regla sea deductivamente aplicable.96 En el curso de nuestra discusión rechazamos otra sugerencia, a saber, que una decisión judicial es "deductiva" en la medida en que puede representarse como la conclusión de un silogismo en el que la premisa mayor enuncia una regla de derecho y la premisa menor caracteriza los hechos. Esto hace que la deducibilidad sea demasiado barata. Porque la aplicación de *cualquier* regla jurídica puede formularse de esta forma,

exhibiendo así la ruta hacia una conclusión jurídica **(p. 201)** como una deducción de la regla ("Una persona es responsable si φ's; *X* φ-ed; entonces *X* es responsable").

¿Cuál es, entonces, la diferencia entre las reglas de tipo (*a*) y (*b*), de modo que queremos decir que una es deductivamente aplicable y la otra no? Debe recordarse que queremos decir esto con vistas a iluminar un aspecto central del pensamiento antiformalista; otros propósitos pueden requerir que la expresión "aplicabilidad deductiva" se le dé a un uso diferente o más restringido. Nuestra sugerencia fue que la diferencia radica en el tipo de pensamiento necesario para seleccionar una premisa menor adecuada. Las reglas de tipo (*b*) requieren una forma distintivamente práctica de pensamiento que intenta ver lo que es saliente en los hechos de un caso a la luz de una comprensión correcta, pero (como parece) no completamente codificable de la regla relevante.

Para ilustrar esto, consideremos lo que implica aplicar la regla (2 *b*), la regla que limita la responsabilidad civil a los daños "previsibles".

Como se señala a menudo, los juicios sobre la "previsibilidad" son sensibles a la forma en que se describen de manera general o específica ciertas características de la situación (a saber, la clase de persona en peligro, el tipo de peligro y su forma de ocurrencia). Estas son características de cualquier situación práctica: cualquier acción puede describirse en esos términos. Descrita de manera suficientemente general (por ejemplo, como la creación de un riesgo de *algún* daño, *de alguna manera* , a *alguien*),

Formalismo

La situación suscitará una preocupación por la libertad de acción del demandado, ya que la perspectiva de daño, así descrita, podríamos decir que siempre es "previsible". Si es ilícito que el demandado haya creado un riesgo tan general, debe ser ilícito que haya actuado exactamente *como tal* (ya que toda acción conlleva un riesgo tan general). Descrita

de manera más específica (por ejemplo, como la creación de un riesgo de que tal microfractura le ocurra al Sr. *X* de tal y tal manera), la situación suscitará una preocupación por la seguridad del demandante, ya que la perspectiva de daño, así descrita, podríamos decir que nunca es "previsible".97 Si una acción fuera ilícita solo cuando tal perspectiva es previsible, entonces el derecho del demandado a actuar no tendría límites. La observación de que la "previsibilidad"

Es sensible de esta manera a las descripciones de acciones y a menudo va acompañado de la sugerencia adicional de que la idea de

La "previsibilidad" es (por lo tanto) impotente o vacía como "prueba" de responsabilidad.98 Sin embargo, es difícil ver cómo cualquier regla podría ser una expresión de justicia o equidad si *no fuera* sensible a las características de las situaciones que ponen en juego estas dos preocupaciones: la libertad de una persona y la seguridad de otra. Se podría decir que la regla de "previsibilidad" exige que un juez forme una premisa menor seleccionando aquellas características de la situación que son sobresalientes como una cuestión de estas preocupaciones. El juez debe leer lo que importa en la situación a la luz de una concepción (de la cual la "previsibilidad" es una concepción).

es en sí misma ya una especificación parcial) de lo que exige la justicia o la equidad.99

(p. 202) No surgen problemas tan claramente prácticos al aplicar las reglas del tipo (*a*). Los términos de las reglas en sí describen directamente la premisa menor apropiada una vez que se conocen los hechos (3a *,* 4a *)* , o bien sólo se refieren a la aplicación de información empírica sobre qué intervenciones legales conducirán a qué (1a *,* 2a *)* . No hay un problema especial, por ejemplo, sobre qué sería en casos particulares "distribuir las pérdidas", sólo un problema técnico sobre cómo lograr esto. Así que aquí las disputas sobre decisiones legales tienden a ser disputas técnicas sobre la eficacia de los medios, o bien disputas (no sobre la aplicación de la ley en absoluto) sobre si la "distribución de pérdidas" es necesaria.

Fue el objetivo correcto a poner en juego.

La diferencia entre estos dos tipos de reglas se hace especialmente evidente cuando un juez aborda un caso difícil (por ejemplo, sobre el alcance del deber de cuidado del acusado) de una manera conscientemente "realista". Al emplear una regla como (2 *b*), el juez "formalista" nocional examina los hechos desde varios ángulos, probando diferentes descripciones de ellos y comprobando estas descripciones a la luz de analogías con casos claros o resueltos. Finalmente, dice que ("en su opinión") la situación requiere un juicio a favor de una u otra parte. (Esta frase calificativa expresa una modestia apropiada; no significa que su juicio se refiera a sus propias creencias en contraposición a lo que exige la regla). El realista, como hemos visto, considera que la regla es irremediablemente indeterminada y, por lo tanto,

"La interpreta" de una manera que convierte el problema en uno de aplicar una regla como (2 *a*). Esto parece desconcertante para el formalista. La ley no ofrece una invitación permanente para demandar a las partes que resultan ser buenos canales para distribuir las pérdidas. Entonces, ¿cómo puede la superioridad de una de las partes como distribuidor de pérdidas convertirla en un objetivo adecuado para la responsabilidad? Esta contingencia aparentemente no tiene nada que ver, razona el formalista, con las características de la situación que pusieron en juego el concepto de "causa próxima" (como una especificación de la preocupación por la justicia). Pero para el realista, la afirmación de que la justicia requiere uno u otro juicio en el caso parece, como sabemos, engañosa o ingenua.

esta manera la brecha que separa la generalidad de la "previsibilidad" de la particularidad del juicio ? Si no hay ningún argumento convincente que *demuestre* que un juicio diferente es incorrecto o indeseable, ¿no se han agotado las razones para juzgar? De ahí el dilema familiar, característico del realismo: o bien el juez "formalista" debe tener alguna razón no declarada para su decisión, o bien debe estar simplemente saltando una brecha (entre la generalidad de una regla y la particularidad de un juicio)

en la creencia errónea de que la regla jurídica lo lleva a través de ella por sí sola.

Dado (D), estas son de hecho las únicas opciones. En efecto, (D) dice que el juicio aplicativo de un juez es una *mera juicio* (y no un ejercicio de razonamiento) a menos que las razones para ello puedan explicarse como una regla de tipo (a).

Se excluye la posibilidad de que el juicio "esto es lo que la situación requiere" pueda ser a veces una forma de expresar las razones de una decisión. Inocente de (D), el formalista preguntará: ¿no es este el tipo de expresión de razones que a veces deberíamos esperar si las razones en cuestión han de ser de justicia o equidad y no de otra cosa? Desde este punto de vista, la necesidad de un juicio situacional no es una falta o un defecto en la norma jurídica, como si la norma de alguna manera todavía dejara de lado los fundamentos apropiados de la decisión. Más bien, es constitutiva de la adecuación jurídica de la norma **(p. 203)** , ya que habla de la sensibilidad inteligible de la norma a los aspectos de la situación que implican una preocupación por la equidad transaccional. ¿No podría la norma de "previsibilidad" tener justo el grado de exactitud apropiado para *esta* preocupación? El derecho consuetudinario, después de todo, está repleto del descubrimiento de que a veces es un error esperar que se establezca alguna norma más exacta antes de las situaciones contingentes en las que se requiere un juicio.

La ley enseña que exigir tal exactitud es a veces no comprender lo que realmente importa en esas situaciones.

el objetivo del juicio no es comprenderlo con mayor precisión.100

Formalismo

Cabe destacar que ambas partes en esta disputa aceptan que nociones como la de "previsibilidad" no permiten realizar una prueba deductiva de responsabilidad.10

1 Están de acuerdo, es decir, en que, incluso con todas las glosas concretadoras que otros casos pueden proporcionar, no hay causa para pensar que el contenido de tales nociones (o de la idea de justicia que expresan) pueda, sin recurrir a la "política", codificarse o explicarse en forma de una regla que haga que el juicio esté deductivamente disponible. Pero desde la perspectiva "formalista", esto significa solamente que nociones como la de "previsibilidad" proporcionan material para buenos silogismos jurídicos, no pruebas deductivas. Si esto también significa, como sostiene el realista, que el problema de especificar tales nociones a la luz de hechos contingentes debe realmente, "en el fondo",102 ser el de decidir qué objetivos más o menos ya completamente especificados debe perseguir la sociedad, es una cuestión que depende de la aceptabilidad de (D) y del privilegio que otorga a las reglas de tipo (*a*).

Como se ha indicado, nuestro propósito aquí ha sido hacer inteligible un hilo central en el ataque post-holmesiano a

"formalismo". Consideremos de nuevo la observación de Holmes: "Las proposiciones generales no deciden casos concretos", el grito de guerra del antiformalismo, si es que lo hay. ¿Por qué a la gente le parece algo profundo? 103 Una posibilidad es que la observación simplemente repita el lugar común -compartido por Dewey, Hart y Kant- de que se requiere un juicio aplicativo (una "síntesis de intuiciones" kantiana) en todos los casos. Así interpretado, Holmes estaría haciendo una interpretación "gramatical"

Si Holmes hiciera una observación (en el sentido de Wittgenstein) sobre qué es un "caso" y qué es una "proposición general", su observación se extendería indiferentemente tanto a nuestras reglas de tipo (*a*) como a las de tipo (*b*). Esta es una lectura natural, y su posibilidad puede ser parte de lo que da a la observación de Holmes su aire de verdad innegable. Pero, por supuesto, esta no es la forma en que se ha entendido la observación cada vez que se la ha considerado útil para la causa antiformalista. La lectura estándar dice que no se pueden *deducir decisiones concretas* de proposiciones jurídicas generales; hay una brecha permanente entre ellas que debe cerrarse mediante la interpretación o mediante

premisas de "política" **(p. 204)** . 104 Así interpretada, la observación establece una distinción entre dos tipos de "proposiciones jurídicas": las que *deciden* casos concretos y las más *generales* que, en ausencia de premisas adicionales, no lo hacen. Ésta es la distinción que hemos estado explicando. Tal vez la atracción de alguien por la observación de Holmes se evaporaría una vez que su sentido se hiciera perspicaz de esta manera. Así que tal vez la utilidad percibida de la observación dependa de hecho de que uno no tenga muy claro lo que significa: digamos, de que parezca tener *a la vez la obviedad de los lugares comunes sobre el juicio aplicativo y* trazar una distinción sustancial entre fundamentos más y menos específicos de decisión jurídica, entre reglas que hacen que el juicio sea deductivamente accesible y aquellas que no lo son. Sea como fuere, una vez que se hace explícito el marco de pensamiento que informa la lectura estándar, se explican dos cuestiones que de otro modo seguirían siendo desconcertantes: primero, por qué se pensaba que los jueces tradicionales tenían la ilusión de que estaban haciendo "deducciones" y, segundo, por qué, según la misma línea de crítica, los jueces deben recurrir a la "política" si han de llegar inteligentemente a conclusiones determinadas. En pocas palabras, la explicación es que quienes plantean estas críticas de Holmes son personas que no tienen una base sólida para la interpretación de la ley.

Los partidarios del 'formalismo jurídico' eran deductivistas.

De nuestro estudio se desprende que, cuando el término "formalismo" aparece como un término de crítica, sería conveniente plantear una o más de las siguientes preguntas: ¿El objeto de la crítica es una teoría equivocada de la aplicación de las normas o una práctica indeseable de aplicación de las normas? ¿La objeción apunta al estudio formal del derecho o simplemente al aislamiento formal del sistema jurídico? ¿La crítica se refiere a la autonomía de las razones jurídicas (una doctrina que el positivista, al limitar el derecho a las fuentes sociales, adopta) o a la autonomía del razonamiento jurídico (una doctrina que el positivista, por la misma razón, está obligado a negar)? ¿Y el crítico realmente pretende desenmascarar un error sobre la naturaleza deductiva del razonamiento jurídico? ¿O su

objetivo es más bien reforzar una comprensión funcionalista del derecho sobre la base de que sólo una comprensión de ese tipo podría alcanzar (lo que él ve como) el patrón oro de la aplicabilidad deductiva?

Es claro que el "formalismo" es propenso a la ambigüedad. Sin embargo, dejando de lado, como aconsejamos, la asociación del formalismo con el positivismo, y admitiendo que no tiene por qué haber nada "formalista" en el estudio formal del derecho, se podrá discernir un centro de gravedad poco definido. Las dificultades que atraen la etiqueta de "formalismo", se puede decir, son las que surgen del hecho de que donde hay derecho, también hay decisiones autoritativas (es decir, judiciales) sobre lo que es seguir el derecho en situaciones contingentes. Tanto la *deseabilidad* como *la posibilidad* de la adhesión judicial a las reglas entran en duda, y esta última duda adopta dos formas características. Según algunos teóricos, todas las reglas jurídicas son indeterminadas (se necesita una interpretación intencional en cada caso), mientras que según otros, esto es cierto sólo de un subconjunto particular de reglas jurídicas, aquellas que no están suficientemente relativizadas a situaciones específicas como para ser

'deductivamente aplicable'. Estas cuestiones (relativas a la conveniencia y posibilidad de seguir las normas judiciales) **(p.**

205) se reflejaron en tres posibles interpretaciones de la máxima de Holmes. (1) Las reglas jurídicas no determinan una interpretación "correcta".

(2) Existe una brecha bastante general entre una regla y su aplicación, una brecha que se necesita una 'interpretación' de la regla para llenar. (3) No existe tal brecha general, pero Página 20 de 28

Formalismo

Existe una brecha entre las reglas *generales* —es decir, reglas no suficientemente relativizadas a situaciones específicas— y los resultados en casos particulares.

Si estas afirmaciones representan, como dicen los oponentes del formalismo, el aprendizaje post-realista recibido,10

5 que el aprendizaje se mantiene

Todas estas afirmaciones son problemáticas, incluso más allá de su inconsistencia colectiva, como lo destacó nuestra encuesta. Sin embargo, queda un debate crítico para otra ocasión.

Notas:

Agradezco a Jules Coleman, Arthur Jacobsen, Steven Perry, Robert Post, Scott Shapiro y Ben Zipursky por sus útiles comentarios sobre un borrador anterior.

(1) Morton White, *El pensamiento social en Estados Unidos: La rebelión contra el formalismo* (Oxford: Oxford University Press, 1947), 11; véase también Grant Gilmore, *Las edades del derecho estadounidense* (New Haven: Yale University Press, 1977), 12.

(2) La idea de que "el formalismo ya ha sido completamente desacreditado" se cita a menudo al comienzo de un nuevo ataque contra él. Véase Michael S. Moore, "The Semantics of Judging", *Southern California Law Review* , 54 (1981), 151, 153.

(3) Como han señalado diversos comentaristas, el término "formalismo" es casi siempre un término de oprobio, de modo que su doctrina positiva, si es que la hay, debe extraerse en gran medida de sus críticos. Dos excepciones notables a esto son Frederick Schauer, "Formalism", *Yale Law Journal* , 97 (1988), 509, y Ernest J. Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", *Yale Law Journal* , 97 (1988), 949.

(4) Por supuesto, esta propuesta relativa al objetivo del "formalismo" tampoco pretende abarcar todo lo que todos los autores de jurisprudencia han llamado "formalismo". Sin embargo, esto es un punto en contra de ella sólo en el

supuesto dudoso de que exista tal unidad que pueda ser abarcada.

(5) Morton J. Horowitz, *The Transformation of American Law 1870–1960* (Oxford: Oxford University Press, 1992), 200. Horowitz también atribuye esta demostración a Felix Cohen. Sobre el formalismo como falso deductivismo, véase también ibíd. 16; Roberto Unger, *Knowledge and Politics* (Nueva York: The Free Press, 1975), 92; Margaret Jane Radin, 'Reconsidering the Rule of Law', *Boston University Law Review* , 69 (1989), 781, 793.

(6) Véase John Dewey, 'Logical Method and Law', *Cornell Law Quarterly* , 10 (1924), 17, 22. El punto principal de Dewey es que los jueces deben tratar las normas jurídicas como instrumentos de política social; la ilusión de su aplicabilidad deductiva, parece pensar él, lo impide.

(7) HLA Hart, 'Positivismo y la separación del derecho y la moral', *Harvard Law Review* , 71 (1958), 583, 630.

(8) Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura* , trad. Norman Kemp Smith (Nueva York: St Martin's Press, 1929), A133/B172; cf. Kant, 'Sobre el dicho común: “Esto puede ser cierto en teoría, pero no se aplica en la práctica”' en Kant, *Political Writings* , ed. Hans Reiss (Cambridge: Cambridge University Press, 1970), 61. Se podría llamar a la regresión a la que Kant llama la atención una 'demostración' (de la imposibilidad de pasar por la lógica de las normas generales a los juicios particulares); pero parece más preciso decir que lo que Kant demuestra es que no hay ninguna afirmación inteligible sobre la lógica afirmada o negada aquí en absoluto.

(9) Este es también uno de los puntos de la discusión de Wittgenstein sobre el 'acuerdo con una regla' en L. Wittgenstein, *Philosophical Investigaciones* , trad. GEM Anscombe (Oxford: Blackwel, 1958), §§138–202.

(10) Jerome Frank, *La ley y la mente moderna* (Glouster, Mass.: Peter Smith, 1970), 129.

(11) Haines, 'Observaciones generales sobre los efectos de las influencias personales, políticas y económicas en las decisiones de los jueces', *Illinois Law Review* , 17 (1922), 96.

(12) Cf. Duncan Kennedy, 'Formalidad legal', *Journal of Legal Studies* , 2 (1973), 351, 359; Roscoe Pound,

'Jurisprudencia mecánica', *Columbia Law Review* , 8 (1908), 605. Para una versión especialmente vívida de esta acusación, véase Burt Neuborne, 'Of Sausage Factories and Sylogism Machines: Formalism, Realism, and Exclusionary Selection Techniques', *New York University Law Review* , 67 (1992), 419, 421.

2

Formalismo

(13) Ambas reglas son determinadas para cada caso de x; 'y2 = x' no lo es, aunque a veces es mecánicamente decidible.

(14) Véase Joseph Raz, *La autoridad de la ley* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 182.

(15) Para una expresión clásica de esta visión, véase Edward Coke, *Coke's Rep* ., 12; 4ª ed., 1738, 63, 64–5.

(16) Cf. Ronald Dworkin sobre los críticos de la "jurisprudencia mecánica": "Su dificultad radica en encontrar profesionales a quienes ridiculizar. Hasta ahora han tenido poca suerte en enjaular y exhibir a los jurisprudentes mecánicos (todos los especímenes capturados...

Incluso Blackstone y Joseph Beale— tuvieron que ser liberados después de una lectura cuidadosa de sus textos.') 'The Model of Rules I', en *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978), 15-16. Conozco sólo dos casos en los que parece afirmarse la

deducibilidad general de las conclusiones jurídicas: John M. Zane, 'German Legal Philosophy', *Michigan Law Review* , 16 (1916), 288, 338; y Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1960), 213-14. Pero creo que ambos autores se entienden mejor diciendo simplemente que la deliberación judicial siempre puede formularse en forma de *silogismo* . Sobre esta distinción, véase la sección 4.3.

abajo.

(17) Esta no pretende ser una lista completa, y por supuesto los elementos que contiene no son perfectamente claros tal como están.

(18) Véase Ernest J. Weinrib, *La idea del derecho privado* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995).

(19) Véase Judith N. Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1964), 33-4: 'la idea de tratar el derecho como... identificable sin ninguna referencia al contenido, objetivo y desarrollo de las reglas que lo componen, es la esencia misma del formalismo, porque el formalismo no implica simplemente tratar el derecho mecánicamente como una cuestión de deducciones lógicas a partir de premisas dadas...').

(20) Véase HLA Hart, *El concepto de derecho* (Oxford: Clarendon Press, 1961), 129; Larry Alexander, “Conmigo no es nada”: Formalismo en derecho y moralidad (*University of Chicago Law Review* , 66 (1999), 530, 531); Frederick Schauer, “Formalismo”; Roberto Unger, *El derecho en la sociedad moderna: hacia una crítica de la teoría social* (Nueva York: Free Press, 1976), 204; Robert Summers, *Instrumentalismo y teoría jurídica estadounidense* (Ithaca, Nueva York: Cornel University Press, 1982), 136-74.

(21) Véase Stanley E. Fish, *Doing What Comes Naturally: Cambio, retórica y la práctica de la teoría en la literatura. y Estudios Jurídicos* (Durham: Duke University Press, 1989), 153,2–32; Roberto Unger, *Conocimiento y Política* , 93;

Hart, *Concepto de Derecho* , 124–30; Mark Tushnet, 'El antiformalismo en la teoría constitucional reciente', *Michigan Law Reseña* , 83 (1985), 1502, 1506–7; Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication, Fin de Siecle* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997), 105,109; Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), 1; Roberto Unger, *What Should Legal Analysis Become* (Londres: Verso, 1996), 41–2; Gary Pel er, 'The Metaphysics of American Law', *California Law Review* , 73 (1985), 1152; Thomas C.

Grey, 'La ortodoxia de Langdel', *University of Pittsburgh Law Review* , 45 (1983), 1.

(22) Véase Hart, *Concept of Law* , cap. 7; Grey, 'La ortodoxia de Langdel'; Morton J. Horowitz, *The Transformation of Derecho americano 1870–1960* (Oxford: Oxford University Press, 1992), 199; Brian Leiter, 'Ensayo de revisión: positivismo, formalismo, realismo', *Columbia Law Review* , 99 (1999), 1145–6; David Lyons, 'Formalismo legal e instrumentalismo'

—Un estudio patológico', en *Aspectos morales de la teoría jurídica* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), 41; Summers, *Instrumentalismo y teoría jurídica estadounidense* , 137–74.

(23) Véase Anthony J. Sebok, *Positivismo jurídico en la jurisprudencia estadounidense* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998); Shklar, *Legalism* , 33-4; Horowitz, *The Transformation of American Law* , 9, 16.

(24) Véase Ernest J. Weinrib, 'Formalismo jurídico: sobre la racionalidad inmanente del derecho', *Yale Law Journal* , 97 (1988), 949; Weinrib, *La idea del derecho privado* ; Horowitz, *La transformación del derecho estadounidense* , 254; Oliver Wendel Holmes, 'El derecho en la ciencia y la ciencia en el derecho', *Harvard Law Review* , 12 (1889), 443, 460; Summers, *Instrumentalismo en el pensamiento jurídico estadounidense* , 137-75.

(25) Unger, *El derecho en la sociedad moderna* , 203; Unger, *Conocimiento y política* , 92.

(26) AW Brian Simpson, 'Iconoclastas legales e ideales legales', *University of Cincinnati Law Review* , 58 (1990), página 22 de 28

Formalismo

819, 834.

(27) Schauer, 'Formalism', 510. Schauer considera esta conclusión, pero no la saca él mismo.

(28) Así, se podría señalar que Kant y Hegel adoptan (1) y (2) pero rechazan (6); que Pashukanis adopta (2) pero rechaza (6) y (1); que Austin, Kelsen, Hart y Raz adoptan (2) y (6) pero no expresan una opinión definida sobre (1); que Dworkin afirma (5) pero rechaza (6) y quizás también (2); que Tomás de Aquino también rechaza (6) pero — siguiendo a Aristóteles— acepta (2) y rechaza (5); que Kelsen y Hart rechazan (5) y critican la práctica descrita en (3), etc.

Se podría continuar con este tipo de mapas, pero hay poco que aprender de ellos más allá de la lección negativa de la necesidad de observar las diferencias.

(29) La ambivalencia se refiere a la cuestión de los méritos de la toma de decisiones "formalista". Tengo intención de abordar este tema en una continuación del presente capítulo.

(30) Los detalles de dicho formalismo sistémico e intersistémico son explorados por Schauer, 'Formalism'.

(31) De hecho, no es fácil ver qué se supone que es “interpretar una regla”, concebida como un requisito universal, o en qué se diferencia, excepto en el nombre, de “aplicar una regla”. La formulación provisional nos permitirá no quedarnos atascados en esto al principio. Analizo los problemas de la “interpretación” como requisito universal en Stone, “Focusing the Law; What Legal Interpretation is Not”, en A. Marmor, *Law and*

Interpretation: Essays in Legal Philosophy (Oxford: Clarendon Press, 1992), y “Wittgenstein on Deconstruction”, en A. Gary y R. Read, *The New Wittgenstein* (Londres: Routledge, 2000).

(32) Hart, 'Positivismo y la separación de la ley y la moral', esp. 614-15; Hart, *El concepto de ley* , cap. 7.

(33) Véase, por ejemplo, Lon Fulger, "Positivismo y fidelidad al derecho: una respuesta al profesor Hart", *Harvard Law Review* , 71 (1958), 630,638; Michael Moore, "La semántica del juicio", esp273–81.

(34) Por supuesto, ambas doctrinas pueden ser válidas. En ese caso, las normas jurídicas tendrían el poder de frustrar a los jueces que las aplican, y sería bueno, también, que la práctica de aplicarlas consistiera a menudo en soportar esa frustración en lugar de evitarla mediante la "interpretación" u otros medios.

(35) Ful er, 'Positivismo y fidelidad a la ley', 663.

(36) Esto no significa que las cuestiones sobre el significado de una norma jurídica no estén relacionadas con el modo en que se utilizan los términos de la norma en otros contextos. Como destacó Hart, los términos de una norma jurídica no podrían significar lo que significan si no se utilizaran de ciertas maneras estándar en otros contextos. Véase *Concepto de derecho* , cap. 7.

(37) Alguien podría querer decir que "un vehículo es un vehículo", y que si logramos albergar dudas sobre la aplicación de la regla de "no vehículo" en este caso, eso es sólo porque ya estamos leyendo la regla a la luz de una pregunta acerca de cuál podría ser su objetivo. Esto parece correcto, pero sugiere que términos como "objetivo" o "propósito" son demasiado burdos para las distinciones que necesitamos aquí. ¿Por qué no debería Hart poder admitir que una regla jurídica no sería inteligible excepto en un contexto de objetivos que pueda entenderse que promueve? La distinción entre casos fáciles y difíciles se trazaría en este contexto; no necesita entenderse como una distinción entre reglas que requieren este contexto y reglas que de alguna manera no lo requieren. Es posible, como sugiere

Andrei Marmor, que Fuler mismo pueda ser leído como si no pretendiera nada más que esto. Véase Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992), 130 n. 13. Pero hay pasajes que sugieren que Hart pretende algo mucho más fuerte (véase, por ejemplo, Ful er, "Positivism and Fidelity to Law", 665-6). Debe recordarse que uno de los propósitos habituales que tienen las personas al establecer una regla es decidir ciertos casos de antemano, de modo que no tengan que razonar sobre lo que requiere el avance de sus objetivos caso por caso. Parecería peculiar y paradójico si el trasfondo intencional del uso del lenguaje -que Ful er cree que Hart ignora- fuera tal que impidiera a las personas usar el lenguaje de maneras que logren tales propósitos.

(38) *Riggs v Palmer* , 22 NE 188 (NY 1889) (el heredero asesino) y el cirujano de Pufendorf (discutido en *Riggs*) serían otros miembros de esta clase.

(39) “¿Para qué puede servir esta regla? ¿Qué mal busca evitar? ¿Qué bien pretende promover? ... Es a la luz de este “deber” que debemos decidir qué “es” la regla”. Ful er, “Positivismo y fidelidad al derecho”, 665-6.

Formalismo

(40) Por supuesto, lejos de negar cualquier versión *menos que universal* de la afirmación interpretativista, eso es precisamente lo que Hart pretendía afirmar con su distinción entre núcleo y penumbra. Véase *El concepto de derecho* , cap. 7.

(41) Cada una de estas tesis es, en efecto, bastante dudosa, pero ninguna, por supuesto, fue propuesta por Hart.

(42) Cf. Summers, *Instrumentalism in American Legal Theory* , 169: «Cuando los jueces... establecen una norma, uno puede, dentro de ciertos límites, entender su contenido. Pero este tipo de comprensión es significativamente incompleta. Sin una apreciación de las razones de la norma, uno normalmente será incapaz de

determinar su alcance justificado». Summers tal vez sólo quiere decir que la comprensión de las normas jurídicas aplicables es, por sí sola, insuficiente para llegar a una decisión jurídica apropiada, ya que queda la cuestión de si incluso las normas jurídicas claramente aplicables deben aplicarse cuando dan resultados no deseados. Pero si es así, su referencia a «una especie de comprensión» que es «incompleta»

Confunde precisamente esta afirmación normativa (dirigida a la práctica jurídica) con una afirmación conceptual (relativa a lo que es entender una regla). Aunque Michael Moore lee la afirmación de Fulger como normativa —«insta a los jueces a hacer caso omiso [del significado de una regla] cuando no se ajusta a su noción del propósito de la regla» («The Semantics of Judging», 277)— creo que su argumento contra el «formalismo» no evita por completo la confusión descrita, ya que considera que esta afirmación normativa contradice a Hart (quien, de hecho, tenía poco que decir, al parecer, sobre cómo los jueces deberían decidir los casos).

(43) Nadie supone, por ejemplo, que un idealista, en el sentido berkeleyiano, sea alguien que tiene una expectativa demasiado optimista de lo que traerá el futuro.

(44) Hart presentó después la noción de un "caso fácil" como parte de una *crítica* al "formalismo", como un intento de limitar el ámbito de sus reivindicaciones legítimas. Véase *El concepto de derecho* , cap. 7.

(45) Véase HL A Hart, 'Problemas de la filosofía del derecho', en *Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 104. Alguien que se queja del abuso judicial de la 'lógica' puede querer decir simplemente que la toma de decisiones jurídicas debería ser flexible y no estar sujeta a reglas. La 'lógica' figura en esta queja como un paradigma de inflexibilidad. Pero, por supuesto, el sentido en el que se podría decir que las 'leyes de la lógica' son 'inflexibles' -es decir, que no hay ningún pensamiento que les sea ajeno- es contrario a los propósitos de alguien que desea decir que los jueces deberían estar preparados para modificar la ley.

(46) Cf. Weinrib, 'Formalismo jurídico', 957–66; Hart, *Concepto de derecho* , 'Postscriptum', 239–40.

(47) Cf. Hans Kelsen, *Introducción a los problemas de la teoría jurídica* , trad. Bonnie Paulson y Stanley Paulson (Oxford: Oxford University Press, 1992), 25; Hegel, *Lecciones preliminares sobre la filosofía del derecho, Clio* , 8:49, 62 (trad. A. Brudner, 1978) (citado en Weinrib, 'Formalismo jurídico', 954).

(48) Immanuel Kant, *Los elementos metafísicos de la justicia (Parte I de La metafísica de las costumbres)* , trad. John Ladd (Indianápolis: Bobbs-Merril, 1965), 34.

(49) Véase E. Pashukanis, *Law and Marxism: A General Theory* , trad. Barbara Einhorn (Londres: Pluto Press, 1978), 49-54. Para el rechazo de Kelsen a la tesis kantiana, véase, por ejemplo, Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* , 39-53.

(50) Robert Gordon, 'Historias jurídicas críticas', *Stanford Law Review* , 36 (1984), 57, 68.

(51) Cf. Giorgio Del Vecchio, *Las bases formales del derecho* , trad. John Lisle (Boston: The Boston Book Company, 1914).

(52) Véase, por ejemplo, Shklar, *Legalism* , 33–4.

(53) Véase, por ejemplo, Weinrib, 'Legal Formalism', 955–6.

(54) Véase Raz, *La autoridad de la ley* , 38.

(55) Véase Sebok, *Positivismo jurídico en la jurisprudencia estadounidense* .

(56) Ful er, 'Positivismo y fidelidad a la ley', 638.

(57) Véase, por ejemplo, Andrei Marmor, *Interpretación y teoría jurídica* , 124-154.

(58) Véase Hart, 'El positivismo y la separación de la ley y la moral'.

(59) La observación de Schmitt se cita en I. Mul er, *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991), 70. No es sorprendente que el formalismo en el sentido de "adhesión rígida a las reglas legales"

En algunos contextos, el formalismo aparece como un arma judicial en la lucha contra el fascismo. Véase Guido Calabresi, 'Two Functions of Formalism', *University of Chicago Law Review* , 67 (2000), 479.

(60) Véase Raz, *Autoridad de la ley* , 38.

(61) Ibíd. 52.

(62) Ful er, 'Positivismo y fidelidad a la ley', 665–6.

(63) Leiter, 'Ensayo de revisión: positivismo, formalismo, realismo', 1150, 1152.

(64) Véase Joseph Raz, 'Sobre la autonomía del razonamiento jurídico', en *Ética en el dominio público: ensayos en la Moralidad del derecho y de la política* (Oxford: Clarendon Press, 1994), a la que estoy en deuda en el párrafo que sigue.

(65) Véase Raz, 'On the Autonomy of Legal Reasoning', 334. Por lo tanto, la indeterminación nunca es un motivo apropiado para que un tribunal se niegue a decidir. Esto debe distinguirse de la situación en la que una norma jurídica de orden superior exige que un tribunal resuelva las indeterminaciones a favor de una de las partes; en tal caso, el derecho no es indeterminado.

(66) Véase Hart, *Concept of Law* , cap. 7.

(67) Pel er, 'La metafísica del derecho americano', 1152.

(68) Cf. Al an C. Hutchinson, 'Democracia y determinación: un ensayo sobre interpretación jurídica', *Universidad de Miami. Law Review* , 43 (1988), 541,558: '[N]o existe, sencillamente, una conexión necesaria y adecuada entre los resultados jurídicos y el material doctrinal. ... [N]o puede haber derecho sin interpretación, ni interpretación sin jueces, ni jueces sin política.'

(69) Un segundo enfoque se centró en las doctrinas constitucionales que regulan la frontera entre lo público y lo privado. Véase William Fisher, Morton Horowitz y Thomas Reed (eds.), *American Legal Realism* (Nueva York: Oxford University Press, 1993), 76-129. Parece notable que "la proposición de que las normas jurídicas sólo pueden entenderse con referencia a los fines a los que sirven" fue anunciada por primera vez por Fulger en un argumento en el sentido de que la regla de otorgar daños por incumplimiento de contrato es, en sí misma, indeterminada y, por lo tanto, debe entenderse y aplicarse como un instrumento de "política social". L. Fulger y WR Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages", *Yale Law Journal* , 46

(1936), 52

(70) Estos puntos hacen que sea comprensible por qué *Lochner v New York* , 198 US 45 (1905), que encontró que el principio de derecho privado de libertad de contrato estaba arraigado en la Decimocuarta Enmienda, debería haber llegado a ser considerado por los realistas como un paradigma de "formalismo". Ciertamente, la opinión del juez Peckham no pretende "deducir" ese principio de la referencia textual a la "libertad"; ni hay nada "mecánico" en el hecho de que lo encuentre allí. Pero si los derechos y obligaciones contractuales se entienden correctamente como instrumentos funcionales de propósitos sociales (o si son meras "predicciones" de la incidencia del poder público), entonces debe ser dudoso que la Decimocuarta Enmienda los consolide cuando el estado, como agente de la sociedad, declara que ya no sirven a su propósito. Así que tal vez sea simplemente la imagen clásica del derecho privado en la que realmente consiste el supuesto "formalismo" de Lochner. Cf. Cass Sunstein, 'Lochner's Legacy', *Columbia Law Review* , 87 (1987), 873. Cuatro

años después de que se resolviera el caso Lochner, Pound lo describió como un reflejo de una forma de pensamiento legal 'que exagera el derecho privado a expensas del derecho público'.

y que implica 'jurisprudencia mecánica, una condición del pensamiento jurídico y de la acción judicial en la que la deducción a partir de concepciones ha producido una nube de reglas que oscurece los principios de los que fueron extraídas, en la que las concepciones se desarrollan lógicamente a expensas de los resultados prácticos...'. Pound, 'Liberty of Contract', *Yale Law Journal* , 18 (1909), 454. La vinculación que hace Pound de la queja sobre la prioridad del derecho privado con referencias al mecanismo, la lógica y la deducción parece desconcertante. ¿Qué podría ser menos mecánico que la aplicación que hace Lochner de la cláusula del debido proceso a las leyes de horas mínimas de trabajo?

Formalismo

(71) Oliver Wendel Holmes, 'El camino de la ley', en *Collected Legal Papers* (Nueva York: Harcourt, Brace and Company, 1920), 182–3.

(72) Para una reutilización moderna de estos términos, véase, por ejemplo, E H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (Chicago: University of Chicago Press, 1949), 1–4; Kennedy, *A Critique of Adjudication* . Por supuesto, algunos teóricos aplauden en lugar de criticar la búsqueda encubierta de objetivos de política a través de la "retórica" legal. Cf. Guido Calebresi, "Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.", *University of Chicago Law Review* , 69 (1975), 69, 107.

(73) *Palsgraf contra Long Island Railroad Co.* , 248 NY 339, 162 NE 99 (1928).

(74) *Spartan Steel & Alloys Ltd. contra Martin & Co.* , 1QB en 27, 37 (1973).

(75) Véase, por ejemplo, *Peticiones de la Kinsman Transit Co.* , 383 F 2d 708 (1964), esp. 725–6.

(76) Richard Posner, *Análisis económico del derecho* , 2.ª ed. (Boston: Little, Brown and Co., 1977), 185–6.

(77) Henry Sidgwick, *Métodos de ética* (Chicago: University of Chicago Press, 1962), 421, 444, 425.

(78) El procedimiento buscado es implícitamente deductivo, pues es difícil ver cómo un "principio adicional" que no permitiera un acceso deductivo al juicio sería una mejora con respecto a los términos del sentido común, o por qué (suponiendo que el "sentido común" requiere un "principio adicional") tal "principio adicional" no requeriría en sí mismo un "principio adicional" para hacerlo *determinado* , y así sucesivamente.

(79) Alguien sensible a las razones de la amistad no está dispuesto rutinariamente a sacrificarlas por otras satisfacciones genéricas. Véase Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1986), 352-3.

(80) Una versión del argumento de petición de principio de Sidgwick es un punto de apoyo crucial en la afirmación de Shavel y Kaplow de que no hay ningún bien que la ley pueda hacer excepto el de promover el bienestar social definido en términos paratonianos. Véase Louis Kaplow y Steven Shavel, *Principles of Fairness versus Human Welfare: On the Evaluation of Legal Policy* , Harvard Law School, Law-Econ Discussion Paper No.277, SSRN Electronic Paper Collection (2000). La única consideración que plantean en apoyo de esta afirmación es la observación de que cualquier otro bien candidato es

"indeterminado" con respecto a la selección de reglas legales y por lo tanto dejar todo a la "intuición". Creo que es simplemente el cientificismo (una demanda prejuiciosa de que los asuntos prácticos tengan el tipo de inteligibilidad que se encuentra en las ciencias naturales) lo que hace que esto parezca un buen argumento, pero el punto requeriría una discusión más larga de la que es posible aquí. Cf. Sidgwick, *Methods of Ethics* , 425: "Los utilitaristas están ... llamados a mostrar una transición

natural de la moralidad del sentido común al utilitarismo, algo así como la transición en ramas especiales de la práctica del instinto entrenado ... al método técnico que encarna y aplica las conclusiones de la ciencia: de modo que el utilitarismo pueda presentarse como la forma científicamente completa y sistemáticamente reflexiva de [la] regulación de la conducta".

(81) Dicho de otro modo: si los jueces deben recurrir a la política, entonces deben legislar; pero del hecho de que los jueces legislen no se sigue que deban recurrir a la política.

(82) Véase Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983), 8–9.

(83) *McCarty contra Pheasant Run, Inc.* , 826 F 2d 1554 (7mo Cir. 1987).

(84) Kennedy, *Critique of Adjudication* , 105. Kennedy dice más adelante que está usando “política” para denotar todos los factores no deductivos” (109). Supongo que esto significa que está usando “política” como un término general para todas las *fuentes* de decisión que no son la ley (en la teoría legal, “moralidad” a veces también se usa de esta manera). Pero esto deja sin explicar por qué su nombre para las fuentes legales debería ser “factores deductivos”. La deducción es un tipo de razonamiento, no una fuente especial de decisión, y algunas fuentes no legales tienen muchas más probabilidades de proporcionar un acceso deductivo al juicio que la ley. Cf. Roberto Unger: “El razonamiento legal es formalista cuando la mera invocación de reglas y la deducción de conclusiones a partir de ellas se cree suficiente para cada elección legal autorizada. Es intencional cuando la decisión sobre cómo aplicar una regla depende de un juicio sobre cómo lograr de manera más efectiva los propósitos adscritos a la regla”. *El derecho en la sociedad moderna* , 194. Una vez más, esto parece extraño porque "la mera invocación de [la ley]

Las «reglas» son a menudo manifiestamente inservibles para «la deducción de conclusiones»; mientras que una redirección del razonamiento jurídico

Como sugieren mis ejemplos en el texto, a veces se puede esperar que las cuestiones sobre la eficacia de una u otra decisión para lograr un propósito atribuido a una regla conduzcan a procedimientos deductivos.

(85) *Prudentia* fue el término que utilizó Aquino para referirse a *la phronesis de Aristóteles* , a menudo traducida como "sabiduría práctica".

(86) Ciertamente, esta no es la única forma en que se utiliza el término "política pública", pero es constitutiva del interés de la "política"

en el argumento realista de la indeterminación a la política.

(87) Cf. Unger, *¿En qué debería convertirse el análisis jurídico* ?, pp. 42-3.

(88) Véase Holmes, 'The Path of Law', 180, 181, 184; y Holmes, 'Law in Science and Science in Law', *Harvard Law Revista* , 12 (1899), 443,460.

(89) Richard Posner, *Los problemas de la jurisprudencia* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press), 361.

(90) Posner ha reconocido esto: 'Si la teoría económica positiva del common law es correcta, el common law es un sistema lógico, y la lógica deductiva -el razonamiento formal- puede ser utilizada (por el juez) para llegar a resultados demostrablemente correctos en casos particulares o (por el erudito) para demostrar la corrección de los resultados en casos particulares'. Por lo tanto, el análisis económico del derecho es 'el ejemplo moderno del formalismo'. Legal Formalism, Legal Realism and the Interpretation of Statutes and the Constitution', *Case Western Reserve Law Review* , 37 (1986), 179, 181, 185.

(91) Para una conclusión similar sobre el supuesto que parece operar en los debates sobre el "formalismo", véase Lyons, "Legal Formalism and Instrumentalism", 51.

(92) Si, en su versión completamente explicada, el concepto de causa próxima del juez no fue aceptado por las partes, eso demostraría que no había una disputa genuina sobre una cuestión de aplicación: las partes estaban operando con conceptos diferentes.

(93) Edmund Kitch tiene razón al afirmar que "el derecho y la economía surgieron a partir de la agenda del realismo jurídico". Kitch, "The Intelectual Foundations of Law and Economics", *Journal of Legal Education* , 33 (1983), 184.

(94) De manera similar, muchos realistas afirmaron que el razonamiento jurídico podría convertirse en una "ciencia de la política" aplicada. Naturalmente, esta perspectiva se acerca más al alcance si uno está dispuesto a suponer que el Estado tiene "en última instancia" un solo objetivo. Véase Richard Posner, "El concepto de justicia correctiva en las teorías recientes del derecho de responsabilidad civil", *Journal of Legal Studies* , 10

(1981), 187,206.

(95) Sobre la ruptura entre CLS y la atracción realista por la "ciencia política", véase Pel er, "Metaphysics of American Law"; Guyora Binder, "Critical Legal Studies", en Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Cambridge, Mass.: Blackwel Publishers, 1996). No se debe exagerar la ruptura, pues se produce en el marco del supuesto común de que la elaboración de la doctrina jurídica debe consistir en la selección e implementación de políticas sociales.

(96) De hecho, es probable que haya un gran desacuerdo sobre qué acciones son "negligentes" o una "causa próxima" según las reglas (1 *a*) o (2 *a*).

(97) A menos que el actor esté realizando una cirugía.

(98) Una excepción a esto es Clarence Morris. Véase 'Duty, Negligence, and Causation', *Universidad de Pensilvania. Revista de Derecho* , 101 (1952), 189.

(99) Describo la estructura de tales juicios en 'The Significance of Doing and Suffering', en Gerald Postema

(ed.), *Philosophy and Tort Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).

(100) Esta enseñanza contradice notablemente una de las opiniones de Holmes. Véase Oliver Wendel Holmes, *The Common Law* , ed. Mark DeWolfe Howe (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1963), 98-9. Pero la lección está presente (por ejemplo) en la eliminación progresiva de las reglas de deberes especiales (por ejemplo, en relación con el daño emocional o las personas que ingresan a la tierra) en favor de la fórmula más abstracta de "cuidado razonable".

(101) Por supuesto, hay otras glosas canónicas sobre la causa próxima —por ejemplo, la inmediatez— pero, al igual que la 'previsibilidad', son inteligiblemente sensibles a las descripciones de la acción y, por lo tanto, no proporcionan una decisión deductiva. Página 27 de 28

Formalismo

procedimiento.

(102) Holmes, *El derecho consuetudinario* , 32.

(103) Jerome Frank lo formuló como epígrafe en su *libro La ley y la mente moderna* .

(104) Véase, por ejemplo, Horowitz, *The Transformation of American Law* , 202.

(105) Véase Pel er, *La metafísica del derecho americano* , 1152.

Martín Piedra

Martin Stone es profesor de Derecho y profesor asociado de Filosofía en la Universidad de Duke.





Manuales de Oxford en línea

Adjudicación

Guillermo Lucy

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0006

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo presenta las condiciones de racionalidad y legitimidad y las sitúa dentro de las explicaciones contemporáneas escépticas y no escépticas de la adjudicación. Dos secciones se ocupan de las explicaciones no escépticas de la adjudicación. La siguiente sección comienza con un análisis de la condición de racionalidad. El artículo pasa a mostrar que la existencia de inconmensurabilidad en la adjudicación de casos difíciles asegura que la adjudicación no pueda ser racional en el sentido fuerte. Demuestra que los valores están implicados en la práctica de la adjudicación, haciendo referencia a algunos ejemplos e invocando una vieja lección jurisprudencial sobre la naturaleza de la aplicación e interpretación de las reglas. Este artículo analiza más a fondo el pluralismo de valores y esboza tres afirmaciones. Sostiene que es difícil demostrar que las decisiones judiciales racionalmente indeterminadas son legítimas. Este artículo concluye que el derecho y la adjudicación

pueden no ser tan preeminentemente deseables como a menudo se supone, ya que no son más racionales que otros medios no arbitrarios de organizar nuestra vida colectiva y resolver disputas.

Palabras clave: racionalidad, legitimidad, no escepticismo, inconmensurabilidad, pluralismo La Corte Suprema en *Bakke* , como en otras ocasiones en otros casos, desempeñó el papel de un organismo de pacificación o de mantenimiento de la tregua al negociar su camino a través de un impasse de conflicto, no invocando nuestros primeros principios morales compartidos, ya que nuestra sociedad en su conjunto no tiene ninguno.

(A. MacIntyre, *Después de la virtud* , 1981: 236)

La ley es algo más que la mera voluntad ejercida como acto de poder.

(*Hurtado contra California* (1884) 110 US 516, págs. 535–6)1

La ley es el dictado de la razón que determina a cada ser racional a lo que es congruente y conveniente a su naturaleza.

(Vizconde Stair, *Instituciones del Derecho de Escocia* , 1893, I. i.1) **1 Grandes esperanzas**

¿Qué *esperamos* y qué *debemos* esperar de la arbitración, de los jueces que deciden los casos? Un montón de respuestas compiten por atraer la atención: imparcialidad, coherencia, previsibilidad, equidad, justicia, racionalidad y legitimidad. Si esperamos que la arbitración incorpore todas estas supuestas virtudes **(** y la lista no es, sin duda, excéntrica), los jueces que deciden los casos se enfrentan a una tarea exigente. Lo mismo hacen quienes reflexionan y teorizan sobre la arbitración (esta clase, por supuesto, puede incluir a quienes "realizan" arbitraje) y por al menos dos razones. En primer lugar, las conexiones *inter se* entre las diversas respuestas a nuestra pregunta inicial son sorprendentemente complejas; en segundo lugar, cada respuesta en sí misma está preñada de dificultades e

incluso un análisis superficial pone en juego muchas de las preguntas centrales de la página 1 de 41

Adjudicación

Filosofía jurídica y política antigua y contemporánea.

En lo que sigue sólo se consideran dos de estas respuestas; de hecho, estructuran todo el capítulo. Esta parsimonia no se debe enteramente a las limitaciones de espacio, ya que en cierto sentido dos de las respuestas propuestas

—que la adjudicación es y debe ser racional y legítima— informa al resto. Consideremos primero la afirmación de que consideramos que la adjudicación es un proceso racional. Exactamente lo que esto podría significar se examinará con algún detalle más adelante, pero por ahora observemos que muchas de las otras expectativas que se tienen de la adjudicación son virtudes sólo cuando se infunden con la luz de la racionalidad. La coherencia puede significar tanto una adhesión ciega y obstinada a algún principio, creencia o línea de conducta, como una integridad admirable en pensamiento, sentimiento y acción. Lo que a menudo marca la diferencia entre virtud y vicio es la racionalidad de la creencia o conducta en cuestión. Algo similar puede decirse de la previsibilidad. El hecho de que los residentes de Königsberg pudieran estar seguros de que su filósofo local aparecería en la ciudad todos los días exactamente a la misma hora, podría evidenciar una víctima de apetitos heterónomos o un hombre cuya vida era tanto producto de la aplicación minuciosa de la razón como su trabajo. Que la imparcialidad se valore cuando está conectada de algún modo con la razón parece obvio, ya que seguramente explica gran parte de nuestra resistencia —en contextos mucho más serios que el de los juegos y el ocio— a resolver cuestiones lanzando monedas al aire.2 Si solo la imparcialidad es lo que valoramos aquí, ¿qué posible objeción puede haber al lanzamiento de una moneda o de un dado?

La legitimidad nos lleva al núcleo de la noción de autoridad y sus conceptos afines. Cualquiera que sea la naturaleza exacta de la afirmación de que la adjudicación debe ser legítima, es claro que las decisiones judiciales y de otro tipo

pueden ser justas, imparciales y, sin embargo, no crear una obligación legítima de obedecer. De hecho, esto es lo que debería ser cuando se tienen en cuenta algunas decisiones y acciones. La recomendación de mi vecina para disciplinar a mis hijos alborotadores puede ser imparcial en su tratamiento y justa y equitativa en las sanciones prescritas, pero seguramente no es el caso de que yo tenga el deber de obedecerla. Por el contrario, sea lo que sea lo que se pueda esperar de la adjudicación, es una suposición casi inquebrantable que el ejercicio de la fuerza política (encarcelamiento, multas, mandatos judiciales, órdenes de pago de daños) que casi siempre sucede a una decisión judicial, deriva legitimidad de la decisión. Por lo tanto, la decisión es la fuente más probable de la obligación de obedecer.

(p. 208) Si la racionalidad es la estrella polar que ilumina muchas de nuestras expectativas de arbitraje, a menudo se supone que la legitimidad es su satélite más brillante. Se da por sentado que existe una estrecha conexión entre ambas: basta pensar en lo fácil que es pasar de una afirmación como «el arbitraje es un método preeminentemente racional de resolver disputas» a «el arbitraje es, por lo tanto, un proceso prima facie legítimo». La fuerza del «por lo tanto» deriva de algunas situaciones en las que la racionalidad, en forma de pericia, aparentemente produce autoridad: ¿podría haber un experto, una «autoridad», cuyos juicios siempre fueran erróneos? Sería arriesgado suponer que en otros contextos debe haber una conexión tan estrecha entre racionalidad y autoridad, y parte de nuestra tarea aquí es considerar hasta qué punto son separables estas dos expectativas de arbitraje.3 En lugar de estrella y satélite, podría haber dos planetas diferentes.

2 El debate actual

2.1 Casos fáciles, casos difíciles y discreción

Estas dos expectativas (en adelante, las condiciones de racionalidad y legitimidad) han dado forma a gran parte de la filosofía jurídica y política anglosajona contemporánea. Si bien la condición de racionalidad es un tema generalizado, aunque a menudo implícito, en la filosofía jurídica, la condición de legitimidad es una preocupación

central de la filosofía política. La racionalidad de la adjudicación ha sido una preocupación primordial de dos de los juristas contemporáneos más conocidos e influyentes (Ronald Dworkin y Neil MacCormick) y ha aparecido en los escritos de otra figura importante (Joseph Raz), que también ha dedicado considerable atención a la cuestión de la legitimidad. Como veremos, aunque estos juristas difieren en algunas cuestiones, creen que las condiciones de racionalidad y legitimidad pueden satisfacerse mediante la adjudicación; por lo tanto, coinciden en que la adjudicación es un medio relativamente determinado, predecible y, en cierta medida, justo para resolver disputas. Esta creencia compartida es razón suficiente para caracterizar las diversas y a veces incompatibles afirmaciones sobre la adjudicación hechas por Ronald Dworkin, Neil MacCormick y Joseph Raz como "no escépticas" y para llamarlos "no escépticos". No son los únicos no escépticos en la academia jurídica, pero están entre los más **(p.**

209) es notable. Su posición no escéptica sobre la adjudicación no es la única disponible: la posición escéptica se examinará a su debido tiempo.

Adjudicación

Existen al menos tres temas estándar a través de los cuales los no escépticos han abordado las condiciones de racionalidad y legitimidad: los casos fáciles, los casos difíciles y la discreción judicial.4 Si bien la preocupación por el tema de los casos difíciles es quizás el sello distintivo de la filosofía jurídica contemporánea, inicialmente debe prestarse cierta atención a aquello con lo que supuestamente contrastan, es decir, los casos fáciles. El tercer tema se abordará durante la discusión del segundo, ya que a menudo se supone que la discreción judicial está en juego en los casos difíciles.

Los no escépticos coinciden en que existen casos fáciles, pero pocos prestan atención sostenida a su identificación o a las formas en que se resuelven y deben resolverse. El tratamiento que Dworkin da a los casos es característico:

los casos fáciles aparecen sólo un par de veces en El *imperio de Law* y los ejemplos son bastante poco informativos. Para Dworkin, estos casos plantean cuestiones jurídicas muy simples (como los límites de velocidad respectivos en Connecticut y California), cuyas respuestas son completamente obvias.

5 Si preguntas de esta naturaleza fueran necesarias y suficientes para calificar un caso como fácil, entonces, sobre la base de los informes jurídicos y quizás de la práctica legal, tales casos son realmente muy raros. Es cierto que el interés de Dworkin al comentar casos fáciles se centra en cuestiones más generales, en particular en defender su concepción del derecho como integridad, por lo que las críticas a su tratamiento no son del todo apropiadas. Su falta de interés por los casos fáciles es, sin embargo, característica de gran parte de la filosofía jurídica no escéptica en la que los casos difíciles, controvertidos y, preferiblemente, constitucionales dominan el debate sobre la adjudicación.

En este contexto, el análisis de MacCormick de los casos fáciles es refrescantemente diferente, siendo uno de los relatos más detallados y esclarecedores disponibles.6 A diferencia de Dworkin, presta una atención sostenida a la identificación de casos fáciles y, en contraste con Raz y Dworkin, ofrece un análisis escrupuloso de la forma en que las decisiones en tales casos pueden justificarse. MacCormick hace y defiende dos afirmaciones. Primero, que los casos fáciles existen cuando no hay disputa sobre los hechos relevantes o la ley aplicable (es clara, inequívoca e indudablemente relevante para el caso en cuestión). Segundo, que las decisiones en casos fáciles son en principio susceptibles de justificación deductiva. Al menos parte de la primera afirmación de MacCormick es claramente consistente con los ejemplos de casos fáciles de Dworkin, y muy probablemente implícita en ellos. Es difícil imaginar una condición previa más importante para un caso fácil que la de que la ley y los hechos estén fuera de toda duda. Pero mientras que Dworkin se contenta con decir simplemente que las decisiones en casos fáciles se alcanzan de manera casi irreflexiva y están justificadas cuando están de acuerdo con los requisitos de la ley como **(p. 210)** integridad (*LE* , 266 y 353-4), MacCormick se

esfuerza por mostrar que las decisiones en casos fáciles son, en principio, justificables deductivamente.

Este esfuerzo requiere la conversión de proposiciones de derecho en la forma de hipótesis abiertas (si *p* entonces *q* , donde *p* es una declaración de hechos o descripción de alguna situación y *q* es una consecuencia legal), la afirmación de una situación de hecho o descripción (' *p* '), y la derivación de una conclusión ('por lo tanto *q* '). Esta estructura proporciona un silogismo deductivamente válido y, dice MacCormick, una decisión judicial en un caso fácil puede traducirse en una red de tales silogismos de modo que la orden del tribunal (por ejemplo, daños para el demandante por la cantidad de £ *X*) se deduzca como una conclusión deductivamente válida. Si los casos fáciles solo plantearan cuestiones tan simples como la del límite de velocidad en alguna jurisdicción, el esfuerzo de MacCormick por traducirlos en redes de silogismos deductivos sería inútil; uno solo bastaría. Sin embargo, como lo demuestra el análisis de MacCormick del caso *Daniels* (*LRLT* , cap. I), los casos fáciles no son tan sencillos ni tan poco interesantes como supone Dworkin. (Raz, como MacCormick, acepta que los casos fáciles

—'casos regulados' en su terminología— pueden ser complejos.)7

MacCormick sostiene que las decisiones en casos fáciles se justifican así: las decisiones a las que se llega son deductivamente válidas.

Si, cuando los jueces deciden casos fáciles (i) la ley aplicable y los hechos relevantes son inequívocos; y (i) esas proposiciones de derecho y hechos relevantes pueden tomar apropiadamente la forma de las premisas de un silogismo deductivo; y (ii) esas premisas son verdaderas y los movimientos dentro del silogismo válidos, entonces la decisión tiene una justificación poderosa. Porque, las razones que conducen a la decisión no sólo están explícitamente enunciadas, sino que también constituyen pasos que, dentro de la estructura de la sentencia, necesitan u obligan a la conclusión a la que se llega. El poder racional de la sentencia es que las premisas no pueden ser aceptadas y la conclusión rechazada sin

contradicción. Así, en cierto sentido, el juez "no tiene elección" o simplemente "tiene que" llegar a esa conclusión y esto a veces da lugar a arrepentimiento (véase *LRLT* , 37).

Es importante tener en cuenta que la posibilidad de justificación deductiva en casos fáciles presupone tres cosas.

En primer lugar, que las proposiciones de derecho pueden traducirse a la forma lógica que requiere la justificación deductiva. La explicación ha sido criticada en este sentido, pero la carga de la crítica no ha sido tal que niegue la posibilidad de la justificación deductiva. Más bien, se ha cuestionado la idoneidad de la traducción que llevó a cabo MacCormick y ahora acepta que la lógica de predicados en lugar de la proposicional es un mejor medio para lograr sus fines (*LRLT* , p. xv; los críticos de MacCormick sobre este punto se enumeran en *LRLT* , p. xvi). Nótese que MacCormick sólo pretende demostrar que Página 3 de 41

Adjudicación

En principio, la justificación deductiva es posible; no se compromete con ninguna opinión sobre su incidencia, salvo que, en efecto, a veces ocurre. Tampoco se puede refutar su explicación haciendo referencia al hecho de que las decisiones de casos fáciles rara vez, si es que alguna vez, toman explícitamente una forma lógica (proposicional o predicativa). El hecho de que sean capaces de tomar esa forma, sin tergiversaciones ni añadidos, pero con alguna ligera reestructuración o reordenamiento, es suficiente para que su argumento se sostenga.

(p. 211) La segunda presuposición es que los jueces tienen el deber de aplicar proposiciones de derecho pertinentes, claras e inequívocas al decidir casos. Por lo tanto, aunque Lewis J. sintió que su decisión en *Daniels* fue dura con una acusada, ya que ella no tenía ninguna culpa, ese era el efecto de la ley y él estaba obligado a aplicarla. En ausencia de tal deber, Lewis J. bien podría haber llegado a una conclusión diferente. Y, de hecho, actuando extrajudicialmente, sin duda sería tan receptivo al argumento de la injusticia como cualquier otra persona.

Aunque nuestra toma de decisiones no jurídica no está completamente libre de algo así como un deber de fidelidad a nuestros preceptos preestablecidos, el deber es indudablemente menos exigente allí y libre del significado político del deber judicial de aplicar proposiciones de derecho pertinentes, claras e inequívocas. Desde una perspectiva no escéptica, ni la existencia ni la deseabilidad del deber judicial de aplicar la ley están en disputa; Sin embargo, surge controversia en cuanto a los contornos precisos y el alcance del deber cuando se aborda el tema de la discreción judicial.

Esto pone en juego la tercera presuposición, a saber, que las proposiciones de derecho pueden ser de hecho relevantes, claras e inequívocas. En la medida en que algunos escépticos han negado, generalmente bajo la rúbrica de la indeterminación, que existan casos fáciles, también se han comprometido a negar que las proposiciones de derecho puedan ser relevantes (para el caso en cuestión), claras e inequívocas.8 Esta posición es insostenible cuando se entiende como una negación de la posibilidad de casos fáciles: el tratamiento que MacCormick hace de *Daniels* es un ejemplo suficiente para refutarla. Sin embargo, tomada en un sentido más modesto, la afirmación no es una con la que nuestro grupo de no escépticos estaría en desacuerdo. El sentido modesto sostiene que la siguiente afirmación es falsa: una vez que un caso es fácil, siempre es un caso fácil. Es decir, acepta la posibilidad de que los casos fáciles puedan volverse difíciles y que los casos difíciles puedan volverse fáciles.

¿Cómo es posible esto? Una reflexión momentánea sobre la naturaleza de las proposiciones jurídicas muestra que no es únicamente el lenguaje en el que están formuladas lo que permite considerarlas claras e inequívocas. En la mayoría de los sistemas jurídicos se las considera con un propósito o una serie de propósitos y forman parte de una red o sistema de proposiciones jurídicas que también se consideran para cumplir algún propósito o conjunto de propósitos. Esto proporciona el contexto dentro del cual se entienden determinadas proposiciones jurídicas y del cual derivan gran parte de su significado. Lo que es cierto para las proposiciones jurídicas también lo es para las normas más simples, no jurídicas. Nos parece obvio que la orden

"Los perros deben ser llevados en la escalera mecánica" se aplica incorrectamente cuando se utiliza para impedir que quienes no tienen perros utilicen la escalera mecánica. Esto no es únicamente resultado de las palabras utilizadas. De hecho, las palabras utilizadas no discriminan a primera vista entre esta interpretación de la norma y otra que insiste en que, si alguien que utiliza la escalera mecánica lleva consigo un perro, entonces debe llevarlo en brazos. Más bien, la primera interpretación de la regla parece obviamente incorrecta y, por lo tanto, un caso fácil (la regla es relevante para los casos en que las personas viajan en escaleras mecánicas con perros; es clara e inequívoca porque, *entre otras cosas* , todos sabemos el significado de "perros", "llevado", "escalera mecánica", etc.) en gran medida debido a una suposición **(p. 212)** sobre su propósito. Parece que en esta coyuntura histórica particular, con nuestra gama de valores y tradiciones sobre la dignidad humana y el bienestar animal, el propósito obvio de esta regla es proteger a los perros y pasajeros de cualquier daño. La regla no se considera en lo más mínimo discutible o controvertida en nuestro contexto sociocultural y político actual.

Ese contexto puede cambiar. También puede cambiar el contexto en el que se interpretan las proposiciones jurídicas. Para que una proposición jurídica sea considerada pertinente, clara e inequívoca, debe ser aceptada como incuestionable o, al menos, no digna de ser cuestionada por (como mínimo) los miembros de la comunidad jurídica. Para que sea incuestionable o indigna de ser cuestionada, la proposición jurídica debe ser considerada como normativamente aceptable en algún sentido o como aceptada irreflexiva o habitualmente por, como mínimo, la comunidad jurídica y, tal vez, segmentos de la comunidad en general. Cuando la proposición es cuestionada, ya sea como resultado de una mayor conciencia de sus efectos o de una mayor apreciación de sus deficiencias normativas tanto dentro de la comunidad jurídica como fuera de ella, ya no será considerada como obviamente pertinente, clara e inequívoca. Lo que alguna vez se aceptó como un caso fácil y, por lo tanto, indigno de discusión (por ejemplo, que los maridos no pueden violar a sus esposas en el derecho penal inglés) se vuelve más difícil, más controvertido y, tal vez, eventualmente

revocado. Por lo tanto, la distinción entre casos fáciles y casos difíciles no es absoluta; es una cuestión de grado. Esto es lo que creen nuestros no escépticos (*LRLT* , 198, 228; *LE* , 354; *AL* , 182) y seguramente tienen razón. Lo mismo piensan los escépticos, en la medida en que sus reservas sobre la dicotomía entre casos fáciles y casos difíciles se toman de esta manera modesta.

Adjudicación

Para Raz, lo más probable es que un caso fácil sea un "caso regulado" (*AL* , 181). "Lo más probable" porque evita el lenguaje de casos fáciles y difíciles en favor de los casos regulados y no regulados, y hay algunas dudas sobre si su terminología puede traducirse, por ejemplo, a la de MacCormick sin distorsión. Sin embargo, algunas de sus observaciones sobre los casos regulados justifican la afirmación de que son similares a los casos fáciles en algunos aspectos importantes.

Sostener que “[una] disputa está regulada si preguntas de la forma: “En este caso, ¿debería el tribunal decidir que p?” tienen una respuesta legal correcta” (ibid.) seguramente compromete a Raz a aceptar que los casos regulados son fáciles exactamente de la misma manera que los ejemplos de Dworkin. Pero en la medida en que Dworkin sostiene que hay una única respuesta correcta en la mayoría de los casos difíciles, y en la medida en que estos últimos caen en la categoría de disputas no reguladas de Raz, los dos no pueden estar de acuerdo.

Otra posible divergencia entre la explicación de Raz de los casos regulados y los análisis de Dworkin y MacCormick de los casos fáciles se refiere al alcance de los poderes judiciales de distinguir y revocar precedentes. Para Raz, estos poderes existen tanto en casos regulados como no regulados (*AL* , 183). Sin embargo, las discusiones de Dworkin y MacCormick sobre los casos fáciles sugieren que tales poderes son muy limitados o inexistentes. Recordemos que, para Dworkin, los casos fáciles plantean preguntas cuya respuesta todo abogado competente conoce y acepta y que, para MacCormick, la ley aplicable en tales

casos es relevante, clara e inequívoca. En estas circunstancias, es poco probable que los argumentos que distinguen o revocan precedentes ganen algún apoyo **(p. 213)** . En juego en esta disputa están dos explicaciones diferentes de dónde residen los poderes judiciales de reformular y cambiar la ley. Para MacCormick y Dworkin, tales poderes se limitan al ámbito de la adjudicación de casos difíciles; También para Raz, estos poderes residen allí, pero también están en juego en casos regulados (que son hasta cierto punto fáciles). Superficialmente, la visión de Raz parece la más radical en la medida en que implica que, en manos de los jueces, la ley es casi siempre maleable. Sin embargo, esto puede ser engañoso, ya que si la categoría de casos difíciles es amplia, como parece serlo en los análisis proporcionados por MacCormick y Dworkin, el grado general de maleabilidad podría ser el mismo.

El análisis que hace MacCormick de los casos fáciles (que existen cuando hay una proposición de derecho pertinente, clara e inequívoca aplicable al caso (ignoremos, de aquí en adelante, la controversia sobre cuestiones de hecho)) es la mejor explicación no escéptica disponible. Esto es alentador, ya que puede ser doblemente eficaz. No sólo sirve para proporcionar una explicación plausible de cómo son los casos fáciles, sino que también proporciona una caracterización económica de los casos difíciles. La caracterización sostiene que los casos difíciles no son fáciles: falta una u otra de las condiciones para un caso fácil. Para MacCormick esto es ciertamente cierto. Los casos difíciles surgen según su explicación cuando los tribunales se enfrentan a uno u otro de tres problemas que garantizan que haya dudas sobre el derecho aplicable. El primero es el problema de la relevancia: ¿hay una proposición de derecho aplicable en este caso? El segundo, el de la interpretación: ¿cuál de una serie de proposiciones de derecho aparentemente aplicables, o cuál de una serie de interpretaciones en competencia de una proposición de derecho aparentemente aplicable, se aplica en este caso? El tercero, que es simplemente una variación del segundo, es el problema de la clasificación: ¿la proposición de derecho aparentemente aplicable se aplica realmente a los hechos de este caso? (*LRLT* , 68–

9, 95 y 203).

Hay poco en esta caracterización de los casos difíciles con lo que otros no escépticos no estén de acuerdo, aunque nuevamente se da el caso de que, en contraste con el tratamiento de Dworkin, el de MacCormick es mucho más preciso. También hay considerables similitudes y superposiciones entre la caracterización de los casos difíciles de MacCormick y la descripción de Raz de las disputas no reguladas, aunque hay algunas diferencias que no son enteramente resultado de sus diferentes terminologías.

Que la caracterización que hace Dworkin de los casos difíciles es muy similar a la de MacCormick resulta evidente no sólo como resultado de cualquier análisis sostenido de la noción por parte de Dworkin, sino principalmente como consecuencia de la reflexión sobre los ejemplos que aduce. Esto se debe a que hay muy poco análisis explícito de las condiciones para los casos difíciles en la obra de Dworkin. En su obra temprana se contentaba con afirmar simplemente que los casos difíciles son aquellos "en los que los abogados razonables... no están de acuerdo" y "donde ninguna regla establecida dicta una decisión en un sentido u otro".9 Dijo más o menos lo mismo en una obra posterior (*LE* , 353), pero añadió que los casos difíciles surgen cuando los jueces no pueden discriminar entre argumentos jurídicos en competencia haciendo referencia a una prueba de umbral de "ajuste". Esta prueba requiere que cualquier argumento jurídico sea coherente con "los hechos brutos de la historia jurídica" (*LE* , 255), pero cuando más de un argumento la satisface, el caso es difícil. De estas observaciones **(p. 214)** parece desprenderse que Dworkin piensa que los casos difíciles surgen por al menos tres motivos: desacuerdo entre abogados, ausencia de una proposición de derecho claramente aplicable y falta de una orientación determinada a partir del registro jurídico.

El primer punto no es, en sí mismo, una buena guía para determinar si un caso es difícil o no hasta que se descubren los motivos del desacuerdo. Cuando se hace esto, y una vez que se supone que los abogados en cuestión son ambos

Si los abogados actúan de buena fe y son expertos en el derecho pertinente, es probable que su desacuerdo sea una función de uno o ambos de los otros motivos de un caso difícil. Después de todo, ¿por qué los abogados razonables estarían en desacuerdo en un caso cuando había alguna proposición de derecho obviamente aplicable e inequívoca o cuando (lo que parece ser casi lo mismo) el registro legal era unívoco sobre la cuestión? Estos dos motivos no son exactamente lo mismo, ya que la ausencia de *una* proposición de derecho establecida y claramente aplicable en un caso no siempre tiene que resultar de la compatibilidad del registro legal con una variedad de proposiciones de derecho en competencia. La falta de una proposición de derecho establecida y obviamente aplicable podría ser una consecuencia del hecho de que tal proposición no se haya desarrollado hasta ahora; es bastante nueva y aún no se ha considerado como parte del registro legal. Este es un ejemplo extremo de lo que MacCormick llama el problema de la relevancia y que Dworkin casi ignora, salvo por el hecho de que algunos de los casos que aduce como ejemplos de casos difíciles sin duda lo encarnan (*LE* , 23-9). El tercer fundamento de Dworkin para un caso difícil —el registro legal no discrimina entre dos o más interpretaciones de una proposición de derecho, o dos proposiciones de derecho en conflicto— plantea casi exactamente los mismos problemas que los problemas de interpretación y clasificación de MacCormick. Esto nuevamente se vuelve obvio una vez que se examinan los casos reales a los que se refiere Dworkin (*LE* , 15-20).

Raz también acepta que los casos no regulados surgen por las mismas razones que los casos difíciles; por lo tanto, a los efectos de la identificación, ambos pueden considerarse como lo mismo. Por lo tanto, los casos no regulados, al igual que los casos difíciles, surgen cuando "la ley que se aplica a... [ellos] tiene lagunas" (*AL* , 181) o cuando la ley relevante está plagada de "indeterminación intencional o no intencional del lenguaje y la intención" (*AL* , 193). La primera situación es obviamente coextensiva con el problema de relevancia de MacCormick, mientras que la segunda se superpone con los problemas de clasificación e interpretación. Un tercer caso en el que surgen casos no

regulados es, dice Raz, "ligeramente diferente" de los otros:

"es la indeterminación de... casos que caen bajo dos reglas en conflicto" (*AL* , 193). Y, si bien es de hecho diferente de la situación de brecha, y solo muy ligeramente diferente de la indeterminación del lenguaje y la intención, es exactamente lo mismo que el problema de interpretación de MacCormick. Que la diferencia entre el segundo y el tercer fundamento de Raz para casos difíciles es muy leve es claro por el hecho de que el problema presentado por el segundo es estructuralmente el mismo que el planteado por el tercero. En ambos casos, la pregunta que enfrenta el tribunal es "¿cómo debe interpretarse la ley?"

Es cierto que en un caso la necesidad de interpretación surge como resultado de la vaguedad de la ley, mientras que en el otro surge de un aparente conflicto entre proposiciones de la ley, pero es poco probable que esto afecte la esencia de la cuestión. El único caso en que podría afectar sería cuando un sistema jurídico tiene reglas específicas que abordan la vaguedad **(p.**

215) (por ejemplo, entre sus reglas de interpretación de las leyes) y ninguna para resolver los conflictos. Incluso en ese caso, no es necesario cambiar la cuestión sustantiva; simplemente se podría añadir una capa adicional de reglas (las que se ocupan de la vaguedad) a la mezcla interpretativa, mientras que la pregunta que enfrenta el tribunal sigue siendo "¿cómo debe interpretarse la ley?".

El tema de la discreción judicial surge a menudo en el marco de los debates sobre la naturaleza de los casos difíciles, ya que algunos, incluido Raz, parecen considerar la discreción como una condición definitoria de dichos casos. Esto no quiere decir que la discreción judicial sólo exista en los casos difíciles, ya que claramente puede ser conferida a los jueces, por ejemplo, por las leyes y ejercerse sin dificultad. Es decir, podría haber casos fáciles en los que el tribunal tenga discreción: por ejemplo, no hay duda sobre lo que la proposición de derecho aplicable exige o permite, ya que confiere inequívocamente discreción al tribunal en algún asunto. Pero esto plantea una pregunta

obvia: ¿qué se entiende por discreción en el contexto jurídico?

Dworkin proporcionó un análisis seminal que identificó tres sentidos relevantes. La discreción puede referirse a una situación en la que uno tiene un poder no revisable para tomar una decisión; al uso del juicio al tomar una decisión; o a aquellas instancias de toma de decisiones en las que no hay reglas o estándares aplicables.10 Estos tres sentidos, los dos primeros de los cuales Dworkin llama diferentes tipos de discreción "débil" y el tercero de los cuales llama "fuerte"

La discreción puede coexistir. El juez de exposición canina no sólo tendrá que utilizar su criterio para decidir cuál es el mejor de la raza, lo que significa que la decisión no es en ningún sentido automática o irreflexiva, sino que requiere la consideración y ponderación de diversos criterios, a menudo en pugna (sentido débil 1). También puede, al tomar esa decisión, ser el árbitro final (sentido débil 2). Además, algunas decisiones que deba tomar, como por ejemplo si juzgar primero a los Airedales o a los Boxers, pueden no regirse en absoluto por ningún estándar o regla: en tal situación, tiene discreción en el sentido fuerte.

Dado que Raz define los casos regulados en parte por referencia a la ausencia de discreción —ellos 'caen bajo una ley común o una regla estatutaria que no requiere discreción judicial para la determinación de la disputa (las reglas que se refieren a lo que es razonable o justo, etc., sí requieren tal discreción)' (*AL* , 181)—es tentador sostener que él considera los casos no regulados (difíciles) como aquellos en los que existe discreción. Si bien esto puede ser correcto, es difícil estar seguro de lo que Raz quiere decir con discreción. Él acepta que el juicio (sentido débil 1 de discreción) está en juego tanto en los casos regulados como en los casos regulados.

casos no regulados (*AL* , 182). Su presencia no puede, por lo tanto, distinguir estos dos tipos de casos. Presumiblemente, no aceptaría la opinión de que la discreción en el segundo sentido débil (una instancia de

toma de decisiones no revisable) distingue los casos no regulados de los regulados ya que los jueces pueden tener un poder de toma de decisiones no revisable tanto cuando las proposiciones de derecho determinan como cuando no determinan una decisión. Si la ausencia de discreción es una condición para un caso regulado y su presencia una condición para un caso no regulado, entonces Raz debe tener en mente una fuerte discreción. Si bien esto es consonante con algunas de las caracterizaciones de Raz de los casos regulados y no regulados (en el primero **(p. 216)** la ley proporciona una solución, en el segundo no), es inconsistente con otras: por ejemplo, '[l]as disputas no reguladas... están sujetas a leyes que se aplican a ellas y guían a los tribunales en cuanto a su solución' (*AL* , 181).

Lo máximo que se puede decir es que, en la medida en que Raz piensa que la existencia de una fuerte discreción es una condición para que exista un caso difícil o no regulado (y no podemos estar seguros de que así sea), su opinión entra en conflicto con la de Dworkin y MacCormick. Si bien aceptan que el juicio es indudablemente una característica de los casos difíciles, niegan que los jueces tengan una fuerte discreción al decidir cualquier tipo de caso a menos que se lo conceda explícitamente alguna disposición legal.1

1 Esta negación

El argumento de Dworkin se basa en tres preocupaciones relacionadas entre sí. Una se refiere al deber judicial de aplicar la ley, otra plantea cuestiones sobre la legitimidad de la toma de decisiones judiciales en ausencia de este deber y una tercera, que pesa sobre Dworkin en particular, pregunta si una parte en un caso difícil tiene derecho a ganar. Si la adjudicación se lleva a cabo dentro del ámbito de la fuerte discreción, entonces los tribunales parecen estar actuando más allá de la ley en lugar de aplicarla, y su autoridad para actuar de esa manera parece dudosa a menos que alguna disposición legal les conceda discreción explícitamente. Sin embargo, si estas preocupaciones prevalecen aquí, seguramente son igualmente apremiantes frente al problema de la relevancia. La única diferencia que Dworkin y MacCormick presumiblemente señalarían es ésta: el problema de la relevancia se resuelve por referencia a proposiciones (y argumentos) restrictivas de la

ley, aunque ninguna proposición de ese tipo resuelva el caso de manera obvia y concluyente. Presumiblemente, donde existe una fuerte discreción, no existen tales proposiciones. Y, para Dworkin, cuando no se dan tales proposiciones, una consecuencia funesta es que no se puede decir que una de las partes en el caso tenga derecho a ganar. Simplemente tiene una oportunidad de triunfar que depende de cómo los jueces ejerzan su (fuerte) discreción. Desde esta perspectiva, la adjudicación se vuelve similar a una lotería.

Dworkin y MacCormick no son completamente unánimes en el tema de la discreción. Esto se debe a que MacCormick sugiere que otro sentido de discreción, además de los tres ya distinguidos, prevalece en la adjudicación de casos difíciles (*LRLT* , 249). La dificultad es que proporciona poca orientación útil sobre lo que este cuarto sentido podría encarnar, más allá de insinuar que se encuentra entre la discreción fuerte y el sentido débil 1 (*LRLT* , 251). Esto es lamentable ya que la existencia de ese cuarto sentido y la elucidación de sus contornos constituye la clave para resolver la disputa entre Dworkin y sus oponentes sobre la discreción. Tal elucidación serviría para librar a las discusiones sobre la adjudicación de un tema que en general ha sido confuso: la discreción es indudablemente parte de la mayoría de los principales sistemas legales y las cuestiones que plantea no son exclusivas del dominio de la adjudicación. Tales cuestiones se abordarían mejor por derecho propio.12

De la discusión hasta ahora se desprende claramente que, a pesar de sus argots ligeramente diferentes, los no escépticos están de acuerdo en lo que constituye un caso difícil, aunque puede haber desacuerdo sobre el papel de la discreción en tales casos. Los no escépticos también están de acuerdo sobre cómo son los casos fáciles **(p. 217)** , salvo que Raz piensa que puede haber más espacio para la creatividad judicial en ellos que Dworkin o MacCormick. Dado que hay tanta superposición entre estas explicaciones no escépticas, ¿hay motivos para aceptar una y rechazar una o ambas de las otras? Todas parecen estar bien enraizadas en la práctica que pretenden describir; todas tienen una apreciación y un conocimiento detallado de los sistemas legales que analizan. Ninguna explicación parece

particularmente reduccionista ni contraria a la experiencia. Todas, en el lenguaje de Dworkin, satisfacen una versión del requisito de "aptitud": todas son hasta cierto punto fieles a la práctica que pretenden caracterizar.

Sin embargo, en lo que sí se podría diferenciar a ambos es en sus afirmaciones sobre la dificultad de los casos y su importancia para su resolución. Se trata de una cuestión que nos llama la atención. Además, es una cuestión en la que dos de nuestros no escépticos sin duda no están de acuerdo.

La principal carga de trabajo de Dworkin y MacCormick es la misma. Desarrollan esquemas de razones y argumentos que los jueces emplean y deberían emplear al decidir casos difíciles, criticando y a veces reconstruyendo decisiones particulares a la luz de esos esquemas. Y, mientras que todos los no escépticos están de acuerdo en que los jueces que deciden casos difíciles lo hacen *relativamente* limitados por proposiciones de derecho *relativamente* determinantes del caso que tienen ante sí, Dworkin y MacCormick no están de acuerdo en cómo se entienden mejor las razones que llevan a los jueces de una posición relativamente determinada a una completamente determinada sobre algún asunto. MacCormick clasifica las razones que los jueces utilizan y deberían utilizar para cerrar esta brecha como coherencia, consistencia y consideraciones consecuencialistas. Los jueces utilizan tales consideraciones para resolver los problemas de relevancia, interpretación y clasificación que definen los casos difíciles.

Adjudicación

Las consideraciones consecuencialistas, de coherencia y de consistencia constituyen el ámbito de la "justificación de segundo orden".

(*LRLT* , 100), el ámbito en el que los jueces tienen que elegir una proposición de derecho pertinente para aplicar en el caso difícil en cuestión. Es un ámbito que "debe implicar, por tanto, opciones justificativas; opciones entre posibles decisiones rivales" (ibid.).

Los argumentos basados en la consistencia y la coherencia son similares en el sentido de que ambos incorporan consideraciones intrasistémicas, es decir, implican la evaluación de argumentos jurídicos rivales en un caso difícil en función de sus efectos dentro del sistema jurídico.

Se diferencian en que el alcance de los argumentos de coherencia es más amplio que el de los argumentos de consistencia.

Los argumentos de este último tipo encarnan "un mandamiento judicial fundamental: No controvertirás las normas jurídicas establecidas y vinculantes" (*LRLT* , 195). El efecto de este mandamiento es que cualquier argumento en un caso difícil que controvierta una norma establecida y vinculante del sistema jurídico probablemente se enfrentará a graves dificultades. Esto no quiere decir que los tribunales nunca acepten tales argumentos. Más bien, es probable que solo se acepten, dice MacCormick, cuando también estén respaldados por argumentos consecuencialistas y de coherencia. Estos últimos son más amplios que los argumentos de coherencia porque ponen a prueba, rechazan o recomiendan un argumento en un caso difícil en función de su resonancia (o falta de ella) con los principios y valores del sistema jurídico más amplio, no solo con los que están en juego en el área particular del derecho en la que ha surgido el caso difícil. MacCormick dice que tales argumentos se basan en el supuesto

'que las múltiples reglas de un sistema jurídico desarrollado deberían “tener sentido” cuando se toman en conjunto' (*LRLT* , 152).

(p. 218) Por el contrario, los argumentos consecuencialistas son extrasistémicos, y se centran en los efectos que un fallo de un caso difícil tiene en un sentido u otro sobre la sociedad en su conjunto. No se preocupan demasiado de lo que tiene sentido dentro del sistema jurídico, sino "de lo que tiene sentido en el mundo" (*LRLT* , 103). Tales consideraciones son cruciales según MacCormick porque en muchos casos difíciles las consideraciones de consistencia y coherencia no determinan completamente la decisión (*LRLT* , 110). Pero, ¿cómo deben decidir los jueces si una decisión en un

sentido u otro en un caso difícil "tiene sentido en el mundo"? El criterio de sentido se obtiene evaluando las consecuencias en el mundo de las posibles decisiones en competencia: "elegir entre posibles fallos rivales en un caso implica elegir entre lo que se debe concebir como modelos rivales, patrones rivales de, conducta humana en... la sociedad" (*LRLT* , 104). Al menos una parte de este proceso de evaluación implica un cálculo utilitarista de las reglas sobre los efectos que una decisión, en un sentido u otro, tendrá sobre el bienestar o la satisfacción de las preferencias de toda la comunidad o de un segmento sustancial de ella. Esta medida no sólo es peligrosa porque amenaza con importar los problemas bien documentados del utilitarismo, sino que también supone que las "consecuencias" son fácilmente identificables.13

La valoración que hace MacCormick de la importancia de los argumentos consecuencialistas en los casos difíciles ilustra un punto de desacuerdo con Dworkin. Según Dworkin, en los casos difíciles «los jueces deben tomar sus... decisiones basándose en principios, no en políticas» (*LE* , 244). Los argumentos de principio tienen la siguiente estructura: «justifican una decisión política al demostrar que la decisión respeta o asegura algún derecho individual o de grupo». 14 Estos argumentos se derivan de una interpretación de la ley que se ajusta a «los hechos brutos de la historia jurídica» y «que muestra la estructura de instituciones y decisiones de la comunidad —sus estándares públicos en su conjunto— bajo una mejor luz desde el punto de vista de la moralidad política» que cualquier otra (*LE* , 255-6). Opuestos a los argumentos de principio están los argumentos de política, que Dworkin piensa que no son ni deberían ser la base de la toma de decisiones judiciales. Los argumentos de política 'justifican una decisión política al demostrar que la decisión promueve o protege algún objetivo colectivo de la comunidad en su conjunto'.15

Así entendidos, son estructuralmente muy similares a los argumentos consecuencialistas que, según MacCormick, están en el centro de la toma de decisiones en casos difíciles. Por lo tanto, si bien MacCormick y Dworkin no están de acuerdo sobre qué tipo de razón es la más importante en la toma de decisiones en casos difíciles, ofrecen, no obstante, tipologías parcialmente superpuestas

(p. 219) , ya que, por ejemplo, las consideraciones de consistencia y coherencia tienen más que un parecido pasajero con el requisito de "ajuste".

Dworkin también hace dos importantes afirmaciones adicionales sobre la adjudicación de casos difíciles: primero, es un proceso que permite una pluralidad de respuestas y, sin embargo, segundo, que hay respuestas correctas en tales casos. El primer punto parece inevitable cuando se entiende la naturaleza de la decisión requerida en un caso difícil. Recordemos que en tales casos la prueba de umbral de ajuste con el registro legal no determina una respuesta; los jueces entonces tienen que elegir la respuesta que creen que muestra el registro legal en su mejor luz moral y política posible. En este punto, los jueces

Las propias convicciones morales y políticas están... directamente involucradas. Pero el juicio político... [que ellos] deben hacer es... complejo y a veces enfrentará un sector de [su]... moralidad política contra otro: [su]

... las decisiones reflejarán no sólo [sus] ... opiniones sobre la justicia y la equidad, sino ... [sus] convicciones de orden superior sobre cómo se deben comprometer estos ideales cuando compiten entre sí. En esta etapa también surgen cuestiones de adecuación, porque incluso cuando una interpretación sobrevive al requisito de umbral, cualquier interpretación puede ser considerada como una interpretación adecuada.

Adjudicación

Los errores de ajuste contarán en su contra. ... Diferentes jueces estarán en desacuerdo sobre cada uno de estos temas y, en consecuencia, adoptarán diferentes puntos de vista sobre lo que realmente es la ley de su comunidad, correctamente entendida. (*LE* , 256)

La afirmación de que existe una respuesta correcta no encaja bien con la última observación, ya que una reacción inmediata a la afirmación de ambas es: ¿cómo puede haber una única respuesta correcta cuando diferentes jueces adoptan diferentes puntos de vista sobre lo que realmente es la ley? Por supuesto, sería un error suponer que el

desacuerdo es una prueba concluyente del hecho de que no existe una respuesta correcta. El hecho de que exista un desacuerdo puede ser, de hecho, una prueba de que existe una respuesta correcta, si se acepta que existe una cuestión o una afirmación sobre la que los contendientes están en genuino desacuerdo. Presumiblemente, ese desacuerdo depende de si la cuestión o afirmación en cuestión es verdadera o falsa, correcta o incorrecta. Pero si bien Dworkin puede estar interesado en demostrar que es falso que no haya una respuesta correcta en casos difíciles, aún no ha abordado adecuadamente la posibilidad de que pueda haber una variedad de respuestas correctas en tales casos.16 Sobre la base de observaciones como las que se acaban de citar, esa parece ser su posición, aunque aún no la ha reconocido. Bien puede ser que su afirmación de que la respuesta correcta es poco más que esto: que para cada juez habrá una única respuesta correcta en un caso difícil, aunque la respuesta correcta de un juez no necesariamente sea la misma que la respuesta correcta de otro.

A diferencia de Dworkin y MacCormick, Raz no ofrece un esquema de razones y tipos de argumentos que los jueces utilizan y deberían utilizar al decidir casos no regulados. Se ocupa principalmente de otras dos cuestiones. La primera es el peso de las razones que los jueces **(p. 220)** podrían utilizar y cómo, si es que lo hacen, se relacionan con las razones morales. Este enfoque es, por supuesto, una consecuencia de la defensa que hace Raz de la tesis de las fuentes fuertes contra aquellas versiones del positivismo jurídico comprometidas con el "incorporacionismo".17 Tal defensa requiere alguna explicación de las formas en que los valores morales permean el derecho.

La segunda cuestión es la naturaleza del poder que tienen los jueces en casos no regulados. Raz sostiene que se trata, sin duda, de un poder legislativo que, aunque en algunos aspectos es similar al poder legislativo de los legisladores, es más limitado.

Por lo tanto, en los casos difíciles, “los tribunales actúan y deben actuar tal como lo hacen los legisladores, es decir, deben adoptar las reglas que consideren mejores” (*AL* , 197). Pero al hacerlo, los tribunales no tienen una libertad total, ya que “las disputas no reguladas están...

parcialmente reguladas, por lo que el tribunal tiene que aplicar la ley existente, así como crear una nueva ley" (*AL* , 182). Nuevamente, "en cada caso en el que el tribunal crea una nueva ley, también aplica leyes que restringen y guían sus actividades de creación de leyes"; los poderes de distinción y anulación están igualmente "circunscritos y cercados por limitaciones legales" (*AL* , 195).

Sin embargo, para Raz, parece que estas limitaciones y barreras no residen a menudo en la doctrina jurídica, sino que se encuentran principalmente en el marco institucional en el que existen los tribunales. Lo que limita la elaboración de leyes por parte de los tribunales en casos no regulados es el hecho de que no están bien situados para llevar a cabo una reforma de amplio alcance: no pueden esperar, con una decisión, lograr lo que el poder legislativo puede lograr en un programa de reforma legal. Por lo tanto, los tribunales se enfrentan a una elección al utilizar sus poderes legislativos "entre la reforma parcial y el conservadurismo" (*AL* , 201), mientras que los poderes legislativos siempre tienen abierta la opción de la reforma radical.

Raz, aparentemente, sostiene que no es la doctrina jurídica sino esta característica de la estructura institucional, en conjunción con la convención de argumentación por analogía, la que constituye la restricción primaria al rango de decisiones abiertas a los tribunales en casos no regulados. Porque, una vez que se acepta su explicación de los poderes de los tribunales para distinguir y revocar tanto en casos regulados como no regulados, la doctrina jurídica queda con muy poco poder restrictivo. La doctrina puede limitar las decisiones de los tribunales sólo cuando proporciona una proposición clara de derecho que se ajusta exactamente al caso que ha surgido y cuando los tribunales no pueden o no desean distinguir o revocar. Esta es otra ilustración de cuán maleable considera Raz que es el derecho, incluso en casos regulados, y sin duda lo distingue tanto de MacCormick como de Dworkin. Si bien aceptan que el derecho se desarrolla en el curso de la toma de decisiones en casos difíciles, son mucho más circunspectos que Raz a la hora de caracterizar ese desarrollo como creación de leyes, probablemente como resultado de su negación de la discreción fuerte. En la medida en que

Dworkin y MacCormick aceptan que existe una forma de elaboración de leyes en casos difíciles (Dworkin siempre se ha sentido especialmente incómodo con esa idea), están ansiosos por enfatizar cuán restringida es (*LRLT* , 79-80, 101-8; *LE* , 401-3). Esto probablemente se pueda explicar con el argumento de que Dworkin en particular está bastante más preocupado **(p. 221)** que Raz por los argumentos de retroactividad y democracia que a menudo se dirigen a la elaboración de leyes judiciales (*AL* , 198; *LE* , 258-60, 398-9).18

Son cuestiones como estas, además de las diferentes opiniones sobre la prioridad de los derechos individuales y el bienestar general en la resolución de disputas, las que ponen de relieve las ambiciones morales y políticas en pugna que podrían abrigarse en relación con el derecho y la adjudicación. Tales ambiciones salen a la luz en cualquier intento de elegir entre diferentes explicaciones sobre las formas en que los jueces deciden y deberían decidir los casos difíciles. Por lo tanto, si bien los no escépticos están de acuerdo en muchas cuestiones relacionadas con la página 9 de 41

Adjudicación

En cuanto a la identificación de esos casos, el papel de la discreción en ellos y su incidencia, sus ambiciones de resolución a veces los distinguen. Esas ambiciones diferentes sólo pueden evaluarse desde la perspectiva de explicaciones morales y políticas más amplias del papel del Estado y su derecho.

Es hora de cambiar de enfoque. El debate entre los no escépticos sobre los casos fáciles, los casos difíciles y la discreción judicial es fascinante, pero una inmersión demasiado profunda en sus detalles corre el riesgo de perder de vista lo que está en juego. ¿Por qué dedicar tanto tiempo y tinta a estas cuestiones? Responder a esta pregunta nos lleva de nuevo a las condiciones de racionalidad y legitimidad.

2.2 Justificación, racionalidad y legitimidad

La resolución de casos fáciles y difíciles casi siempre conlleva el ejercicio de la fuerza: la imposición de multas, sentencias, órdenes de compensación o reembolso y muchas otras intervenciones. Por lo tanto, se trata de una práctica y una institución maduras para la justificación y ésta debe implicar, como mínimo, alguna explicación de las razones del acto o los actos de fuerza. La justificación intersubjetiva de una acción sin razones es casi ininteligible, pues es similar a la comunicación intersubjetiva sin algún tipo de lenguaje. La justificación intersubjetiva de una acción *coercitiva* sin razones es igualmente ininteligible. El requisito de que la justificación de una acción implique al menos alguna explicación de las razones de la misma no se extiende, por supuesto, a la inteligibilidad de la acción. Las acciones pueden explicarse sin una declaración de las razones que las justifican, ya que una declaración de las causas de una acción no necesita incluir las razones que la justifican, porque podría no haber ninguna. Por ejemplo, una acción como mi ataque físico a un vecino entrometido puede ser un producto de (causado por) los factores *Z*, *Y* y *X* y, por lo tanto, perfectamente explicable, pero no justificable porque es indudablemente incorrecta. Sin embargo, es común y confuso hablar de razones para una acción sin distinguir entre razones como causas y razones como justificaciones.19

Si bien las razones como causas y las razones como justificaciones pueden superponerse, no existe una conexión necesaria entre ellas **(p. 222)** . Dado que se trata de un ejercicio de fuerza coercitiva, o al menos inicia dicha fuerza, las razones que requiere la adjudicación son, en primera instancia, justificatorias.

Desde esta perspectiva, las decisiones en casos fáciles y difíciles son exactamente iguales: ambas necesitan justificación, ya que ambas pueden desencadenar el poder coercitivo del Estado. La explicación que ofrece MacCormick sobre la manera en que se pueden justificar las decisiones en casos fáciles constituye el comienzo de una respuesta a esta preocupación. Si se demuestra que las decisiones en casos fáciles están justificadas racionalmente por las razones que se dan para ellas, y justificadas en la forma de una red de silogismos deductivamente válidos, entonces se ha avanzado en el camino de la justificación.

Ese objetivo está ciertamente más cerca que si tales decisiones carecieran por completo de apoyo racional. Las decisiones en casos difíciles y las decisiones dentro del ámbito de la fuerte discreción necesitan una justificación adicional. Esto no se debe a que la fuerza desencadenada por tales decisiones sea más severa o moralmente problemática que en los casos fáciles. Más bien, se debe a que además de desencadenar la fuerza, los tribunales en estos casos adoptan una postura sobre lo que consideran que es la ley. En particular, en los casos difíciles, cuando hay dudas sobre si existe o no una proposición jurídica aplicable, o cuando no está claro qué proposición de un conjunto de proposiciones jurídicas en pugna se aplica, o cuál de un conjunto de interpretaciones diferentes de una proposición jurídica acordada se aplica, la decisión adoptada constituye una elección y, como tal, está madura para ser justificada. Además, dado que existe controversia sobre qué elecciones se deben hacer en los casos difíciles, los jueces que las deciden indudablemente adoptan una postura sobre una cuestión controvertida. No es ilógico esperar alguna explicación de los fundamentos (las razones) de esa postura.

En realidad, la práctica judicial angloamericana está organizada de modo tal que intenta satisfacer esta expectativa, ya que los jueces de los tribunales de apelación exponen las razones de sus decisiones en un texto escrito bastante discursivo. De hecho, a ese texto se llega la mayoría de las veces como resultado de escuchar y luego considerar el peso de las razones presentadas por los abogados de la parte contraria a favor y en contra de una decisión en un sentido u otro. El texto rara vez es uniforme, ya que cada juez suele presentar sus propias razones para su decisión. Los jueces pueden estar en desacuerdo sobre la decisión y, por lo tanto, sobre las razones que la sustentan, o estar de acuerdo sobre la decisión pero llegar a ella por diferentes razones o, bastante raramente, estar de acuerdo tanto sobre la decisión como sobre las razones que la sustentan. En otras jurisdicciones, por el contrario, la práctica judicial es mucho más declarativa y mucho menos discursiva, y se espera que los jueces de los tribunales de apelación ofrezcan una declaración unánime y breve de la ley aplicable y sus consecuencias en el caso particular.20

Dada la estrecha relación entre la justificación y las razones, es sin duda correcto considerar la justificación como el eje de las cuestiones sobre la racionalidad de la adjudicación. Por lo tanto, no es sorprendente que las explicaciones no escépticas de la adjudicación de casos fáciles y difíciles **(p. 223)** dediquen mucho tiempo a prestar atención a la estructura de los argumentos ofrecidos en la página 10 de 41.

Adjudicación

En tales casos, los jueces deben evaluar los tipos y el peso de las razones que utilizan para decidir sobre ellas. Su principal preocupación es mostrar cómo se justifican y pueden justificarse tales decisiones, tanto en términos generales como en el contexto de casos particulares, y eso, por supuesto, requiere considerar las razones aducidas para justificarlas. De ahí que el intento de demostrar que la adjudicación satisface lo que antes se llamó la condición de racionalidad anime casi todo el trabajo no escéptico en esta área. Sin embargo, veremos que la condición de racionalidad a menudo es subanalizada por los no escépticos.

Si proporcionar las razones de una acción o decisión constituye, en la mayoría de los casos, un paso considerable hacia la justificación de la decisión o acción, ¿no es el caso de que lo que antes se llamó la condición de legitimidad es redundante? Esto es más probable que sea así cuando pensamos únicamente en términos de justificación *racional* . Pensemos en acciones o decisiones comunes y corrientes: identificar y exponer mis razones para ir al cine en lugar de a la ópera hace que la cuestión de la legitimidad de la decisión sea redundante. La cuestión de la legitimidad pone en juego preguntas sobre mi derecho a hacer lo que hago o a decidir cómo he decidido. En este caso, el conocimiento de mis razones (me gustan especialmente las películas del director *X* y una está en exhibición ahora; desprecio las óperas del compositor *Y* , una de las cuales se está representando) y algún conocimiento de mi situación (no soy, por ejemplo, un médico de guardia ni un padre con responsabilidades de cuidado de niños), hacen que las preguntas sobre la legitimidad de mi acción y decisión sean inútiles. Sin

embargo, no es cierto que el hecho de tener y articular las razones de mis acciones y decisiones haga que las cuestiones de legitimidad sean siempre redundantes. Lejos de eso, como es obvio si mi razón para ir al cine en lugar de a la ópera fuera matar al proyeccionista. Aquí la noción de justificación entra en juego bajo la apariencia de derecho, más que únicamente bajo la apariencia de razones para la acción. Y es la justificación en términos de derecho —¿tengo el derecho o la autoridad para matar al proyeccionista?— lo que incorpora la condición de legitimidad.

Así, si bien en muchos casos hay una superposición entre la justificación de mi acción o decisión y la demostración de que tengo derecho a tomar la acción y la decisión, la superposición no es necesaria. Por lo tanto, el esfuerzo no escéptico por dilucidar y evaluar las razones que ofrecen los tribunales para sus decisiones —el esfuerzo por demostrar que la sentencia satisface alguna versión de la condición de racionalidad— no demostrará por sí mismo que la sentencia en general o las decisiones judiciales particulares sean legítimas. Además, la cuestión de la legitimidad es especialmente apremiante en el contexto del ejercicio del poder estatal. Dado que el poder así ejercido se considera particularmente preocupante (el poder de, *entre otras cosas* , privar a alguien de su libertad, si no de su vida), la cuestión de su legitimidad es especialmente significativa. Bien puede ser que demostrar que los jueces tienen buenas razones para sus decisiones, tanto en casos difíciles como fáciles, esté muy lejos de justificar lo que se desprende de esas decisiones, como, por ejemplo, el ejercicio de la fuerza para obligar al acusado a pagar daños o encarcelarlo. Tales acciones podrían no ser nunca política o moralmente justificables, podrían ser siempre ilegítimas, aun cuando las decisiones en las que se basan sean racionalmente justificables. Más difícil, **sin** embargo, es el caso de una acción o decisión legítima que no esté respaldada en absoluto por razones. Parece casi inconcebible que, por ejemplo, una acción política pudiera ser legítima, con lo cual al menos queremos decir que alguien tenía derecho a realizarla, y sin embargo ser incapaz de justificación racional.

Se suele pensar que el tema de los casos difíciles y el de la discreción judicial son los que más probablemente ponen en juego la condición de legitimidad. Estos temas plantean el espectro de la legitimidad de una manera obvia: cuando los jueces deciden casos difíciles y cuando tienen una discreción (fuerte), parecen apresurados a actuar sin las restricciones de la ley.

Y si los jueces actúan de esa manera, surge una pregunta obvia sobre su derecho a hacerlo dentro de un sistema democrático reforzado por una concepción tradicional de la separación de poderes. La prisa que implica esta medida es la de considerar que la limitación impuesta por la ley es una cuestión de todo o nada. Los jueces están completamente obligados por la ley a decidir un caso de una manera o son completamente libres de decidirlo de la manera que deseen. Si bien los no escépticos aceptan que los casos difíciles son aquellos en los que hay una serie de dudas sobre la ley aplicable, están ansiosos por demostrar (de hecho, es la carga principal de los esquemas que desarrollan sobre cómo los jueces deciden y deberían decidir los casos difíciles) que la ley indudablemente limita (aunque no completamente) las decisiones que los jueces pueden tomar. Esto es tan cierto para Dworkin y MacCormick como para Raz. Puede parecer especialmente sorprendente que Raz vea el proceso de decidir casos no regulados como algo limitado por la ley en cierta medida, ya que tiene claro que se trata de un proceso de elaboración de leyes que también puede implicar una fuerte discreción. Recordemos que Dworkin y MacCormick no ven ningún papel que desempeñar en la decisión judicial. El hecho de que el proceso de decisión de casos difíciles o no regulados esté limitado en cierta medida por la ley y que los jueces carezcan de una discreción fuerte no hace que las cuestiones sobre la legitimidad de la decisión judicial sean irrelevantes; más bien, las hacen un poco más manejables. Como ya se ha señalado, esas cuestiones pueden surgir independientemente de la racionalidad de la decisión judicial.

Las condiciones de racionalidad y legitimidad son dos requisitos distintos que se podría esperar que la adjudicación satisfaga, aunque en algunas situaciones se

superponen claramente. La disyunción entre ellas es importante porque Página 11 de 41

Adjudicación

En este capítulo se explica la estructura del resto del capítulo, que se divide en dos partes principales. La primera (Sección 3) ofrece un análisis más detallado que hasta ahora de lo que podría implicar la condición de racionalidad. Identifica tres versiones de la condición y considera si las teorías no escépticas pueden demostrar que la adjudicación las satisface. Concluye que dos de las tres teorías no pueden, en virtud de su fuerte pluralismo de valores, dar cabida a una versión estricta de la condición.

El tema del pluralismo de valores se introduce como una prueba para las teorías no escépticas de la adjudicación por dos razones. En primer lugar, la idea del pluralismo de valores es una que los no escépticos aceptan y que ahora es casi un lema de la filosofía jurídica, moral y política contemporánea. Sin embargo, su aceptación tiene implicaciones especialmente importantes para estos teóricos.

En segundo lugar, los temas habituales que abordan las teorías no escépticas sobre la adjudicación (casos difíciles, casos fáciles, discreción, etc.) han sido analizados con bastante profundidad a lo largo de los últimos treinta **(p. 225)** años. Las áreas de disputa y acuerdo están claras, como se pretendía demostrar en la parte anterior de esta sección. Hay poco que se pueda decir de manera útil sobre ellas aquí.

La segunda parte del capítulo (Sección 4) examina la naturaleza de la condición de legitimidad. En particular, busca determinar si esa condición puede cumplirse cuando no se cumple la versión estricta de la condición de racionalidad (esta última condición no puede cumplirse cuando se sostiene el pluralismo de valores). Esto requiere considerar una serie de explicaciones sobre la naturaleza de la legitimidad política (o autoridad) y un análisis de su impacto, si lo hay, sobre el problema de las decisiones judiciales racionalmente deficientes. Sin embargo, antes de abordar estas cuestiones, debemos completar nuestra

exposición del actual debate angloamericano sobre la adjudicación. Debemos presentar el desafío escéptico y algunos de sus componentes.

2.3 Determinación, indeterminación y el desafío escéptico

El grupo de juristas contemporáneos cuya obra encarna "el desafío escéptico" niega que el derecho en general y la adjudicación en particular puedan satisfacer las condiciones de racionalidad y legitimidad. En términos generales, los escépticos están unidos en la creencia de que el derecho es un medio indeseable o, más modestamente, no preeminentemente deseable, de "someter la conducta humana al gobierno de las reglas"2.

1 y que la arbitración es un medio indeseable, o no preeminentemente deseable, de resolver disputas sobre esas reglas. Este desafío no debe ser malinterpretado: no es un panegírico al poder arbitrario. Más bien, la mayoría de los defensores del desafío aceptarían las restricciones de Lon Fuler sobre la deseabilidad del derecho sobre los sistemas de poder arbitrario.22 La pregunta que el desafío coloca en la agenda jurisprudencial es ésta: ¿son el derecho y la arbitración medios preeminentemente deseables de someter la conducta humana al gobierno de las reglas y de resolver disputas sobre esas reglas, entre la clase de formas no arbitrarias de someter la conducta humana y resolver disputas? El dominio del fetichismo legal se siente a menudo al considerar esta cuestión, ya que a algunos les resulta imposible pensar en formas no legales de someter la conducta humana al gobierno de las reglas.23 Pero, aunque mucho depende de los contornos de lo "legal" aquí, claramente hay formas de organizar la vida social y resolver disputas (por ejemplo, la mediación, los foros ciudadanos o jurados, la votación masiva, la participación comunitaria) bastante diferentes a la ley y la adjudicación y no necesariamente iguales a los sistemas de poder arbitrario.

(p. 226) Es en su consideración de otros medios de organizar la vida social y resolver disputas que los defensores del desafío escéptico señalan su duda de que la condición de legitimidad pueda ser satisfecha. Al señalar la

naturaleza supuestamente antidemocrática de la adjudicación constitucional, la conveniencia de eliminar la ley del léxico del poder político y de reemplazar a los jueces por mediadores, implican que los sistemas actuales de derecho y adjudicación sufren de un déficit de legitimidad.24 El desafío escéptico pone en peligro la condición de racionalidad por medio de una familia de argumentos sobre la indeterminación de la doctrina legal y, por lo tanto, de la adjudicación. En general, esta familia de argumentos niega que exista "un método de justificación legal que contraste con las disputas abiertas sobre los términos básicos de la vida social, disputas que la gente llama ideológicas, filosóficas o visionarias".2

5 Hablamos de determinación e indeterminación en este

El contexto es potencialmente bastante confuso y vale la pena ofrecer algún análisis sobre cómo se entienden mejor las nociones.

El primer punto que hay que destacar destaca la relación entre la justificabilidad y la racionalidad de la toma de decisiones judiciales y su determinación e indeterminación. La relación es simplemente que a menudo se utiliza "determinación" como sinónimo de la racionalidad o justificabilidad de una decisión judicial. Esto se hizo en la Subsección 2.1, supra, cuando se dijo que MacCormick ofreció una tipología de razones que llevan a los jueces de una posición relativamente determinada a una completamente *determinada* en un caso difícil. En esta formulación, la noción de determinación es un producto del poder de las razones que

supuestamente justifican la decisión mientras que la idea de indeterminación significa la supuesta debilidad de esas razones.

Por lo tanto, la determinación y la indeterminación resaltan esta propiedad de una decisión judicial: el peso relativo de las razones aducidas para justificar la decisión. Esta propiedad de las decisiones judiciales es, por supuesto, también una propiedad de la doctrina jurídica, ya que las

decisiones se toman dentro del medio de la doctrina. Es casi inconcebible que la doctrina jurídica pueda proporcionar razones concluyentes para una decisión (por ejemplo, *Y* está en incumplimiento de contrato) y, sin embargo, la decisión judicial en el mismo caso no se base en tales razones concluyentes. Casi, pero no completamente, ya que el tribunal podría estar equivocado en cuanto a lo que la doctrina requiere. Cuando hablan de casos particulares de adjudicación como determinados o indeterminados, los escépticos con mayor frecuencia tienen en mente la situación en la que **(p. 227)** la indeterminación doctrinal (la doctrina no proporciona buenas razones para una decisión en un sentido u otro) produce indeterminación en la decisión (los jueces no tienen éxito en producir buenas razones para la decisión que toman). Predicados de un sistema de adjudicación y doctrina, la determinación y la indeterminación se refieren al número de decisiones en el sistema que están o podrían estar bien respaldadas por razones; por lo tanto, dichos sistemas pueden ser más o menos determinados o indeterminados.

Este no es el único sentido que pueden tener en este contexto los conceptos de determinación e indeterminación. Es bastante plausible que estas nociones se refieran a la *previsibilidad de los resultados* o *de los procesos* judiciales . Si se supone, por ejemplo, que un juez en particular siempre decide casos difíciles a favor de mujeres atractivas, sus decisiones son determinadas, lo que se quiere decir es "predecible". De la misma manera, si un juez a veces aborda casos de justicia penal desde una "perspectiva de control del delito" y a veces desde una "perspectiva de justicia individual", sus futuras decisiones en esta área podrían considerarse apropiadamente como indeterminadas, es decir, impredecibles. 26 Por supuesto, la previsibilidad también puede ser un producto del significado. Dado que actualmente todos estamos más o menos seguros de lo que significa la orden "Los perros deben ser llevados en la escalera mecánica", nuestras decisiones al aplicar la norma serán indudablemente bastante predecibles. Sin embargo, quienes utilizan el lenguaje de la indeterminación con más frecuencia (los defensores del desafío escéptico) no lo utilizan ni pueden utilizarlo en el sentido de falta de previsibilidad. Esto se debe a que afirman simultáneamente que la adjudicación es

predecible y que es indeterminada. Es poco caritativo y muestra una prisa indebida en el análisis de los argumentos de los escépticos suponer que debe haber una contradicción aquí.27 La base del error es equiparar la indeterminación con una falta de previsibilidad. Sin embargo, cuando la indeterminación se define de manera estricta, como una referencia a un déficit de justificación o racionalidad, podemos ver que no hay contradicción entre las afirmaciones de los escépticos sobre la indeterminación generalizada en el derecho y la adjudicación, por un lado, y sus afirmaciones sobre la previsibilidad de los resultados de la adjudicación, por el otro.

Por lo tanto, es inútil señalar casos hipotéticos de resultados fáciles, es decir, completamente predecibles (por ejemplo, que el primer párrafo de este capítulo no difama a Gore Vidal) en un intento de refutar los argumentos escépticos de indeterminación.28

Tanto los escépticos como los no escépticos afirman que la adjudicación es un proceso relativamente predecible. Ambos bandos coinciden en que, si se cuenta con un conocimiento y una comprensión adecuados de la ley, los académicos, los profesionales y los observadores pueden formarse expectativas bastante estables sobre los resultados de la gran mayoría de los casos. Sin embargo, si bien se acepta que los resultados de los casos son bastante predecibles, las razones que ofrecen los escépticos y los no escépticos para explicarlo son radicalmente diferentes. Para los no escépticos, una de las razones por las que la adjudicación es razonablemente predecible y segura es que las decisiones que toman los jueces son, en **principio** , justificables y se basan en una gama limitada de tipos de razones y argumentos. Contrariamente a esta opinión, los escépticos sostienen que, aunque los jueces pueden creer que sus decisiones son justificables, esta creencia (inculcada a través de la socialización, tal vez antes de la formación jurídica profesional y académica, pero ciertamente durante ella) es un error.

Las opciones que tienen los jueces no pueden justificarse (no pueden apoyarse en razones) por la verdad del lenguaje o por la indeterminación de valores (o cualquier otro tipo de indeterminación). Las opciones que toman los jueces

son, no obstante, predecibles porque, como clase, comparten una gama de valores y supuestos en los que se basan esas opciones.29

En lo que sigue no se analizan en profundidad los diversos componentes del desafío escéptico. El desafío se cierne como una omnipresencia melancólica sobre el capítulo, ya que parte de la tarea emprendida es la de considerar si quienes prima-facie no simpatizan con él tienen o no los recursos, en sus explicaciones de la adjudicación y la autoridad, para detenerlo de inmediato. Esa tarea requiere un análisis del trabajo no escéptico, pero no una explicación detallada de los fundamentos del desafío escéptico. Demostrar que la adjudicación es de hecho un medio preeminentemente racional y legítimo de resolver disputas constituiría, en la medida en que estas propiedades se consideren virtudes, una réplica convincente a ese desafío.

3 La condición de racionalidad

3.1 Un esquema

Hablar de racionalidad de manera indiscriminada en el contexto de la adjudicación puede oscurecer una serie de cuestiones y posibilidades.

Por lo tanto, es preciso dar dos pasos desde el principio. En primer lugar, hay que dilucidar algunas de las formas en que puede funcionar el discurso sobre la racionalidad en este contexto. Puede funcionar al menos de tres maneras. La primera es conceptual: en este caso, el discurso sobre la racionalidad de la adjudicación se refiere a las formas en que puede ser, si es que puede serlo, un proceso racional. Esto, por supuesto, requiere una explicación de lo que podría significar la racionalidad en este contexto, y eso se proporciona a continuación, cuyo principal objetivo es una evaluación de las formas, si las hay, en que la toma de decisiones en casos difíciles puede ser racional frente al pluralismo de valores. El discurso sobre la racionalidad de

la adjudicación funciona claramente de otra manera, que puede llamarse empírica. La cuestión principal aquí **(p. 229)** se refiere a cuáles casos reales de adjudicación, si los hay, son racionales.

Esto implica una evaluación de decisiones judiciales particulares a la luz de alguna explicación de la naturaleza de la racionalidad.

Por lo tanto, el discurso empírico sobre la racionalidad de la adjudicación presupone una explicación conceptual de la naturaleza de la racionalidad (¿de qué otra manera se puede evaluar la racionalidad de decisiones particulares?). No está directamente en juego en lo que sigue. La tercera forma en que el discurso sobre la racionalidad puede funcionar es normativamente: aquí la existencia o el grado de racionalidad en la adjudicación se considera loable en la medida en que la racionalidad en sí misma se considera una característica deseable de la vida, las instituciones y las prácticas humanas. Desde esta perspectiva, la ausencia de racionalidad en aspectos de nuestra vida, instituciones y prácticas es funesta. Cuando el tema es la adjudicación, el discurso sobre la racionalidad normativa generalmente sirve como comparación y crítica. La adjudicación se compara con otros medios de resolver disputas y se encuentra que tiene deficiencias en su grado de racionalidad, o bien la práctica real de la adjudicación se compara con percepciones supuestamente comunes de su racionalidad y se afirma una disyunción. Estos dos ejemplos de discurso sobre la racionalidad normativa animan la segunda rama del desafío escéptico. Están en juego en lo que sigue, pero sólo de la misma manera que el desafío mismo: una omnipresencia melancólica en lugar de un argumento completamente articulado.

En segundo lugar, debe prestarse cierta atención a lo que podría significar decir que la adjudicación es un proceso racional de toma de decisiones. Podría significar al menos tres cosas diferentes, que podemos identificar y etiquetar como pasos ascendentes en una escalera de racionalidad. El peldaño más bajo de la escalera es el de tener una o más razones para la acción y la decisión. En esta situación, una acción X es racional si y solo si un agente (A) cree que hay una razón o razones para ella, siendo esa razón o razones

compatibles con la existencia de una razón o razones contrarias. En respuesta a la pregunta

"¿Por qué *X* ?", hay una respuesta disponible para *A* que establece sus razones para usar *X.* Dado que nos interesa la justificación, y la justificación solo puede tener lugar dentro del ámbito de las razones, así es como debería ser. Por supuesto, puede haber razones para usar *X* que operen en un nivel no justificatorio (*X* puede ser el producto de varias causas especificables) y de las cuales *A* no es consciente. Además, sin duda puede haber otras razones justificatorias para usar *X* de las cuales *A* no es consciente. Todo lo que se requiere para tener razones es que *A* tuviera alguna razón para usar *X* , de la cual era consciente, y que pudiera articular como respuesta a la pregunta "¿Por qué *X* ?".

Como indicador de racionalidad, el requisito de tener razones podría ser descartado por ser demasiado laxo, por no descartar casi nada. Pero descarta algunas cosas. Porque, para tener razón(es) para *X* -ing, *A* no puede hacer *X* de manera puramente irreflexiva, al menos en primera instancia. *A* debe saber la(s) razón(es) para *X* antes o en el momento de *X* -ing; posteriormente, *A* puede hacer *X* de manera irreflexiva al suponer que, dado que tenía razón(es) para *X* en el pasado, tiene razón(es) para *X* en el futuro en situaciones relevantes similares. Para ser racional en este sentido, *X* -ing no puede ser producto de pura intuición, prejuicio, sesgo o hábito completamente irreflexivo. Si lo es, entonces *A* no tiene razón(es) para *X* -ing de las que sea consciente, excepto cuando su razón es: "todos los demás hacen *X* en esta situación". Esto, por supuesto, es la razón de *A* y es el producto de cierto grado de reflexión; No es **(p. 230) puramente un producto del prejuicio,** la parcialidad o la deferencia irreflexiva hacia la costumbre. Por lo tanto, se considera que tiene motivos para *X.*

Aplicado a la toma de decisiones judiciales, este requisito parecería ser demasiado indulgente. Aunque descartaría mucho de lo que esperamos que quede excluido de la adjudicación (jueces que rastrean abiertamente sus prejuicios, llegando a decisiones únicamente por decreto en lugar de la razón), no parece suficiente para permitir que la adjudicación esté a la altura de su publicidad, tanto en la

academia como en el mundo en general. Si los tribunales son foros de principios, y si las escuelas de derecho realmente predican "la fe en el poder de la razón", entonces debe buscarse una explicación más exigente de la racionalidad. 30 El segundo peldaño en la escalera de la racionalidad es el de ordenar las razones. Incorpora las dos condiciones constitutivas del primer peldaño, a saber, (i) *A* debe creer que hay una razón o que hay razones para *X ;* e (i) *A* debe ser capaz de articular la razón o las razones en respuesta a la pregunta "¿por qué *X* ?". Además, la clasificación de las razones requiere (ii) que *A* tome medidas para determinar que *R* (la razón) o *Ra-Rz* (las razones) para *X* son genuinas o que se le informe de esas medidas; y (iv) que *A* , por lo tanto, conozca, o esté informado de, muchas, la mayoría o todas las razones, putativas y genuinas, para *X.* El tercer requisito de la clasificación de las razones genuinas de las putativas para *X* implica el cuarto, el conocimiento de la gama de razones que podrían respaldar la clasificación *de X.* Pero no es necesario que haya una pluralidad de razones para la clasificación *de X* en la página 14 de 41.

Adjudicación

orden para que *A* clasifique la(s) razón(es). Se puede llevar a cabo una variante del proceso de clasificación cuando solo hay una razón (*R* 1) para *X* , siempre que *A* tome medidas para establecer que *R* 1 es de hecho la única razón genuina para *X.* Hablar de clasificar la(s) razón(es) es un poco forzado porque, dado que solo hay una razón para *X* -ing, no hay un proceso de separar el trigo de la paja dentro de la clase de razones. Sin embargo, hay un proceso análogo, a saber, el de separar una razón genuina de la clase de factores que podrían llevar a *X* (prejuicio, sesgo, etc.), no todos los cuales son razones.

Aunque aparentemente es más exigente que simplemente tener razones, la clasificación de las razones no es la explicación más estricta de la racionalidad de la adjudicación. Aunque insiste en que las decisiones a las que llegan los jueces se basen en razones genuinas y, por lo tanto, requiere la clasificación y evaluación de las razones que podrían respaldar la decisión, es posible ir más allá.

El tercer peldaño de la escalera de la racionalidad es el de la ponderación de las razones. Incorpora los cuatro requisitos de la clasificación de las razones y añade un quinto, a saber, el de la ponderación de las razones genuinas para *X*. En este sentido, *A* es racional cuando *X* sólo se basa en la razón más fuerte y de mayor peso de la clase de razones genuinas para *X* -

ing, o sobre la base de la colección de razones que juntas son las más importantes. Ponderar las razones para *X* sólo tiene sentido cuando hay una pluralidad de razones genuinas para *X*. Esa pluralidad también tiene sentido en aquellas situaciones, en la adjudicación y más allá, en las que parece que una elección en cualquier sentido es plausible, está respaldada por razones y, por lo tanto, en ningún sentido es obviamente incorrecta. En tales situaciones parece apropiado hablar de agentes que tienen razones adecuadas para *X* , donde lo que se quiere decir es que hay **(p. 231)** razones para *X* -ing que no hacen que abstenerse de *X* -ing sea irracional. Si clasificar las razones coloca a los agentes dentro del dominio de las razones adecuadas, entonces ponderar las razones lleva a los agentes dentro del dominio de las razones convincentes, razones que requieren *X* so pena de irracionalidad.3

1 Obligatorio

Las razones para *X* no sólo requieren racionalmente *X* , sino que también proporcionan las mejores razones, las más importantes y poderosas, para *X*. Cuando *X* está respaldado por razones convincentes, no hay mejor justificación para *X* -ing, aunque puede haber otras explicaciones de *X* -ing. Si la adjudicación fuera racional en este sentido, entonces las decisiones judiciales estarían respaldadas por razones convincentes. Sería común encontrar jueces clasificando y evaluando las razones a favor y en contra de una decisión de una manera u otra en un caso difícil, y este esfuerzo estaría informado por el deseo de encontrar la mejor razón o razones posibles para la decisión. Las decisiones basadas en razones convincentes estarían bien situadas para apaciguar la controversia legal que suscitan los casos difíciles.

Estos tres pasos captan diferentes sentidos de lo que puede entenderse cuando se afirma que la adjudicación es racional y, por lo tanto, constituyen tres versiones diferentes de la condición de racionalidad. No es nuestra tarea, por ahora, elegir entre ellos, pero al menos debería demostrarse que son plausibles e independientes. En cuanto a la primera cuestión, se podría sostener que estas tres explicaciones de la racionalidad de la adjudicación son inverosímiles porque no tienen en cuenta ni las reglas de la lógica estándar ni los axiomas de la teoría de la elección racional. Eso es cierto. Pero no es porque esas reglas y axiomas sean irrelevantes en este caso, sino porque las diferentes versiones de la condición de racionalidad los presuponen. Las reglas de la lógica estándar son el esqueleto sobre el que se sustentan las decisiones judiciales racionales (y de otros tipos); esto es cierto también en el caso de muchos de los axiomas de la teoría de la elección racional. La salvedad en este último caso es resultado del hecho de que algunos de esos axiomas son cuestionados, ya que parecen distorsionar características significativas de situaciones de elección judiciales y de otros tipos reales, tal vez bastante comunes. Hay dos respuestas a esto, ninguna de las cuales es particularmente útil. A la luz de la aparente disyunción entre los axiomas de la elección racional y algunas situaciones de elección reales, la primera proclama "tanto peor para las elecciones reales", mientras que la segunda afirma "tanto peor para la teoría de la elección racional".32 Para los propósitos presentes, asumiremos que los axiomas de la elección racional y los supuestos sobre la reflexividad y la completitud, y sobre la consistencia y estabilidad de las preferencias y las razones, informan las tres versiones de la condición de racionalidad.

Pero, cabe preguntarse, ¿existen realmente tres versiones distintas de la condición de racionalidad aquí? Podría argumentarse que se fusionan entre sí. Por ejemplo, la distinción entre tener razón(es) y ordenar razón(es) es ilusoria si tener **(p. 232)** razones significa tener razones genuinas. En cierto sentido esto es bastante inteligible, ya que tener razones a menudo se supone que significa tener buenas razones (es decir, *genuinas*). Aunque a veces hacemos esta conexión, también es cierto que a menudo también reconocemos una disyunción aquí, ya que el

proceso de pensar razona *N, O* y *P* apoyan *a X* pero, tras una reflexión más profunda, resulta familiar concluir que sólo *P* apoya *a X.* Hacemos una distinción entre razones putativas y genuinas que habitualmente marca un proceso de ascenso racional y reflexivo. La distinción entre razones de clasificación y razones de ponderación podría cuestionarse de la siguiente manera: si *A* tiene razones genuinas para *X* , entonces todas esas razones tienen peso y no tiene sentido mantener, además, que las razones genuinas pueden tener pesos diferentes.

El problema aquí es dar sentido a la afirmación que respalda la objeción, a saber, que las razones tienen un peso no especificable. Se prevé que las razones genuinas constituyen una clase que tiene peso *en cuanto* clase y que presumiblemente

puede compararse con el peso de otras clases de consideraciones. Por lo tanto, se requiere alguna explicación de cómo es posible la ponderación entre clases. Además, si bien se dice que cada miembro de la clase de razones genuinas tiene peso, se supone que el peso de estas razones no puede compararse ni clasificarse. La idea de ponderar las razones ciertamente implica cierta escala mediante la cual se puede comparar y evaluar el peso y es esto lo que los defensores de la objeción podrían negar. Como afirmación general, sobre todas las razones en todos los contextos, esta negación es seguramente demasiado general; la estructura de nuestro razonamiento y lenguaje prácticos respalda la posibilidad de ponderar las razones. Si bien esto difícilmente es una prueba de que sopesar las razones sea sensato, seguramente requiere que tomemos la posibilidad en serio hasta que esté completamente desacreditada. Este punto no se basa en una afirmación rotunda de que la ponderación es siempre y siempre posible, sea cual sea el contexto.

Ahora se pueden dar los siguientes pasos en el argumento. Son cuatro, formulados como respuestas a cuatro preguntas. El primero demuestra brevemente la plausibilidad de la afirmación —otro lema del jurista no escéptico— de que los valores están en juego tanto en el

derecho como en la adjudicación. El segundo desentraña la noción de pluralismo fuerte de valores, mientras que el tercero demuestra quiénes, entre los teóricos contemporáneos de la adjudicación, son pluralistas fuertes de valores. Y el cuarto, basado en las suposiciones de que los valores sí tienen un papel en la adjudicación y que el pluralismo fuerte de valores es verdadero, ilustra una consecuencia *adversa* que el pluralismo fuerte de valores tiene para las explicaciones no escépticas de la adjudicación. El argumento es que la afirmación del pluralismo fuerte de valores en la adjudicación hace imposible afirmar la versión estricta de la condición de racionalidad. Por lo tanto, abrazar el pluralismo fuerte de valores asegura que la segunda parte del desafío escéptico sea muy difícil de cumplir.

(p. 233) 3.2 El pluralismo de valores y la condición de racionalidad

3.2.1 ¿La adjudicación tiene una carga de valor?

El hecho de que los valores estén implicados en la práctica de la adjudicación se puede demostrar mediante la referencia a algunos ejemplos y la invocación de una antigua y casi indiscutida lección jurisprudencial sobre la naturaleza de la aplicación e interpretación de las normas.

Dos tipos de ejemplos ilustran este punto. El primero consiste en aquellas proposiciones de derecho que invocan y requieren la interpretación de conceptos morales y sus valores constitutivos. Proposiciones de derecho que incluyen nociones como, *por ejemplo* , *Entre otros* , la buena fe, la deshonestidad, la razonabilidad y la equidad son ejemplos obvios. En segundo lugar, incluso cuando se trata de proposiciones de derecho que no incorporan explícitamente ningún concepto moral u otro tipo de valores normativos, los jueces a menudo interpretan y aplican esas proposiciones a la luz de valores genéricos del estado de derecho. Estos valores toman la forma, por ejemplo, de nociones bastante abstractas como la coherencia (con otras proposiciones de derecho y decisiones, de modo que los casos similares sean tratados de la misma manera) o principios más específicos como que

las leyes de derecho penal deben interpretarse de manera restrictiva.

Ahora bien, podría darse el caso de que existan sistemas jurídicos que no incorporen valores en ninguna de las dos formas —tan familiares en los sistemas jurídicos angloamericanos— que acabamos de señalar. Una lección jurisprudencial convincente sugiere que, ya sea que se incorporen a proposiciones de derecho en las formas sugeridas por nuestros ejemplos o no, los valores están aparentemente inevitablemente implicados en el proceso de aplicación e interpretación de las normas. La lección comienza con algunos ejemplos simplificados de aplicación e interpretación de las normas. Los ejemplos utilizados son normas como: "los perros deben ser llevados en la escalera mecánica", "no se permiten vehículos en el parque" y "no se debe derramar sangre en las calles". 33 Dejando de lado las cuestiones sobre los significados centrales y penumbrales, se dice que la interpretación y aplicación de estas normas en casos particulares implicará inevitablemente valores de algún tipo. Esto se debe a que ser capaz de aplicar estas normas en situaciones particulares supone cierta comprensión de su objetivo, propósito o valor. Sólo en base a tales interpretaciones podemos decidir si la camioneta del guardabosques, el jeep en memoria de un veterano de guerra, los patines de los niños y la bicicleta del cartero están excluidos del parque. La lección de que incluso los casos elementales de interpretación y aplicación de reglas como estos dependen de una explicación del sentido, propósito o valor de la regla parece innegable. Además, la lección es válida cuando se aplica a las reglas y estándares mucho más complejos e interrelacionados que encontramos en los sistemas legales realmente existentes y es válida, *a fortiori* , si las reglas y estándares en cuestión plantean cualquiera de las cuestiones constitutivas de los casos difíciles. Obviamente, la lección no da ninguna orientación **(p. 234)** ni sobre el número de casos que son difíciles ni sobre el número en el que los valores juegan un papel.

3.2.2 ¿Qué es el pluralismo de valores?

La respuesta más fuerte e interesante a esta pregunta consiste en las afirmaciones de pluralidad, conflicto e incomparabilidad. Una respuesta más débil, pero no la más débil, comprende sólo las afirmaciones de pluralidad y conflicto. La respuesta más débil plantea sólo la afirmación de pluralidad (debe hacerlo para ser considerada como un ejemplo de pluralismo). Tomada sola, la afirmación de pluralidad es la menos interesante de las tres porque, dentro de la esfera del pensamiento sobre valores morales, políticos y otros, es una con la que casi todo el mundo podría estar de acuerdo. Sostiene, obviamente, que nuestro mundo contiene una multiplicidad de valores. Aquellos —llamémosles monistas de valores e incluyamos entre ellos a los utilitaristas— que sostienen que el pensamiento moral y político abarca sólo un valor último y fundamental, podrían aceptar fácilmente esta afirmación con la siguiente salvedad: la multiplicidad de valores evidenciados en nuestro pensamiento y lenguaje son manifestaciones particulares menos fundamentales de algún único valor fundamental. De manera similar, quienes tienen razones para rechazar las visiones de valor único del mundo humano —los llamaremos pluralistas de valores— aceptan la afirmación de pluralidad. Sin embargo, a diferencia de los monistas de valores, los pluralistas de valores fuertes unen la afirmación de pluralidad con las afirmaciones de conflicto e incomparabilidad, que consideran que constituyen una verdad putativa y competitiva acerca de la naturaleza de los valores.

La tesis del conflicto insiste en que algunos o todos nuestros valores importantes entran en conflicto. Por lo general, tiene dos dimensiones. La primera es una observación sobre el mundo humano. Su base es que algunos conflictos de valores son consecuencia del hecho de que el mundo no se doblega a nuestros propósitos: “[e]s indiscutible que el mundo tal como lo conocemos nos da motivos para el arrepentimiento y el conflicto incluso si hacemos lo que hay que hacer... El mundo actual, y aquellos mundos que creemos que podemos crear, son mundos de conflicto”.34 Si se pudiera diseñar un mundo en el que no existieran características que crearan conflictos, un mundo, por ejemplo, sin escasez de recursos, entonces, según esta perspectiva, el conflicto de valores se reduciría. Porque son las características del mundo, y no nuestros

valores, las que crean muchos conflictos de valores. Sin embargo, la segunda dimensión de la tesis del conflicto ubica una fuente de conflicto de valores no sólo en las características del mundo, como la escasez, sino en la naturaleza de los valores mismos. Sostiene que hay buenas razones para aceptar valores que son sustancialmente muy diferentes y que pueden, de manera bastante plausible, entrar en conflicto, en el sentido de requerir cursos de acción incompatibles en situaciones particulares.

La tesis de incomparabilidad sostiene que algunos conflictos de valores no pueden resolverse porque los valores en juego son, en cierto sentido, incapaces de comparación o están más allá de ella. La **estrategia** estándar adoptada para demostrar la verdad de la incomparabilidad (a menudo se utiliza el lenguaje de la inconmensurabilidad) es la siguiente: la tesis se enuncia en conjunción con la tesis del conflicto y algunos ejemplos reales o hipotéticos del fenómeno.3

5 La estrategia sufre

El argumento de Raz se basa en una debilidad obvia, a saber, que rara vez se analiza la naturaleza exacta de la supuesta incomparabilidad, pues en algunos casos simplemente se supone que se desprende de una doctrina más amplia sobre la naturaleza de los valores morales.36 Dado que el énfasis de la afirmación de la incomparabilidad (cuando se combina con las otras dos) es tan significativo —implica que no hay una manera obviamente racional de resolver algunos casos de conflicto de valores— su contenido exacto requiere una elucidación detallada. Raz es uno de los pocos defensores de la afirmación que realmente intenta dilucidar la naturaleza de la relación entre valores incomparables (no se contenta con afirmar la incomparabilidad y señalar algunos ejemplos de ella). Le interesa hacer esto porque, con toda razón, quiere determinar si hay o no espacio conceptual para hablar de valores que son incomparables o inconmensurables (al igual que Raz, considero que estas dos palabras son sinónimos).37 Para que pueda hacernos un trabajo conceptual distintivo, la noción de inconmensurabilidad de los valores debe referirse a algo más que a la dificultad que a veces tenemos para elegir entre valores en conflicto, ya

que ese proceso no necesita esa etiqueta para volverse relevante para nosotros. De manera similar, la noción de inconmensurabilidad será redundante si simplemente se refiere a la posibilidad de que los valores en conflicto puedan tener a veces exactamente el mismo peso.

¿De qué manera la noción de inconmensurabilidad, utilizada en este sentido, transmite algo más que una simple expresión de «conflicto entre valores de igual peso»?

Raz sostiene que «A y B son inconmensurables si no es cierto que uno sea mejor que el otro ni que tengan el mismo valor» (*MF* , 322).38 Obviamente, esto implica la afirmación de que no hay una métrica neutral con la que valorarlos si uno tiene que elegir entre ellos. Puesto que no hay manera de que los valores inconmensurables puedan valorarse y elegir entre ellos basándose en una evaluación de nivel superior **(p. 236)** , parece que la elección entre ellos no puede hacerse por referencia a razones imperiosas. Raz es inequívoco en este punto: «[c]uando las consideraciones a favor y en contra de dos alternativas son inconmensurables, la razón es indeterminada. No proporciona un mejor caso para una alternativa que para la otra. ... La inconmensurabilidad no habla de lo que escapa a la razón, sino de lo que debe eludirla» (*MF* , 333-4). Esto no quiere decir que la elección esté completamente desinformada por la razón y, por tanto, sea arbitraria y aleatoria. Más bien, lo que se quiere decir es que las razones que uno tiene para elegir de una manera u otra no determinan completamente esa elección: uno tiene razones para elegir ambas opciones.39

Una vez esbozado lo que es el pluralismo de valores, conviene señalar lo que no es para evitar confusiones. No es:

Adjudicación

Al menos no necesariamente, una tesis sobre el fundamento y la justificación de los valores. Es decir, no tiene por qué comprometernos a adoptar ninguna postura

particular sobre cómo podemos tener conocimientos y creencias sobre valores morales, políticos o de otro tipo.

En su versión más fuerte, sostiene más bien que existe una pluralidad de valores, algunos de los cuales pueden entrar en conflicto, siendo el conflicto en cierto sentido insoluble. De esto no se sigue nada sobre el fundamento y la posibilidad del conocimiento de los valores. Así, por ejemplo, dentro de la esfera limitada de los valores morales, afirmar el pluralismo de valores no conlleva ningún compromiso metaético sobre cómo se puede establecer el conocimiento de esos valores. Se podría afirmar el pluralismo de valores con la misma facilidad junto con una posición no cognitivista sobre la naturaleza de los valores morales (que haría una afirmación en los siguientes términos: los valores morales no pueden establecerse racionalmente, ya que no tienen su base en la razón, sino en nuestros deseos o sentimientos) que con una posición realista moral (que sostenga que hay hechos en el mundo que hacen que ciertas afirmaciones sobre los valores morales sean verdaderas o falsas). Esto no significa negar que algunas teorías metaéticas sean más y otras menos simpáticas con el pluralismo de valores fuerte. Se puede decir, sobre bases puramente contingentes, que cuanto más racionalista sea la metaética, menos espacio habrá para conflictos insolubles entre valores morales.40 Esto no *tiene* por qué ser así: el vínculo es meramente contingente.

3.2.3 ¿Quién afirma el pluralismo de valores?

Dado que la versión más fuerte del pluralismo de valores formula las tres afirmaciones que acabamos de esbozar, ¿quién afirma esa doctrina?

MacCormick y Raz lo hacen, mientras que Dworkin no (afirma una versión más débil del pluralismo de valores).

La evidencia textual que demuestra que MacCormick es un fuerte pluralista de valores es abundante y, con una excepción, inequívoca. Está comprometido con las afirmaciones de pluralidad y conflicto en virtud de declaraciones como estas: **(p. 237)** Estoy de acuerdo con Hume al suponer que un factor determinante en nuestro

asentimiento a uno u otro principio normativo reside en nuestra naturaleza afectiva, en nuestros sentimientos, predisposiciones de voluntad... El hecho de que las personas tengan diferentes naturalezas afectivas, diferencias de sentimiento y pasión puede entonces aducirse como explicación del desacuerdo moral fundamental. (*LRLT* , 5)

Además, "las personas honestas y razonables pueden diferir y lo hacen incluso en cuestiones fundamentales de principio, cada una de ellas teniendo razones que le parecen buenas para la opinión a la que se adhiere", pero "las razones que se pueden dar no son por su naturaleza concluyentes" (ibid.). MacCormick es igualmente inequívoco al afirmar que las reivindicaciones de pluralidad y conflicto son verdades generales que se manifiestan *en* el proceso de adjudicación. Por lo tanto, su pluralismo de valores no puede considerarse aplicable al ámbito general del discurso de valores pero inaplicable a algunos casos específicos, como el discurso de valores judicial. Así, por ejemplo, MacCormick dice que los argumentos consecuencialistas que invocan los jueces para decidir casos difíciles son "al menos en parte *subjetivos* " (*LRLT* , 105; énfasis en el original). ¿Por qué?

Porque

Los jueces que evalúan las consecuencias de posibles decisiones rivales pueden dar diferente peso a distintos criterios de evaluación, diferir en cuanto al grado de injusticia percibida o de inconvenientes previstos que surgirán de la adopción o rechazo de una decisión determinada. No es sorprendente que difieran, a veces de manera marcada e incluso apasionada, en relación con su juicio final sobre la aceptabilidad o inaceptabilidad, considerando todos los aspectos, de una decisión bajo escrutinio. En este punto llegamos al fundamento de las preferencias de valor que informan nuestro razonamiento *pero que no son demostrables por él. En este nivel puede haber simplemente diferencias irresolubles.* La única ambigüedad acerca de la invocación de MacCormick de las afirmaciones de pluralidad y conflicto surge debido a su posterior renuncia a la explicación humeana del

fundamento de los valores morales y, presumiblemente, otros valores (*LRLT ,* p. xvi).4

1 En la medida en que esa explicación es *una* de las razones que subyacen a la invocación de estas afirmaciones por parte de MacCormick, su rechazo pone en peligro parcialmente esas afirmaciones. Además, el peligro es parcial en otro sentido, pues MacCormick hasta ahora sólo ha manifestado su insatisfacción con la explicación humeana; no ha articulado ninguna alternativa a ella. Tampoco está claro hasta qué punto, si es que lo hace en absoluto, el rechazo de MacCormick de la explicación humeana afecta su compromiso con la afirmación de la incomparabilidad. Ciertamente parece comprometido con alguna versión de esa afirmación, como lo demuestran las siguientes declaraciones:

De nuevo, sobre los argumentos consecuencialistas de los jueces, hay que aclarar que esos argumentos son, dice MacCormick, "intrínsecamente *evaluativos*" *(LRLT* , 105). Es decir, son

preguntar [...] sobre la aceptabilidad o inaceptabilidad de... consecuencias. *Sin embargo, no hay razón para Supongamos que ...* [ellos] *implican [...] evaluación en términos de una escala única* , como la escala benthamita **(p. 238)** de agregados supuestamente mensurables de placeres y dolores. Los jueces se refieren característicamente a

Adjudicación

Criterios como la "justicia", el "sentido común", el "orden público" y la "conveniencia" o "conveniencia" para sopesar los argumentos a favor y en contra de determinadas normas. *No se debe suponer sin pruebas que todos ellos realmente se reducen a la mitad. hasta llegar a lo mismo* . (*LRLT* , ibid.; énfasis añadido) MacCormick es menos equívoco en su discusión sobre si puede o no haber una única respuesta correcta a un caso difícil.

Dice que la evaluación consecuencialista " *no* utiliza una única escala de valores mensurables... *Implica múltiples*

criterios ...' (*LRLT* , 252-3; énfasis añadido; ver también 114-15). Debido a que esto es así, entonces en casos difíciles 'nos encontramos enfrentados a un desacuerdo que es en principio imposible enviar a cualquier 'Hércules' teórico para resolución objetiva mediante la entrega de la respuesta correcta' (254). Presumiblemente, la existencia de múltiples escalas para la evaluación de las consecuencias de una decisión significa que no puede haber una única decisión correcta, porque lo que es correcto en una escala puede muy bien ser incorrecto en otra. Considerar esta charla sobre una pluralidad de escalas de evaluación como expresión de un compromiso con la afirmación de incomparabilidad seguramente no es ni injusto ni perverso. Porque si, como parece obvio a partir de las observaciones de MacCormick, él no está planteando los simples puntos de que los juicios de valor a veces pueden ser muy difíciles o estar 'empatados', entonces ¿qué otra cosa -aparte de alguna versión de la afirmación de incomparabilidad- podría tener en mente?

Por lo tanto, parece seguro concluir que MacCormick es un fuerte pluralista de valores y que cree que el pluralismo de valores surge dentro del contexto adjudicativo. ¿Qué evidencia hay para sugerir que Raz comparte esta visión? Se encuentra en su filosofía política y establece más allá de toda duda que él afirma las afirmaciones de pluralidad, conflicto y (como ya sabemos) incomparabilidad (*MF* , caps. 13 y 14).42 La única duda sobre el pluralismo de valores de Raz es ésta: ¿acepta que surge dentro del contexto adjudicativo? La pregunta no es ociosa porque es muy posible afirmar el pluralismo de valores y sostener que algunos segmentos del discurso de valores están fuera de su alcance. Podría ser, por ejemplo, que dentro de un contexto de pluralismo de valores general haya algunos ámbitos en los que solo prevalezca un valor acordado, ámbitos creados por grupos o instituciones específicos o simplemente siendo un producto del consenso. El discurso de valores judicial podría ser uno de esos ámbitos. Dos puntos sirven para mostrar que Raz piensa que no es un ámbito de ese tipo.

La primera señala las observaciones de Raz de que los valores y, en particular, los juicios morales desempeñan un papel dentro del proceso de adjudicación. Hablando de

casos no regulados, Raz dice que "los jueces confían y deberían confiar en su propio juicio moral" (*AL* , 199). Sostiene que "es nuestra opinión normal que los jueces usan argumentos morales... cuando desarrollan la ley" (*AL* , 49). Esos argumentos, cuando se aplican a la cuestión de si una "autoridad" debe ser anulada o no, consisten, *entre otras cosas,* en una evaluación de los beneficios y desventajas de una nueva decisión (*AL* , 190 y 114).43 Por lo tanto, no es sorprendente **(p. 239)** que para Raz "[e]l razonamiento jurídico sea una instancia de razonamiento moral" (*EPD* , 324).44 La naturaleza de los estándares legales con los que operan los jueces garantiza que los valores tengan un papel en la adjudicación. Esto se debe a que, como ya hemos señalado, algunos estándares legales incorporan valores morales y de otro tipo.

Raz acepta esto pero con una salvedad (*EPD* , 227-8). Porque, para mantener su versión del positivismo jurídico, que se basa en la "tesis social fuerte" (*AL* , 45-7), tiene que insistir en que "si bien la regla [o estándar legal] que se refiere a la moralidad es de hecho derecho... la moralidad a la que se refiere no está por ello incorporada al derecho" (*AL* , 46). Esto, por supuesto, no contradice la afirmación de que la adjudicación es un proceso cargado de valores. Simplemente destaca el punto de Raz de que la identificación del derecho no es una cuestión de juicio moral mientras que el proceso de elaboración de leyes, una forma del cual ocurre cuando los jueces deciden casos no regulados, sí lo es. El segundo punto destaca las ocasiones en las que Raz dice que la incomparabilidad surge dentro del contexto adjudicativo. Dice, por ejemplo, que en algunos casos las razones que tienen los jueces para decidir una disputa no regulada de una manera en lugar de otra "son inconmensurables en cuanto a fuerza".

... [;] [n]o es más fuerte ni son iguales en fuerza' (*AL* , 75). Si esas razones son generadas por valores inconmensurables, entonces esto es de esperar. Y Raz de hecho sugiere que los jueces pueden enfrentarse a una elección entre valores inconmensurables (*EPD* , 322-3).

Por lo tanto, resulta razonablemente claro que Raz es un fuerte pluralista de valores y que, sobre la base de afirmaciones como las anteriores, piensa que el pluralismo

de valores surge dentro del contexto adjudicativo. Podemos estar igualmente seguros de que Dworkin no lo cree así. Esto se debe a que, aunque Dworkin hace tanto las afirmaciones de pluralidad como de conflicto, niega:

Aunque a veces con un dejo de ambigüedad: la afirmación de la incomparabilidad. Las afirmaciones de pluralidad y conflicto aparecen muchas veces en la obra de Dworkin. Sostiene que hay una pluralidad de posiciones morales sobre cuestiones como la homosexualidad, la pornografía y el aborto que pueden entrar en conflicto.4

5 También piensa que las concepciones de la buena vida,

que son seguramente aglomeraciones de valores morales y de otro tipo, difieren entre los miembros de la misma comunidad política, siendo esta verdad una de las razones por las que una versión del liberalismo basada en un derecho a la igualdad de consideración y respeto es preferible a cualquier otra.46 Además, la interpretación del derecho de Dworkin contiene muchas indicaciones de que es "protestante".47 Esto significa que las explicaciones del derecho ofrecidas en el curso tanto de la adjudicación como de la teorización dependen de los valores del adjudicador o del teórico y que los valores difieren significativamente entre

miembros de la misma comunidad. Por lo tanto, “por cada ruta que Hércules tomó desde... la concepción general hasta un veredicto particular, otro abogado o juez que comenzó en la misma concepción encontraría una ruta diferente y terminaría en un lugar diferente” (*LE* , 412; véase también 411 y 413).

(p. 240) Por lo tanto, una explicación protestante de la interpretación es aquella que parece respaldar tanto las afirmaciones de pluralidad como de conflicto. Sin embargo, en la obra de Dworkin no hay ningún respaldo a la afirmación de incomparabilidad. En cambio, hay algunas negaciones más o menos calificadas de esa afirmación. Esto no es particularmente sorprendente cuando se observa que el compromiso de Dworkin con la tesis de la respuesta

correcta se une a la afirmación de que la adjudicación de casos difíciles es un proceso cargado de valores. Porque, si Dworkin aceptara la incomparabilidad, entonces, obviamente, sería posible que los valores en juego dentro de la adjudicación fueran incomparables. Siendo así, sería muy difícil, si no imposible, afirmar, sobre la base de algo como la definición de incomparabilidad de Raz, que había una única respuesta correcta en los casos difíciles en los que estaban en juego valores incomparables. No es de extrañar, entonces, que al responder a las críticas de John Mackie, Dworkin diga que "mi tesis [sobre las respuestas correctas y la suposición de que los empates serán raros en casos difíciles]... presupone una concepción de la moralidad distinta de alguna concepción según la cual diferentes teorías morales son frecuentemente inconmensurables".48 Dworkin ha ido más allá en otro lugar, expresando la opinión de que ningún argumento ha establecido aún una inconmensurabilidad generalizada dentro de la teoría moral y política.49 También ha puesto en duda, aunque *en 50* Por lo tanto, es imposible sostener que Dworkin sea un pluralista de valores fuerte. El problema que surge de afirmar esa doctrina, cuya elucidación es el tema de la subsección siguiente, no lo preocupa.

3.2.4 ¿Por qué preocuparse por el pluralismo de valores?

¿Qué se sigue del hecho de que MacCormick y Raz, entre otros teóricos no escépticos de la adjudicación, afirmen un pluralismo de valores fuerte?5

1 En la medida en que los valores y las opciones de valores son inevitablemente parte de la resolución de casos difíciles, y en la medida en que algunos o todos esos valores están en conflicto y son incomparables, entonces algunas opciones judiciales no pueden justificarse racionalmente. Lo que se quiere decir con esto último es que una elección en un sentido o en otro no puede basarse en razones imperiosas: frente a la inconmensurabilidad, la razón es indeterminada. Existe, en relación con estas opciones judiciales, un déficit de racionalidad o justificación. Esto no quiere decir que tales opciones sean aleatorias o arbitrarias.

Las elecciones basadas en razones inconmensurables o entre valores inconmensurables todavía están informadas por la razón y se basan en ella. Sin embargo, frente a la inconmensurabilidad, ninguna elección tiene relevancia en virtud de la razón: no hay ninguna obligación racional **(p. 241)** de elegir *X* en lugar de *Y.* Sin embargo, elegir *X* en lugar de *Y*

no demuestra que favorecer *a Y* sería un error.

Se podría sostener que, no obstante, la elección entre *X* e *Y* es en cierto sentido arbitraria porque no puede hacerse en función de razones. "En cierto sentido" porque la elección, en otro sentido, tal vez el habitual, no es arbitraria en absoluto: hay razones que apoyan tanto *a X* como *a Y* y, por lo tanto, la elección de uno u otro se basa en razones. El sentido amplio sostiene que, como la elección entre *X* e *Y* no está obligada por razones, es arbitraria. Los riesgos de este uso amplio son que el ejemplo central de arbitrariedad llegue a ser ignorado o considerado similar al ejemplo amplio. Esto es preocupante, ya que el ejemplo central es un ejemplo de falta de atención o desprecio por las razones y eso, desde el punto de vista del respeto por la racionalidad, es mucho peor que el ejemplo amplio. En este último, se han alcanzado los límites de las razones; esto presupone que se ha prestado atención a las razones y, al final, se las ha encontrado deficientes. Las decisiones que se toman sin tener en cuenta ninguna razón son muy diferentes; son verdaderamente arbitrarias. Por eso es mejor dejar de lado el sentido amplio de arbitrariedad en favor de algún tipo de expresión como "se ha acabado la razón".

Entonces, ¿qué consecuencia tiene que la razón se agote en aquellos casos difíciles que implican una elección entre inconmensurables? ¿Qué se sigue, en otras palabras, de afirmar que el pluralismo de valores fuertes prevalece en algunos casos de arbitraje? Simplemente esto: que ni MacCormick, ni Raz, ni otros pluralistas de valores fuertes pueden responder fácil y directamente a la segunda parte del desafío escéptico. Se sostiene, recordemos, que no hay ningún método de justificación legal diferente del que prevalece en las disputas abiertas, ideológicas y visionarias sobre los términos básicos de la vida social. Y por "distinto

de", los defensores del desafío quieren decir "más racional que". Si, debido a la inconmensurabilidad generalizada y a aquellas características aparentemente estructuralmente análogas a ella,52 el arbitraje de casos difíciles no está obligado por razones, entonces no puede satisfacer la condición de racionalidad más estricta. Esa condición es una cuestión de ponderar las razones: sostiene que el indicador de racionalidad es que la toma de decisiones y la acción son racionales solo cuando están obligadas por razones. La ponderación de las razones requiere que uno haga *X* por las razones más fuertes disponibles de la clase de razones relevantes; las razones más fuertes para *X* son aquellas que hacen que no hacer *X sea* irracional.

Adjudicación

Dado que la adjudicación en caso de inconmensurabilidad no es arbitraria ni irracional, se la califica como un proceso racional, pero sólo en el sentido de tener razones o de ordenarlas. La primera y más débil versión de la condición de racionalidad, la de tener razones, podría ser fácilmente satisfecha por la adjudicación: casi todas las decisiones que probablemente veamos en casos difíciles están respaldadas por razones. Los jueces simplemente no pueden, de acuerdo con las convenciones institucionales y las expectativas de los ciudadanos, decidir explícitamente los casos por capricho o sobre la base de sus prejuicios. De hecho, un examen minucioso de la adjudicación de casos difíciles en jurisdicciones de derecho consuetudinario sugiere que es racional en **(p. 242)** el sentido más exigente de ordenar las razones. Esta versión de la condición de racionalidad requiere no sólo que las decisiones y las acciones se basen en razones en lugar de prejuicios o corazonadas, sino que se basen en razones genuinas.

Determinar cuáles son y cuáles no son razones genuinas para *X* -ing produce un conjunto de razones adecuadas para *X* -ing, es decir, un conjunto de razones que apoyan *X* -ing, pero de las cuales no puede decirse que una o más requieren *X* -ing. Dado que no puede decirse que una o más razones requieren *X* , entonces no es irracional abstenerse de *X* -ing frente a razones adecuadas para *X* -ing. Esta es

seguramente la misma situación a la que se enfrentan los jueces (o cualquier otra persona) al decidir entre inconmensurables.

La existencia de inconmensurabilidad en la resolución de conflictos implica que el proceso puede ser racional en el sentido de tener razones y de clasificarlas, pero no en el sentido de sopesarlas. Por lo tanto, es poco probable que la resolución de conflictos sea más racional que muchos medios no legales y no arbitrarios de formular y resolver disputas. Las posiciones adoptadas en disputas y foros políticos, o asumidas en la negociación y la mediación, y los votos emitidos en las urnas, probablemente sean racionales en el sentido de tener razones y de clasificarlas. De hecho, cuanto más formales y públicos sean estos otros medios de formulación y resolución de disputas, más parecen diseñados para marcar el paso de la toma de decisiones sobre la base de tener razones a la de clasificarlas. El objetivo de las reglas de orden y participación seguramente no es sólo garantizar a los participantes una voz en el proceso de toma de decisiones, sino también crear un entorno en el que sus razones puedan articularse y ponerse a prueba en el debate.

Muchos juristas no escépticos piensan que es un error esperar que la adjudicación de casos difíciles satisfaga un estándar de racionalidad más alto que el de clasificar las razones. Esta modesta respuesta al desafío escéptico a menudo ha dependido de argumentos más bien débiles.53 Sin embargo, hay una explicación filosóficamente ambiciosa de la naturaleza de la razón práctica, la agencia y la voluntad que *parece* , pero en última instancia no lo es, más capaz de respaldar la respuesta modesta. Pertenece a Raz. Él defiende una concepción clásica de la agencia y la voluntad que sostiene "que la acción humana paradigmática es aquella que se lleva a cabo porque, de todas las opciones que el agente considera racionalmente elegibles, elige realizarla" (*ER* , 47).54 Por el contrario, la concepción racionalista "sostiene que la acción humana paradigmática es aquella que se lleva a cabo porque, de todas las opciones abiertas al agente, fue, en la opinión del agente, apoyada por la razón más fuerte" (ibid.).

La última concepción “considera que la razón exige la acción, mientras que la [primera] considera que la razón hace que las opciones sean elegibles” (ibid.). En la concepción clásica, se puede elegir cualquier opción del abanico de opciones elegibles identificadas por la razón, y es la voluntad del agente la que determina cuál: esta concepción “considera que las elecciones y acciones típicas están determinadas por una voluntad que está informada y limitada por la razón pero que desempeña un papel autónomo en la acción”.

(*ER* , 48). En la teoría racionalista, la voluntad no tiene tal autonomía (o tiene muy poca). La voluntad puede, desde esta perspectiva, ser **(p. 243)** muy similar a lo que es desde la perspectiva clásica, es decir, un compuesto de socialización, rasgos profundamente arraigados y "evaluación profunda", pero es esencialmente un producto de la razón o está completamente encadenada a ella.5

5 La visión clásica

considera la voluntad como una veleta que señala a los agentes en una u otra dirección dentro del campo de las razones adecuadas. Sin embargo, el viento de la razón no determina completamente, según esta perspectiva, la dirección de la veleta, mientras que, según la perspectiva racionalista, ninguna otra fuerza puede o debe moverla. Dado que la concepción clásica permite que las razones para las opciones elegibles puedan ser en cierto sentido inertes, acomoda cómodamente la inconmensurabilidad al permitir que la voluntad de un agente tenga el poder de conferir prominencia a una razón u opción inconmensurable sobre otra (*ER* , 48-9). Según la explicación racionalista, la inconmensurabilidad es solo una posibilidad perturbadora y rara en el razonamiento práctico.

Es evidente que existe una correlación obvia entre la concepción clásica de la razón, la agencia y la voluntad y la condición de racionalidad entendida como una cuestión de clasificación de razones; también hay una superposición clara entre la concepción racionalista y la condición de racionalidad entendida como una cuestión de ponderación de razones. Situar las dos versiones de la condición de

racionalidad dentro del contexto más amplio de diferentes concepciones de la razón, la agencia y la voluntad puede aumentar su plausibilidad. Derivan un grado de apoyo de estas concepciones porque se demuestra que tienen resonancia con varias otras creencias relacionadas. Además, una u otra versión de la condición de racionalidad podría verse socavada en algún grado por este proceso. En particular, si la explicación de Raz de la concepción clásica de la razón, la agencia y la voluntad es poderosa, y sus objeciones a la explicación racionalista convincentes, una defensa de la versión estricta de la condición de racionalidad parece poco probable. De hecho, si se admite que la concepción clásica es

Adjudicación

Aunque es poderosa porque resuena mejor que la alternativa con nuestra experiencia de elección y acción en la mayoría de las situaciones ordinarias, emprender una defensa de este tipo comienza a parecer un trabajo de Canuto. Sin embargo, aquí se intentará una defensa parcial que consta de dos pasos.

La primera explica por qué la defensa es parcial. Hemos señalado que la concepción racionalista sostiene que la razón exige u obliga a realizar acciones, mientras que en la concepción clásica la razón normalmente simplemente destaca las acciones que pueden ser objeto de la defensa.

Pero sería un error considerar que esto constituye una frontera impermeable entre las dos concepciones. Raz señala acertadamente que incluso en la concepción clásica la razón a veces puede exigir u obligar a la acción:

Ejercitamos nuestra voluntad cuando respaldamos el veredicto de la razón de que debemos *realizar* una acción, y lo hacemos, ya sea voluntariamente, de mala gana o lamentando la necesidad, etc. Sin embargo, según la concepción clásica, *el ejercicio* o manifestación más típico de la voluntad es elegir entre opciones que la razón simplemente hace elegibles. (*ER* , 48; énfasis añadido)

Como la razón puede a veces funcionar de esta manera en la concepción clásica, se podría plantear una defensa de

una versión estricta de la condición de racionalidad desde dentro de esa misma concepción **(p. 244)** . Eso es lo que se hace a continuación. Sin embargo, Raz puede estar insinuando una verdad más profunda al aceptar que los ecos de la concepción racionalista se encuentran dentro de la concepción clásica o pueden ser acomodados por ella. La verdad puede ser que ambas concepciones sean hasta cierto punto parte de la estructura de nuestro razonamiento práctico, aunque cada una tenga un contexto en el que es más apropiada que la otra y cada una se extienda a menudo equivocadamente más allá de ese contexto. Por lo tanto, sus objeciones a la concepción racionalista podrían leerse no como refutaciones completas de esa concepción, a la que en realidad no se parecen, sino más bien como quejas sobre su sobreextensión. Sin embargo, el que esta línea de pensamiento sea útil o plausible no tiene por qué detenernos más, ya que la defensa de la versión estricta de la condición de racionalidad que sigue no se basa en ella.

El segundo paso de la defensa consiste en destacar algunos contextos en los que podría considerarse deseable que las decisiones y acciones estén obligadas por razones. Por lo tanto, muestra situaciones en las que la concepción clásica adopta una explicación inusualmente estricta de la racionalidad (ponderando la(s) razón(es)) o en las que opera la concepción racionalista de la razón práctica, la agencia y la voluntad. Sin embargo, hablar de "situaciones" y "contextos" es un poco engañoso aquí, ya que el factor crucial que determina nuestra preferencia por decisiones y acciones obligadas por razones, en lugar de basarse en ellas, es la gravedad de las consecuencias de la decisión o acción. Cuando tal decisión o acción tiene un efecto vital y significativo sobre otros, en el sentido de que tiene un impacto inmediato y adverso sobre las oportunidades y la calidad de vida de quienes se ven afectados por ella, se requiere un nivel más alto de racionalidad que el de las decisiones y acciones "ordinarias". Hay al menos dos situaciones conocidas en las que se toman acciones y decisiones con estas consecuencias.

El primero se refiere al proceso de toma de decisiones que conduce a la adopción de uno u otro procedimiento médico grave e invasivo. Un médico (A *)* tiene motivos para hacer

X , donde *X* es salvar la vida de *B* y la vida de *B* está amenazada por *Z.*

Imaginemos que *Z* es causada por *c* o *d* , y si es causada por *c* la forma de hacer *X* es *p* , mientras que si es causada por *d* , la forma de hacer *X* es *q* . Si se puede decir que *A* tiene razones adecuadas para hacer *p* o *q* , ¿sería aceptable que la voluntad de A —que está «informada y limitada por la razón pero desempeña un papel autónomo en la acción» (*ER ,* 48)— determine qué tratamiento se adopta? Parece poco probable que así sea. Parece totalmente apropiado que la voluntad de *A* determine las razones por las que actúa cuando decide si irse de vacaciones a esquiar o a hacer senderismo, si ir al cine o quedarse en casa leyendo, o incluso decisiones más importantes como si tener o no hijos o qué carrera seguir. Estas decisiones, aunque sin duda en cierta medida tienen que ver con los demás, pertenecen a la esfera personal y parece extraño exigir la adhesión a un estricto estándar de racionalidad en ellas, esencialmente porque hacerlo desnudaría la "autenticidad" de las decisiones de *A* , robándoles las marcas de su carácter.56 Todo lo que se requiere para que estas decisiones **(p. 245)** sean inteligibles y justificables es el conocimiento de las razones que tiene *A* para tomarlas y el conocimiento del carácter de *A.*

Cuando *A* toma una decisión médica del tipo previsto, las cosas parecen muy diferentes. En primer lugar, porque su papel con respecto a *B* es claramente uno que le confiere un poder significativo y una autoridad (intelectual) sobre *B.* En segundo lugar, porque los efectos de la decisión y la acción de *A sobre B* no podrían ser más significativos. Por estas razones al menos, la toma de decisiones de *A* podría ser sujeta a un estándar de racionalidad más alto que en la esfera personal. Podríamos exigir que la decisión entre *p* y *q* se tome no sobre la base de la voluntad de *A , sino sobre la base de los esfuerzos de A* por establecer razones convincentes para *p* o *q* . Este requisito, por supuesto, no garantiza que realmente habrá una decisión.

Adjudicación

razones convincentes para elegir *p* o *q* : las razones para *p* y para *q* podrían al final ser inconmensurables.

Pero insistir en la búsqueda de razones convincentes excluye un recurso algo apresurado a la voluntad de *A* como fuerza motriz de la decisión y la acción. La gravedad o seriedad de la decisión, su naturaleza obviamente orientada hacia los demás y el hecho de que, al tomarla, *A* ocupa un papel con un poder significativo sobre *B* , parecen exigir al menos esto.

Afirmar que en esta situación de decisión *A* tiene simplemente la tarea de convertir las razones condicionales en razones no condicionales no reduce el poder del argumento. Podría decirse que *A* tiene una razón condicional para hacer *p* y *q,* pero que una reflexión más profunda muestra que en realidad tiene una razón no condicional para hacer *p* . Esto no afecta en absoluto al punto de que en situaciones como estas es razonable esperar que la decisión sea obligada por razones en lugar de basarse en ellas, si se acepta que la diferencia entre una razón condicional y una razón no condicional es algo así como la que existe entre una razón adecuada y una razón imperiosa. Esta última, recuérdese, es una razón que exige una acción y, si no se actúa en consecuencia, fundamenta una acusación de irracionalidad. La primera confiere elegibilidad a una u otra opción, pero no la exige; por lo tanto, no tomar la opción no fundamenta una acusación de irracionalidad. Si una razón condicional es inerte de la misma manera que una razón adecuada, y por lo tanto no conduce a la acción hasta que se satisface la condición o hasta que se pone en juego la voluntad, la analogía parcialmente es válida. Si una razón no condicional requiere acción, entonces la analogía es completa.

La segunda situación en la que se podría requerir que la decisión y la acción satisfagan el estándar más estricto de racionalidad comparte todas las características de la primera: la decisión del que toma la decisión (*J*) tiene en cuenta a los demás; *J* normalmente tiene autoridad intelectual sobre aquellos afectados por la decisión (*P* y *D*); y la decisión y la acción de *J tienen consecuencias extremadamente significativas para las vidas de P* y *D.* Sin embargo, existe la siguiente diferencia: a menudo se piensa

que *J* , a diferencia de *A* , tiene autoridad política sobre aquellos afectados por sus decisiones. A menudo se supone que *P* y *D* tienen la obligación de aceptar la decisión de *J y la obligación de no frustrar las acciones que se derivan de ella. J* es, por supuesto, un juez y la acción-cum-decisión es una decisión judicial. Puesto que «la interpretación jurídica [a menudo] tiene lugar en un campo de dolor y muerte», puesto que «los actos interpretativos jurídicos señalan y ocasionan la imposición de violencia sobre otros», no es más apropiado **(p. 246)** permitir que la voluntad o el carácter del que toma la decisión determine la elección entre opciones aquí que en el ejemplo médico.57 Si *J* tiene razones para decidir a favor de *P* y razones a favor de *D* , parece razonable esperar que *J* determine qué conjunto de razones es el más importante (lo que equivale a analizar si el caso es de hecho uno que involucra un conflicto entre inconmensurables) o que evite la decisión por completo. ¿Por qué?

Porque la alternativa a estas dos posibilidades es que la voluntad o carácter de *J determina la elección entre opciones.*

Además, ciertas expectativas y supuestos que se correlacionan con la idea, ciertamente difícil, del imperio de la ley apoyan esta idea. Tomemos, por ejemplo, la afirmación de que es deseable ser gobernado por el imperio de la ley y no por el imperio de los hombres. A pesar de los absurdos obvios que una interpretación literal de esta idea podría generar, una cosa que parecería bastante sensatamente respaldar sería que la interpretación y aplicación de la ley no dependa de la voluntad o el carácter (o, podríamos agregar, de los sesgos o prejuicios) de los jueces. Ciertamente, parece inadecuado que la voluntad de ciertos individuos determine las razones que desencadenan el poder coercitivo del Estado. La situación sería tal vez menos preocupante desde el punto de vista moral si la decisión que desencadena tal fuerza estuviera impulsada por razones.

Raz aprecia las dificultades de permitir que la voluntad de los jueces determine sus decisiones:

[e]l hecho de que... [las decisiones judiciales] sean tomadas por instituciones burocráticas, por personas que no actúan por sí mismas sino que cumplen un papel de confianza, da lugar a ciertas consideraciones adicionales. Puede ser inaceptable que las personas, cuando actúan como jueces, simplemente expresen su voluntad, su inclinación o gusto favoreciendo una solución sobre otra. ... [P]uede ser inaceptable que sus gustos privados determinen las reglas sobre los deberes de divulgación de información en la formación de contratos, o los estándares de cuidado en caso de negligencia. Si es así, necesitamos un sistema artificial de razonamiento que pueda ayudar a determinar los casos en los que se agote la razón natural, asegurando así al público que las decisiones no son una mera expresión de la preferencia personal de parte de los jueces. (*EPD* , 323)

Estas observaciones sólo suscitan dos objeciones: en primer lugar, que a la luz del argumento anterior son excesivamente vacilantes y, en segundo lugar, recurrir a una razón artificial del derecho es confuso e innecesario. Confuso porque sus componentes —«razones doctrinales, razones de sistema, simplicidad local y coherencia» (*EPD* , ibid.)— son los que probablemente sean menos útiles en casos difíciles y porque las afirmaciones sobre la razón artificial del derecho a menudo sirven para mistificar en lugar de aclarar. Raz se ve obligado a buscar esa razón artificial del derecho porque piensa que «la razón natural se agota».

(*EPD* , 324). Esto no es sorprendente si concibe la razón natural según los lineamientos del modelo clásico de la razón práctica, la agencia y la voluntad, ya que según esta concepción la inconmensurabilidad generalizada es posible y probable, y la razón no puede obligar a elegir entre inconmensurables. Pero en lugar de invocar en ayuda de este caso alguna extraña y artificial razón jurídica, Raz podría **(p. 247)** invocar en cambio el modelo racionalista de la razón práctica, la agencia y la voluntad y aceptar que

prevalece en este contexto y que podría prevalecer en otros. De ahí el recurso a alguna

La "razón artificial" de la ley es innecesaria. Sin embargo, la plausibilidad de este punto depende enteramente de la suposición de que tanto las concepciones racionalistas como las clásicas están arraigadas en nuestra razón práctica, que ninguna es irremediablemente errónea y que cada una puede traer ventajas en diferentes contextos. Por supuesto, el argumento general de esta sección no necesita girar en torno a este punto, ya que ya se ha señalado que Raz aparentemente respalda la posibilidad de que incluso la concepción clásica pueda requerir que algunas acciones y decisiones estén obligadas por razones. El argumento simplemente destaca algunas situaciones en las que este requisito parece justificado.

Es hora de hacer un resumen. Esta sección comenzó con un análisis de la condición de racionalidad. Luego se mostró que la existencia de inconmensurabilidad en la adjudicación de casos difíciles garantiza que la adjudicación no puede ser racional en el sentido estricto: no puede satisfacer la condición de racionalidad más estricta. Una consecuencia es que parte del desafío escéptico no puede silenciarse rápida y fácilmente. Luego se consideró un argumento que podría haber apoyado una respuesta modesta al desafío escéptico. La respuesta sostiene que es un error esperar que la adjudicación sea racional en el sentido estricto. Se mostró que el argumento que se cree capaz de apoyar esa respuesta lo hace solo de manera limitada y que, en la medida en que el argumento acepta que a veces es apropiado exigir que las decisiones y acciones sean impuestas por razones, en realidad socava la respuesta modesta. También se descubrió la siguiente rareza. Raz, el autor del argumento que parecía apoyar, pero no lo hizo, la respuesta modesta, demuestra la necesidad de que la adjudicación satisfaga la condición de racionalidad más estricta y también afirma que la inconmensurabilidad es un factor significativo en la adjudicación. Con ello parece socavar la posibilidad de que la adjudicación satisfaga una condición de racionalidad tan estricta. Se trata de una posición difícil de sostener, que sin duda requiere más aclaración y respaldo.

4 La condición de legitimidad

4.1 La pregunta

¿Podría sostenerse que, aunque las decisiones judiciales basadas en la inconmensurabilidad no pueden satisfacer la condición de racionalidad más estricta, son no obstante legítimas y crean una obligación de actuar de acuerdo con su contenido? Hacerlo podría minimizar la incomodidad causada por el déficit de racionalidad descubierto en la Sección 3 y también responder a la primera parte del desafío escéptico. Esta estrategia **(p. 248)** depende para su éxito de: (i) una explicación plausible de los contornos conceptuales y normativos de la noción de autoridad legítima; (i) la aplicabilidad de tal explicación a decisiones judiciales racionalmente indeterminadas. Nuestra conclusión es que los argumentos para apoyar la estrategia carecen de plausibilidad. Antes de pasar a esos argumentos en la siguiente subsección, deben aclararse dos puntos.

En primer lugar, debemos tener claros los contornos de la condición de legitimidad. Esta sostiene que las proposiciones de derecho pueden, en algunas circunstancias, generar una obligación de obedecer, de actuar de acuerdo con su contenido. (Nótese que en esta formulación y en las que siguen, "autoridad" y "legitimidad" se usan indistintamente; nos interesa principalmente la autoridad legítima, no la *de facto* , aunque probablemente sea cierto que cualquier persona o grupo que tenga la primera necesita la segunda.) En cambio, los escépticos aparentemente respaldan la condición de ilegitimidad: simplemente niega que las proposiciones de derecho -judiciales o estatutarias- puedan ser autoritativas. Esto, sin duda, subyace al apoyo de los escépticos a otros medios de formulación y resolución de disputas.

A menudo se piensa que afirmar la condición de racionalidad nos compromete a afirmar la condición de legitimidad. Puesto que esta última sostiene que las decisiones judiciales y otras fuentes de proposiciones de derecho pueden en algunas circunstancias ser autoritativas, es decir, pueden generar una obligación de obedecer y, por lo tanto, presumiblemente dar buenas razones para actuar de acuerdo con su contenido, depende

de la verdad de la condición de racionalidad. Ahora bien, las circunstancias en las que las proposiciones de derecho pueden tener autoridad variarán según la explicación de la autoridad política que se adopte y hay muchas de esas explicaciones disponibles para nosotros, siendo más o menos plausibles. Sin embargo, dada la estrecha relación entre la autoridad intelectual y la práctica (de la que la autoridad política no es más que una especie), parece plausible sostener que una condición para esta última es que la regla o dirección ofrecida como autoritativa sea justificable en principio y

práctica. De esta manera podemos llegar a pensar que afirmar la condición de racionalidad implica la condición de legitimidad.

Esto sería un error, ya que el cumplimiento de la condición de racionalidad es sólo una de las posibles condiciones para que una norma o directiva tenga autoridad legítima y, en tal caso, quizá ni siquiera sea una condición necesaria. Al menos, así es si aceptamos que las normas, directivas o decisiones erróneas pueden tener autoridad y, por lo tanto, generar una obligación de obedecer. A la espera de un análisis más exhaustivo de esta posibilidad, parece sensato trazar una clara línea divisoria entre las condiciones de racionalidad y legitimidad.

El segundo punto es que, aunque la cuestión que se aborda aquí —¿pueden ser legítimas las decisiones judiciales racionales e indeterminadas (las que se basan en una elección entre valores inconmensurables)?— parece desarmadoramente simple, no hay una respuesta fácil disponible. Esto se debe a que la pregunta trae consigo al menos otras dos que sólo se pueden separar en un sentido heurístico: conceptualmente, ¿qué implica la noción de autoridad? Normativamente, ¿cómo, exactamente, se puede justificar la autoridad? 58 Responder a estas preguntas conceptuales y normativas resultará aún más difícil si los juristas y los filósofos no están de acuerdo sobre los contornos del concepto de autoridad legítima y la mejor justificación para ella.

(p. 249) De hecho, hay muchas explicaciones de la legitimidad compatibles con explicaciones no escépticas del derecho y la adjudicación que las limitaciones de tiempo y espacio dictan que no pueden ser consideradas. Además, otras consideraciones también reducen la lista de candidatos para su consideración.59 Así, por ejemplo, la explicación de la autoridad de Dworkin es significativamente incompleta. Su objetivo es llevar la noción de obligación fraternal o asociativa a un lugar más alto en la agenda de la filosofía política y jurídica y mostrar que esa noción puede sustentar una obligación de obedecer la ley. Esto es loable ya que

"Pide a quienes cuestionan la posibilidad misma de la legitimidad política que amplíen su ataque y nieguen todas las obligaciones asociativas o muestren por qué la obligación política no puede ser asociativa. Pide a quienes defienden la legitimidad que pongan a prueba sus afirmaciones en un campo de argumentación nuevo y ampliado" (*LE* , 207). Pero la incompletitud del argumento es evidente en este punto preciso, ya que el vínculo entre las obligaciones asociativas y la obligación de obedecer la ley parece problemático.

Demostrar esto no requiere negar la existencia o importancia de obligaciones asociativas, como las que surgen en virtud de vínculos familiares, religiosos o geográficos, así como las que surgen de otros roles que los agentes pueden desempeñar. Es indudable que pocas de estas obligaciones, si es que hay alguna, son plenamente consensuales y, por lo tanto, es improbable que su poder vinculante derive de las decisiones de los agentes. Sin embargo, parece que estas obligaciones son cualitativamente diferentes de las que implica la obligación de obedecer la ley del Estado contemporáneo: entre adultos, las obligaciones fraternales rara vez, o nunca, vienen acompañadas de una gran capacidad coercitiva. El incumplimiento de las obligaciones fraternales no activa por definición el aparato coercitivo del Estado, aunque, por supuesto, podría conducir a alguna sanción informal dentro del grupo o comunidad en el que se aplica la obligación. Sin embargo, la obligación de obedecer la ley es, en principio, una obligación que conlleva coerción. Esto no quiere decir que cuando uno no cumple con esa obligación siempre se

produce coerción: nada podría estar más lejos de la verdad en las sociedades contemporáneas. Pero esto quiere decir que, en principio, tal coerción siempre puede seguir, por definición. Porque lo que marca la ley y la obligación que reclama como distintiva en nuestro razonamiento práctico es su exigencia preemptoria -respaldada por la fuerza- de obediencia. La ley rara vez se nos presenta en forma de peticiones condicionales - "si no le importa, por favor conduzca a 30 km/h"-.

mph'—sin ninguna sanción adjunta.

El punto es que la obligación de obedecer trae consigo una gama más peligrosa y amenazante de poder coercitivo que la que existe dentro de los contextos fraternales. No hay necesidad de pretender que la fuerza y la coerción no existen en los contextos fraternales: conocemos monstruosidades llevadas a cabo en familias, a menudo en nombre de la obligación filial **(p. 250)** o relacionada. Sin embargo, tomado en conjunto, el poder disponible para el Estado parece mucho más generalizado y amenazante, y la opción de salida mucho más difícil de acceder. Aunque a menudo se dice que uno puede elegir a sus amigos pero no a su familia, también es necesario señalar que es más fácil escapar o incluso cambiar de familia que evitar el poder coercitivo del Estado. Por lo tanto, si bien la obligación fraternal es claramente una característica importante de nuestra vida y tiene aspectos coercitivos, el intento de justificar o incluso explicar la obligación política con referencia a ella pasa por alto una diferencia muy significativa entre ellas.

El argumento de Philip Soper en favor de la autoridad es incompleto porque no genera una explicación plausible prima facie de la naturaleza de la obligación de obedecer la ley. Sostiene que “las características que deberían ser suficientes para establecer la obligación política... son (1) el hecho de que la empresa del derecho en general – incluido el sistema particular, por defectuoso que pueda ser, al que se enfrenta un individuo– es mejor que ninguna ley en absoluto; y (2) un esfuerzo de buena fe por parte de los responsables de gobernar en interés de toda la comunidad, incluido el individuo disidente”.60 En cuanto a

la segunda característica, “es la reivindicación de justicia, más que [*sic*] la justicia de hecho” lo que es significativo.6

1 El problema de Soper es hacer la transición

Adjudicación

Desde cualquiera de estas afirmaciones hasta la afirmación de que efectivamente existe una obligación de obedecer, parece que ambas afirmaciones pueden aceptarse, pero la cuestión de si existe una obligación de obedecer no puede responderse afirmativamente. Algunos piensan que lo máximo que establece Soper es que la existencia de una directiva legal es un factor, entre otros, que incide en el proceso de razonamiento práctico. Puede influir en nuestra decisión de actuar o no de una manera particular, pero no nos da una razón protegida o excluyente para la acción. 62 Y, si las directivas legales no generan una razón de este último tipo, ¿cómo, entonces, puede decirse que generan una obligación?

Más allá de esta dificultad, un análisis más profundo de la posición de Soper revela que dos argumentos podrían generar la supuesta obligación de obedecer. Uno es un deber que se deriva del hecho de que se necesita hacer un trabajo —el trabajo de coordinación autoritativa— y, dado que los creadores de directivas legales están haciendo ese trabajo de buena fe, debemos obedecerlos. El otro es un deber de no frustrar ni molestar a las personas que están haciendo lo mejor que pueden. Si los creadores de directivas legales están haciendo lo mejor que pueden, de buena fe, entonces debemos obedecerlos. Sin embargo, ninguno de los argumentos por sí solo parece convincente ni está claro que puedan combinarse de manera consistente. Finalmente, nótese que cada argumento que apoya la obligación de obedecer solo tiene peso, según Soper, si es realmente cierto que la empresa del derecho es en general mejor que ninguna ley. Soper supone esto, pero no parece apreciar **(p. 251) la naturaleza problemática de la suposición.** Podría parecer razonable si se pusiera la baraja en contra de un anarquismo razonable y pacifista suponiendo, como suele hacer Soper, que las opciones en

este caso son la ley o el estado de naturaleza más solitario, más repugnante y más brutal. Este contraste es difícilmente sostenible. Como sabemos por los antropólogos legales, la distinción se plantea mejor en términos de regulación y protección jurídica "formal" en oposición a costumbres y normas sociales "informales". Es poco probable que una elección entre estas dos posibilidades se haga de manera obvia y siempre a favor de la primera.

4.2 Convencionalismo modificado

¿Qué sucede con las restantes teorías de la legitimidad? Nos centraremos en las teorías de la autoridad que ofrecen Raz y MacCormick, porque su trabajo sobre la adjudicación hizo necesario un análisis de la condición de legitimidad. No están de acuerdo en todos los aspectos de la naturaleza y la justificación de la autoridad. En particular, MacCormick no comparte la teoría de Raz sobre la naturaleza de las razones para la acción que generan las autoridades, aunque los fundamentos de este desacuerdo aún deben analizarse a fondo.63 Sin embargo, ambos ofrecen teorías similares de la autoridad en el sentido de que consideran crucial para la justificación de la autoridad la capacidad de una supuesta autoridad para resolver problemas de coordinación o cooperación. Sin embargo, cabe señalar que las observaciones de MacCormick sobre la autoridad plantean un problema que Raz evita. Se trata de que el argumento basado en la capacidad para resolver problemas de coordinación o cooperación (siguiendo la práctica habitual, llamemos "convencionalistas" a esas teorías de la naturaleza y la justificación de la autoridad) invita a una serie de objeciones que MacCormick no hace nada por refutar.64

En cambio, la teoría de la autoridad de Raz evita los problemas que afectan a las teorías convencionalistas tradicionales modificando una de sus características fundamentales. Por lo tanto, su teoría debería ser etiquetada como convencionalismo modificado.

'Convencionalismo', porque comparte dos características con las teorías convencionalistas estándar de la autoridad, a saber, un énfasis en el papel de las autoridades prácticas en la solución de problemas de coordinación y la afirmación

de que el contenido de las soluciones a tales problemas (su corrección o incorrección sustantiva) no siempre determina su éxito *como* soluciones. 'Modificado' **(p. 252)** , porque la noción de un problema de coordinación se entiende aquí de una manera no estándar.

El convencionalismo modificado es una explicación de la autoridad práctica y no teórica. Es decir, se concentra en la naturaleza y la justificación de las autoridades que pretenden generar razones para la acción y no, o no exclusivamente, aquellas que generan razones para las creencias. Esto no significa negar que las razones para la acción y las razones para las creencias puedan estar estrechamente relacionadas ni que existan grados de superposición entre la autoridad teórica y la práctica.6

5 Por ejemplo, el

La directiva autoritativa 'haz X ' es, por supuesto, una razón para creer que una autoridad ha emitido esa directiva y la declaración de un experto en meteorología de que lloverá es una razón para tomarse el paraguas. Pero es muy posible que algunas razones para creer no tengan ningún impacto en las razones para actuar que tienen los agentes. Las razones para creer que hay un noveno planeta en el sistema solar tendrán poca o ninguna influencia en el razonamiento práctico de los agentes que no están en lo más mínimo interesados en la astronomía. Según Raz, la autoridad práctica impacta en el razonamiento práctico de los agentes de una manera dramática: para que una persona o un grupo tenga autoridad práctica sobre otro implica tener 'un derecho a gobernar, cuando eso se entiende como correlacionado con una obligación de obedecer por parte de aquellos sujetos a la autoridad' (*MF* , 23). Este derecho a gobernar crea obligaciones para actuar independientemente del cálculo que uno haga de los méritos o deméritos de la acción en cuestión. Las expresiones autoritativas son, para los agentes sujetos a ellas, razones excluyentes: es decir, 'razones 66

por no actuar según el balance de razones que ellos ven, incluso cuando tienen razón'.66 Por supuesto, esto no excluye que los agentes determinen lo que creen que se requiere según el balance de razones. Más bien, excluye que los agentes

el cumplimiento de las directivas autorizadas está condicionado a la ponderación de las razones a favor y en contra.

Además, las razones por las que actúa una autoridad son, en un sentido importante, razones aplicables a los agentes sujetos a la autoridad. Así, aunque los agentes sujetos a la autoridad deben hacer lo que la autoridad dice sólo porque la autoridad así lo dice, esta directiva es el resultado de la ponderación por parte de la autoridad de las razones que son aplicables a los propios agentes. Cuando una autoridad dice 'haz *X* ', eso 'no es... sólo otra razón que se añade a las otras cuando uno considera qué manera [hacer *X* o no *X*] está mejor respaldada por la razón. La... decisión [de la autoridad] está destinada a basarse en las otras razones, a resumirlas y a reflejar su resultado' (*MF* , 41). Por tanto, las directivas autoritativas generan razones que también son 'razones dependientes' (ibid.), donde lo que se quiere decir es que esas directivas se basan en la evaluación de la autoridad de las razones a favor y en contra de la conducta, razones que son aplicables tanto a los agentes como a la autoridad. Además, las decisiones y directivas autoritativas son "razones preventivas" en el sentido de que "reemplazan las razones de las que... [dependen] [...]: [l]a cuestión es que las razones en las que se podría haber confiado para justificar la acción antes **(p. 253)** ... [la] decisión no pueden confiarse en ellas una vez que se ha dado la decisión" (*MF* , 42). Dentro del razonamiento práctico de los agentes, la decisión de la autoridad reemplaza esas razones. Por lo tanto, no es simplemente una razón para que se tome una acción junto con las otras razones para esa acción.

La manera en que se puede justificar la autoridad, según Raz, es a través de "la tesis de la justificación normal".67 Sostiene que

La manera normal de establecer que una persona tiene autoridad sobre otra persona implica mostrar que es probable que el supuesto sujeto cumpla mejor con las razones que se le aplican (distintas de las supuestas directivas autoritativas) si acepta las directivas de la supuesta autoridad como vinculantes desde el punto de vista autoritativo y trata de seguirlas, en lugar de tratar de seguir las razones que se le aplican directamente. (*MF* , 53) Claramente, esta manera de justificar la autoridad funciona sólo si es cierto, primero, que las autoridades invocan razones dependientes y, segundo, que las autoridades están en realidad mejor situadas que los agentes sujetos a ellas para reconocer las razones que tienen los agentes para actuar. No tiene por qué ser el caso de que las autoridades, para estar justificadas, deban ser *siempre* más capaces que los agentes para determinar las razones que tienen los agentes. Más bien,

[u]na autoridad está justificada... si es *más probable que actúe correctamente por razones correctas que sus súbditos* ... Si cada vez que una directiva es errónea, es decir, cada vez que no refleja la razón correctamente, fuera cuestionable como errónea, la ventaja obtenida al aceptar la autoridad como una guía más confiable y exitosa para la razón correcta desaparecería. (*MF* , 61; énfasis añadido)

Las autoridades no necesitan ser infalibles para ser legítimas.

¿En qué casos las autoridades están en mejores condiciones que los propios agentes para determinar las razones que tienen los agentes para actuar? El caso más obvio será aquel en el que la autoridad no es sólo una autoridad práctica sino también teórica. En esta situación, la pericia de la autoridad asegurará por definición que esté en mejor posición que los agentes para determinar qué razones son y cuáles no son aplicables. Otra situación, más compleja, en la que una autoridad puede estar en mejores condiciones que los propios agentes para determinar las razones aplicables a los agentes es aquella en la que la coordinación entre agentes es necesaria para asegurar que se obtengan ciertos beneficios.68 En esta situación, la autoridad debe ser mejor que los agentes para determinar cuándo existen problemas de coordinación y cómo pueden

resolverse. En este caso, la coordinación no debe entenderse en términos técnicos, de teoría de juegos, sino como una idea de sentido común entendida así.69 La coordinación "significa conseguir que las personas actúen de maneras que sean sensibles a la forma en que otros son guiados, o es probable que actúen, de modo que se puedan esperar beneficios **que** son menos probables si actúan sin coordinar sus esfuerzos, es decir, sin basar sus propias acciones en una visión de cómo deberían o es probable que actúen otros".70 La coordinación en este sentido puede ser deseable por al menos dos razones. En primer lugar, puede garantizar que se logre un bien que se perdería si los agentes intentaran lograrlo sin coordinar sus esfuerzos. En segundo lugar, aunque la coordinación puede no marcar una diferencia en el logro o no de un bien particular (por ejemplo, porque una minoría puede lograrlo), es deseable, no obstante, que todos los agentes se coordinen y contribuyan a lograr el bien por razones de justicia o moralidad (por ejemplo, es injusto que la minoría asuma la carga de lograr el bien aunque pueda).

Obsérvese que en esta segunda situación la afirmación de que las autoridades pueden ser mejores que los agentes para saber cuándo es necesaria la acción de un agente es infundada.

Adjudicación

La coordinación surge y la forma en que se debe satisfacer esa necesidad se basa tanto en la experiencia de la autoridad (o autoridad teórica) como en la debilidad o falta de experiencia de los agentes. Raz imagina a los agentes razonando así:

[c]ociendo los límites de mi conocimiento y comprensión, y siendo consciente del peligro de que mi juicio se vea afectado por sesgos, y mi actuación por la debilidad de mi determinación, soy consciente de la posibilidad de que otra persona, u organización, pueda estar mejor capacitada para juzgar cuándo existen razones fuertes o suficientes para una coordinación social en la que yo deba participar.71

Si esa otra persona u organización está libre de prejuicios y tiene una voluntad más fuerte que el agente, entonces hay

buenas razones para seguir sus directivas:

[e]n tal caso, debería adoptar una regla para seguir las instrucciones de esa persona o entidad, para considerarlas autoridades dentro de ciertos límites específicos. La regla estará justificada por el hecho de que seguirla me llevará a participar en un comportamiento social coordinado justificado de manera más confiable que si tratara de decidir por mí mismo cuándo existen las condiciones de un problema de coordinación y cuándo debería seguir un cierto curso de conducta como una forma de participar en una práctica coordinada justificada.72

Ahora bien, si es el caso de que muchas personas están en la posición de este agente particular, entonces tienen una razón para adoptar una práctica de coordinación general para adoptar las directivas de un determinado organismo dentro de ciertos límites. Porque al hacerlo, todos pueden

establecer y preservar prácticas de coordinación que de otro modo escaparían a su control. La razón es que al compartir el conocimiento que todos han asignado a este organismo **(p. 255)** el poder de decidir... cuándo existen problemas de coordinación... y la responsabilidad de dar a conocer en general sus soluciones propuestas,... resuelven el problema de asegurarse de que se reconozcan y resuelvan los problemas de coordinación.73

Las reglas de Razcal que establecen que una persona u organismo es capaz de determinar con autoridad si hay o no un problema de coordinación y, si lo hay, qué se debe hacer en respuesta a él, son "prácticas coordinativas de segundo orden".

Esas «reglas justifican la legitimidad de una autoridad... de acuerdo con la tesis de justificación normal. Nos permiten a todos resolver problemas de coordinación mejor de lo que podríamos hacerlo si intentáramos juzgar por nosotros mismos si existe un problema de coordinación y si se cumplen las... condiciones para su solución».74

¿Demuestra el convencionalismo modificado que el Estado, su gobierno y su sistema jurídico pueden ser, y a veces o tal vez siempre lo son, legítimos? En particular, ¿puede servir

para conferir legitimidad a decisiones judiciales que no satisfacen la estricta condición de racionalidad? Una respuesta afirmativa a la primera pregunta general haría que dar una respuesta afirmativa a la segunda pregunta específica fuera una tarea razonablemente fácil. Sin embargo, sería un error pensar que una respuesta afirmativa a la primera pregunta implica una respuesta afirmativa a la segunda. Esto se debe a que sería bastante coherente afirmar que el sistema jurídico de un Estado en particular es, en general, legítimo, excepto aquellas partes del mismo constituidas por leyes dictadas por los jueces. (La plausibilidad de esta afirmación dependería, por supuesto, de la definición y la cantidad de "derecho creado por los jueces" dentro de la jurisdicción en cuestión.) Sin embargo, si se puede proporcionar un argumento general que muestre bajo qué circunstancias los sistemas jurídicos pueden ser y a veces son legítimos, entonces se ha cumplido una parte importante de la tarea de intentar demostrar la legitimidad de decisiones judiciales racionales e indeterminadas dentro de sistemas jurídicos particulares.

Lamentablemente, el convencionalismo modificado no ofrece una respuesta afirmativa a la pregunta general. El convencionalismo modificado “niega la existencia de una obligación *general* de obedecer la ley incluso en una sociedad razonablemente justa”.

(*MF* , 70; énfasis añadido). Prima facie, la ley de una sociedad de este tipo carece de legitimidad. Este punto no debe exagerarse. El convencionalismo modificado generará de hecho una obligación de obedecer la ley en algunas circunstancias, aunque no pueda generar una obligación "general". Esto se debe a que la tesis de la justificación normal responde, en primer lugar, a las capacidades tanto del sujeto como de la autoridad para descubrir las razones de la acción que tienen y, en segundo lugar, a las circunstancias en las que se ejercen estas capacidades. Para determinar si el estado, su sistema legal o cualquier otra institución o persona tienen o no autoridad legítima,

[l]a prueba es...: ¿el seguimiento de las instrucciones de la autoridad mejora la conformidad con la razón? Para cada persona la pregunta debe ser formulada de nuevo, y para cada una debe ser formulada de una manera que admita

diversas calificaciones. Un farmacólogo experto no puede estar sujeto a la autoridad del gobierno Página 28 de 41

Adjudicación

En materia de seguridad de medicamentos, un habitante de una pequeña aldea **(p. 256)** junto a un río no puede estar sujeto a su autoridad en materia de navegación y conservación del río en cuyas orillas ha pasado toda su vida. (*MF* , 74)

Así, aunque no existe una obligación general de obedecer la ley, agentes particulares pueden tener la obligación de obedecer leyes particulares en circunstancias particulares. Además, si existe un tipo particular de situación que afecta a muchos agentes —por ejemplo, cuando la acción colectiva está sujeta a problemas de coordinación— y en la que: (i) el Estado es mejor que los propios agentes para reconocer las razones que tienen los agentes para actuar; y (i) es capaz, a través de una ley o corpus de leyes particular, tanto de decirles a los agentes que el problema como de anunciarles una solución, entonces, en esas circunstancias, el Estado y su ley son legítimos.

Incluso si tomamos esto como una respuesta afirmativa, aunque circunscrita, a la pregunta general, hay otras preguntas que deben responderse afirmativamente antes de que se pueda sostener que las decisiones judiciales indeterminadas son legítimas. Estas otras preguntas son: ¿pueden las decisiones judiciales indeterminadas generar razones excluyentes para la acción? ¿Pueden las razones que generan ser dependientes y preferentes? Y, finalmente, ¿pueden satisfacer la tesis de justificación normal? En lo que sigue, la última pregunta es el foco mientras que las otras dos se pasan por alto. Esto no se debe a que no sean importantes. Más bien, formular una respuesta a la tercera pregunta arroja mucha luz sobre las otras, ya que se superponen. Si, por lo tanto, hay -como el argumento que sigue intenta mostrar- dudas sobre si la tercera pregunta puede responderse afirmativamente, entonces las respuestas a las otras preguntas podrían volverse redundantes.

Las decisiones judiciales indeterminadas podrían satisfacer la tesis de justificación normal de tres maneras. Las dos primeras (los argumentos directo e indirecto) son bastante obvias y están relacionadas, mientras que la tercera es independiente de ellas y bastante ambiciosa. Aunque el tercer argumento (el de la falibilidad) no es un éxito, requiere bastante más elucidación que los otros dos. El argumento directo demostraría que la clase general o los casos particulares de decisiones judiciales indeterminadas y las directivas que se desprenden de ellas (decisión a favor de *A* por las razones *e, f* y *g ; por lo tanto, daños por la cantidad de £x que B* debe pagar a *A*) funcionan de modo tal que permiten a los agentes sujetos a ellas cumplir con las razones que tienen para actuar de manera más efectiva que si trataran de determinar esas razones por sí mismos.

El argumento indirecto intenta demostrar que una decisión judicial y una directiva particulares o una clase general de ellas sirven para demostrar que las partes y los afectados por la disputa: (i) estaban en medio de un problema de coordinación del que no eran conscientes; y (ii) tenían razones para cooperar de las que no eran conscientes o no eran capaces de darse cuenta. Si, además, la decisión y la directiva resolvieron el problema de coordinación al asegurar la cooperación real entre las partes en disputa y los afectados por ella, entonces la tesis de justificación normal debe haberse cumplido. El argumento de falibilidad sostiene que las razones que el convencionalismo modificado utiliza para demostrar que las directivas erróneas son autoritativas pueden utilizarse para demostrar que las decisiones judiciales indeterminadas y las directivas que se derivan de ellas también son autoritativas. Para hacer justicia a estos argumentos, se los tratará por separado.

(p. 257) 4.2.1 El argumento directo

Este argumento sostiene que las decisiones judiciales indeterminadas pueden satisfacer la condición de legitimidad de manera inmediata, simplemente dirigiendo a las partes en disputa a las razones que les son aplicables pero que, por una razón u otra, no han podido percibir. Para ser plausible, este argumento debe suponer que las partes o bien no saben que tienen razones para actuar o

bien no son conscientes de que las razones para actuar que tienen y los valores que las generan son inconmensurables. Si no se hace esta suposición, entonces una decisión judicial indeterminada no puede satisfacer de ninguna manera la tesis de justificación normal. Recordemos que, para los propósitos presentes, una decisión judicial indeterminada es aquella que se basa en una elección entre dos o más inconmensurables. Cuando se enfrenta a una elección entre inconmensurables, "la razón es indeterminada. No proporciona un mejor caso para una alternativa que para la otra" (*MF* , 333). Ahora bien, si las partes en disputa saben esto, ¿cómo puede una decisión judicial indeterminada permitirles elegir entre dos o más inconmensurables?

'mejor cumplir con las razones que se aplican a... [ellos]' (*MF* , 53) que si no aceptaran la decisión?

La respuesta es que no puede. Simplemente repite lo que las partes ya saben, a saber, que las razones y los valores que les son aplicables son inconmensurables. Por el contrario, cuando las partes desconocen la existencia o la naturaleza de las razones y los valores que les son aplicables, una decisión judicial indeterminada que resalte uno u otro de estos hechos permite a las partes cumplir mejor con las razones y los valores que les son aplicables. Sin embargo, puede pensarse que cuando la decisión simplemente resalta la naturaleza de las razones aplicables a las partes por

Adjudicación

Si se demuestra que son inconmensurables, no se cumplirá la tesis de justificación normal, ya que en esta situación no se puede decir que la decisión haga que las partes estén en mejores condiciones *de cumplir* con la razón porque, al destacar la inconmensurabilidad de las razones, la decisión no facilita el cumplimiento de ellas, sino que solo destaca su naturaleza. Sin embargo, esta objeción es errónea en la medida en que una comprensión adecuada de la naturaleza de las razones aplicables a una persona es un requisito previo necesario para actuar en función de esas razones y, por lo tanto, cumplir con ellas.

La conclusión de que, para que las decisiones judiciales indeterminadas satisfagan la tesis de justificación normal, las partes en la disputa deben ser ignorantes en los dos sentidos señalados, podría ser objetada con otro fundamento, aparentemente más convincente. Se podría sostener, por ejemplo, que hasta ahora el debate se ha centrado en la *decisión judicial* con exclusión de la *directiva* que se desprende de ella.7

5 Y eso, por supuesto, rara vez es ambiguo.

Aunque la decisión de la que se deriva no esté **(p. 258)** obligada por la razón. Podría decirse, además, que la directiva puede satisfacer la tesis de la justificación normal aunque la decisión no lo haga y aunque las partes sepan que su disputa se basa en un conflicto de razones o valores inconmensurables. ¿Cómo? Parece que aquí sólo hay dos posibilidades. La primera sostiene que la directiva simplemente pone fin a la disputa y, al hacerlo, satisface la tesis de la justificación normal porque hay buenas razones, aplicables a las partes, para resolver la disputa. La directiva puede hacer esto incluso cuando las partes en disputa saben que las razones y los valores que les son aplicables son inconmensurables y que están acosadas por un problema de coordinación que tienen buenas razones para evitar. Porque en esta situación, las partes podrían, no obstante, estar en disputa sobre la mejor manera de resolver el problema y es esa disputa la que la directiva limita. Sin embargo, hay un obstáculo que acecha a esta respuesta. Se puede plantear brevemente en forma de pregunta: si hay buenas razones para poner fin a la disputa (y, por lo tanto, para elegir y emitir una directiva en un sentido en lugar de otro), ¿la disputa es realmente entre inconmensurables? Dado que este escollo también afecta a las versiones del argumento indirecto, se examinará en la siguiente subsección.

La segunda posibilidad modifica la primera al insistir en que las partes están *inconscientemente* en el seno de un problema de coordinación. Sostiene entonces que la directiva que emana de la decisión judicial indeterminada satisface la tesis de la justificación normal porque resuelve *un* problema de coordinación que las partes no percibieron o no pudieron resolver y que tenían buenas razones para

superar (existiendo buenas razones para cooperar). Dado que esta respuesta invoca la mayor capacidad de la autoridad para detectar y resolver disputas de coordinación, es de hecho un argumento justificatorio indirecto y se trata mejor en la siguiente subsección. Como se verá, sucumbe al problema de inhabilitación que acosa a todas las versiones del argumento indirecto. ¿Hay otras formas en que una directiva que emana de una decisión judicial indeterminada podría satisfacer la tesis de la justificación normal? Si suponemos que las partes en disputa conocen la naturaleza de las razones que se les aplican y que están en juego en la disputa, entonces es difícil imaginar una respuesta afirmativa.

4.2.2 El argumento indirecto

Este argumento sostiene que las decisiones judiciales indeterminadas y las directivas que se derivan de ellas satisfacen la tesis de la justificación normal al identificar y resolver los problemas de coordinación. Tales decisiones y directivas identifican las razones que tienen las partes en disputa para actuar —es decir, las razones que tienen para cooperar— y les indican cómo se puede facilitar la cooperación. Para que este argumento sea plausible, al menos **(p. 259)** deben superarse dos obstáculos. Esbozo las bases para pensar que estos obstáculos podrían superarse y concluyo que, incluso si lo hicieran, este argumento no puede demostrar que las decisiones judiciales indeterminadas satisfacen la tesis de la justificación normal sin negar la existencia de la inconmensurabilidad. Al tratar de valerse de este argumento indirecto, los pluralistas de valores fuertes se enfrentan, por tanto, a un dilema incómodo. Sus cuernos son estos: o bien las decisiones judiciales aparentemente indeterminadas satisfacen la tesis de la justificación normal al reconocer y resolver los problemas de coordinación, pero al hacerlo sirven para negar la inconmensurabilidad; o no satisfacen la tesis de justificación normal, en cuyo caso carecen de legitimidad.

El primer obstáculo es que debe ser apropiado considerar la disputa de las partes —una disputa arraigada en la inconmensurabilidad de razones y valores— como un problema de coordinación. En el sentido ordinario (no en el

de la teoría de juegos) eso significa que la disputa, ya sea que las partes lo sepan o no, trata sobre identificar las formas en que deberían coordinar su acción para obtener beneficios que, en ausencia de cooperación, no se obtendrían. No es difícil imaginar cómo las disputas arraigadas en la inconmensurabilidad crean problemas de coordinación. Cuando las razones y los valores aplicables a las partes son inconmensurables, entonces no tienen razones convincentes para preferir una razón o valor a otro. Las partes, por lo tanto, carecen de razones convincentes para actuar de una manera (por ejemplo, para lograr la cooperación).

Adjudicación

Ahora bien, no se puede decir de antemano que, tras examinar la estructura de disputas particulares basadas en la inconmensurabilidad, todas ellas satisfagan esta condición. Pero, dado que la condición no es exigente, no es temerario suponer que a menudo se cumplirá. Cuando así sea, lo que se pretende es que las decisiones judiciales indeterminadas basadas en la inconmensurabilidad, o las directivas que se derivan de ellas, resuelven los problemas de coordinación a los que da lugar la inconmensurabilidad.

Sin embargo, esas decisiones y directivas deben hacer algo más que eso. Deben superar un segundo obstáculo y cumplir realmente la tesis de justificación normal. Hacer eso requiere que las decisiones y directivas disipen la ignorancia de las partes de uno o más de los siguientes hechos: (i) el hecho de que las razones y valores en juego en su disputa son inconmensurables; (ii) el hecho de que están acosadas por un problema de coordinación; (iii) el hecho de que tienen buenas razones para superar ese problema de coordinación. Si las partes en la disputa ignoran uno de estos hechos, entonces es más que probable que también ignoren uno o más de los otros. De manera similar, si las partes son conscientes de uno -por ejemplo, que su disputa se basa en la inconmensurabilidad- entonces seguramente serán conscientes de uno o más de los otros: en este ejemplo, esa inconmensurabilidad es una consideración importante que les impide cooperar y, por lo tanto, las lleva a la disputa. Simplemente no parece plausible que las partes puedan ser conscientes de la

inconmensurabilidad pero ignorar el hecho de que están acosadas por un problema de coordinación o viceversa. Si fuera el caso de que las partes en disputa conocieran algunos o todos estos hechos, una decisión judicial indeterminada simplemente reiteraría ese punto. Le dice a las partes lo que ya saben y, por lo tanto **, es** incapaz de satisfacer la tesis de justificación normal. Porque ¿cómo puede una *decisión judicial indeterminada* , que se basa en la inconmensurabilidad y el problema de coordinación que genera, ambos de los cuales las partes ya conocen, permitir que las partes cumplan mejor con la razón?

Se podría hacer una objeción que no rechace la tesis de la justificación normal a la dirección que ha tomado el análisis de este segundo obstáculo. Comienza señalando que se ha pasado por alto la *directiva* que se desprende de la decisión judicial indeterminada. Afirma que esta directiva puede satisfacer la tesis de la justificación normal incluso cuando la decisión no lo hace e incluso cuando las partes saben que las razones aplicables son inconmensurables y que están acosadas por un problema de coordinación, ya que la directiva *resuelve* el problema: obliga a las partes a cooperar porque tienen buenas razones para hacerlo. Dado que las directivas que se desprenden de las decisiones judiciales rara vez dicen "haz *X* o *Y* o *Z* ", sino que generalmente establecen inequívocamente que se debe realizar una acción o abstenerse de ella, parecen admirablemente adecuadas para resolver problemas de coordinación. Indican inequívocamente a las partes cómo actuar. Si esa forma de actuar resuelve el problema de la coordinación y hay buenas razones para desearlo -razones que se encuentran en el bien de la cooperación o en el bien que se desprende de ella-, entonces la tesis de la justificación normal se satisface sin duda.

Esta objeción es instructiva, pero por razones que sus defensores seguramente considerarían erróneas. Porque sirve no para demostrar que el argumento indirecto funciona sino que, en este contexto, ya se trate de decisiones judiciales o de directivas, debe fracasar. ¿Por qué? Recordemos que la base de las disputas en cuestión es la inconmensurabilidad de razones y valores. Además, esa es la razón por la que las partes en disputa enfrentan un problema de coordinación. Recordemos también que

cuando la elección entre razones y valores es inconmensurable, entonces es una elección que no está obligada por la razón:

"La inconmensurabilidad no habla de lo que escapa a la razón, sino de lo que debe eludirla" (*MF* , 334). El argumento indirecto seguramente niega esto. Para satisfacer la tesis de justificación normal, el argumento indirecto debe demostrar que las partes en disputa tienen buenas razones para cooperar, o que han pasado por alto el hecho de que están acosadas por un problema de coordinación y que hay buenas razones para cooperar. Esas razones se encuentran en el beneficio o bien que se deriva de la cooperación o que es interno a ella. ¿Son estas buenas razones para cooperar también buenas razones para elegir un valor o actuar según una razón, de un lado de una elección inconmensurable, en lugar del valor y la razón del otro lado?

La situación que estamos imaginando es una en la que (i) las partes están en disputa porque las razones y los valores que se les aplican son inconmensurables; y (i) las partes se ven acosadas por un problema de coordinación en virtud de esa inconmensurabilidad. Si hay buenas razones para evitar el problema de coordinación en (i), razones que se encuentran en el bien inherente a la cooperación o que se deriva de ella y que se destacan ya sea por la decisión judicial o la directiva, entonces debe haber buenas razones para ejercer la elección en (i) de una manera. La elección en (i) es supuestamente entre razones y valores inconmensurables: la inconmensurabilidad es supuestamente la base del desacuerdo de las partes.

(p. 261) Pero si existen razones para resolver el problema de coordinación en (i), que se basa en la supuesta inconmensurabilidad en (i), seguramente también constituyen razones para resolver la elección en (i) de una manera en lugar de otra. Por lo tanto, parece que la elección (i) no es después de todo entre inconmensurables sino que es una elección obligada por razones. La elección sólo eludió temporalmente a la razón y luego presumiblemente como resultado de un descuido. A

Una posible respuesta a esto es que las razones para resolver la disputa de coordinación en (i) son completamente independientes de las razones y valores inconmensurables en juego en (i). Por lo tanto, las razones que tienen las partes para cooperar no son capaces de afectar la elección en (i) de ninguna manera. Pero si esto es así, parece que el impacto práctico de la inconmensurabilidad será casi inexistente en tales situaciones, ya que las razones para cooperar en (i) se mantendrán.

El hecho de que la inconmensurabilidad opere en (i) no importará en lo más mínimo si las partes siempre tienen razones para cooperar. Además, el esfuerzo por trazar una línea clara entre las razones para cooperar en (i) y la elección supuestamente inconmensurable en (i) parece artificialmente rígida y no se corresponde con la experiencia, donde las razones a menudo tienen una amplia esfera de influencia.

La conclusión aquí es que las versiones del argumento indirecto fallan. Esto se debe a que una característica crucial de la situación de elección es que las disputas y las decisiones se basan en la inconmensurabilidad. Los argumentos indirectos no funcionan porque terminan negando esa característica o invocan una explicación artificial y compartimentada del papel de las razones. Además, los argumentos indirectos fallan por estas razones, ya sea que sus proponentes tengan en mente decisiones judiciales indeterminadas o las directivas que se derivan de ellas.

4.2.3 El argumento de la falibilidad

Este argumento plantea la siguiente pregunta, con la esperanza de que la respuesta sea igualmente aplicable a decisiones judiciales y directivas indeterminadas: ¿por qué las directivas erróneas tienen autoridad? Ya hemos señalado que el convencionalismo modificado deja espacio conceptual para directivas erróneas pero supuestamente autoritativas. Necesitamos examinar cómo es posible esto. Si es posible, y si las mismas razones que hacen que las

directivas erróneas tengan autoridad también pueden servir para hacer que las decisiones judiciales indeterminadas y las directivas que se derivan de ellas tengan autoridad, entonces el pluralismo de valores fuertes y la condición de legitimidad pueden afirmarse sin dificultad.

La primera tarea es aclarar las formas en que las directivas supuestamente autoritativas pueden ser erróneas. De la discusión de Raz parece que hay tres formas. Una de esas formas de error asegura que la directiva no pueda tener autoridad en absoluto: "[l]os errores que... [las autoridades] cometen sobre los factores que determinan los límites de su jurisdicción hacen que sus directivas sean nulas. No son vinculantes como directivas autoritativas..." (*MF* , 62). De ahí en adelante, tales errores pueden ignorarse. Raz no distingue ni etiqueta explícitamente los otros dos tipos de error, pero sus observaciones son tales que muestran que implícitamente establece una distinción y que está (aunque no lo reconozca) comprometido a tratar los dos tipos de error de maneras muy diferentes. Una objeción **(p. 262)** a la explicación de la autoridad de Raz sostiene que una directiva basada en un error sobre las razones que justifican la directiva se ve despojada de su autoridad.

Raz responde así: «Las razones que las directivas autoritativas deberían reflejar, pero no lo hacen, están no obstante entre las razones que justifican que la directiva sea vinculante» (*MF* , 61). El tipo de error que Raz tiene en mente aquí es lo que puede llamarse un error *de Ealing* : hay una buena directiva, en el sentido de que hay buenas razones para ella, basadas en una evaluación errónea de sus razones justificativas. Es decir, la autoridad emite una directiva creyendo que está justificada por las razones *Q* cuando, de hecho, solo las razones *U* pueden justificar la directiva. Dado que, supongamos, se dan las razones *U* , nos enfrentamos a una situación que puede describirse crudamente como una en la que tenemos la directiva correcta justificada por las razones equivocadas, habiendo buenas razones disponibles. Raz piensa que en esta situación la directiva puede ser autoritativa y, si lo es, debe satisfacer la tesis de justificación normal. El segundo tipo de error lo podemos llamar un error *de Wednesbury* . Aquí

una autoridad emite una directiva que es errónea en el sentido de que no hay buenas razones para ello en absoluto: esta situación puede ser caracterizada, aunque de manera burda, como consistente en la directiva equivocada y las razones equivocadas.76 Raz parece tener un escenario así en mente cuando imagina una 'autoridad legítima... [siendo]

limitado por la condición de que sus directivas no sean vinculantes si son *claramente erróneas* ' (*MF* , 62*;* énfasis añadido). De manera un tanto extraña, Raz completa esta observación con la advertencia de que 'no deseo expresar ninguna opinión sobre si está tan limitado'.

(ibid.). No considera si tales directivas podrían o no satisfacer la tesis de justificación normal.

¿Qué razones tiene Raz para apoyar la afirmación de que las directivas *de Ealing* satisfacen la tesis de justificación normal?

Hay dos, su argumento comienza con una declaración de la tesis y termina con una advertencia sobre la pérdida de sus ventajas:

Una autoridad está justificada... si es más probable que actúe correctamente por las razones correctas que sus súbditos. Así es como las razones de los súbditos figuran en la justificación, tanto cuando se reflejan correctamente en una directiva particular como cuando no. Si cada vez que una directiva es errónea, es decir, cada vez que no refleja correctamente la razón, pudiera ser cuestionada como errónea, la ventaja obtenida al aceptar la autoridad

como una guía más confiable y exitosa para la razón correcta desaparecería. (*MF* , 61) Ahora bien, esta reafirmación de la tesis de la justificación normal parece destinada a ilustrar el punto de que una autoridad no *siempre necesita* ser un mejor evaluador de las razones correctas aplicables a los agentes de lo que lo son los propios agentes. Por lo tanto, en varios casos la autoridad

estará equivocada. ¿Cómo establece esto que las directivas incorrectas son autoritativas? El argumento muestra simplemente que, si estamos satisfechos de que una autoridad sigue la razón correcta en la mayoría de los casos, entonces debemos aceptar su autoridad en la mayoría **(p. 263)** de los casos. Lo máximo que podría establecer más allá de esto es una presunción bastante débil a favor de todas las directivas de la autoridad. El argumento tomaría la siguiente forma: dado que en la mayoría de los casos la autoridad sigue la razón correcta y la mayoría de sus directivas son, por lo tanto, autoritativas, *todas* sus directivas deben presumirse como autoritativas. La razón por la que esto sólo puede ser una presunción débil a favor de la autoridad es obvia: el hecho de que la autoridad haya seguido la razón correcta en la mayoría de los casos en el pasado no puede garantizar que seguirá haciéndolo ni en el presente ni en el futuro. Así que algunas directivas *de Ealing* podrían considerarse autoritativas sobre la base de esta presunción, pero sólo algunas y, hay que suponer, sólo por un tiempo limitado. Si la autoridad se equivoca continuamente, sus directivas seguramente no pueden satisfacer la tesis de justificación normal. El hecho de que este argumento esté muy lejos de establecer que todas las directivas *de Ealing* son autoritativas no debería sorprendernos. 77 Porque este tipo de afirmación limitada encaja perfectamente con la opinión de Raz de que no hay una obligación general de obedecer la ley. Más bien, la existencia de cualquier obligación depende, *entre otras cosas* , de las circunstancias tanto del sujeto como de la autoridad (véase *MF* , 70 y 74).

La segunda razón de Raz para demostrar que las directivas *de Ealing* tienen autoridad también es un poco endeble. Consiste en la verdad de que cuando las directivas son erróneas perderemos la ventaja de actuar de acuerdo con una autoridad. Pero es igualmente cierto que una vez que una autoridad emite directivas que son *ultra vires* , se pierde la ventaja de la autoridad. Esto equivale a decir que cuando las autoridades actúan en contra de la tesis de justificación normal, sus directivas carecen de autoridad.

En ese caso, perderíamos los beneficios de la autoridad, pero evitar esa pérdida seguramente no puede justificar, según la tesis de la justificación normal, el cumplimiento

incondicional de directivas erróneas o *ultra vires* . Por lo tanto, lo máximo que establece Raz es que algunas directivas *de Ealing* podrían ser autoritativas porque están amparadas por la presunción débil. Esa no es una base segura para afirmar que todas esas directivas son autoritativas.

Si tuviéramos que considerar cómo debe ser una directiva *Ealing particular* que caiga dentro de la presunción débil para satisfacer convincentemente la tesis de justificación normal, tendríamos que volver a las dos condiciones alternativas que deben satisfacer las decisiones judiciales indeterminadas. Dado que se trata de condiciones que cualquier directiva debe satisfacer, una u otra de ellas debe ser satisfecha por las directivas *Ealing* . Las condiciones son: o bien (i) la directiva debe funcionar de modo que permita a los agentes sujetos a ellas cumplir con las razones que tienen para actuar de manera más efectiva de lo que lo harían si trataran de determinar esas razones por sí mismos; o bien (i) la directiva debe mostrar que los agentes estaban en las garras de un problema de coordinación del que no eran conscientes, y que tenían razones para cooperar de las que no eran conscientes o no eran capaces de darse cuenta. Ahora bien, en la medida en que **las directivas** *Ealing* se basan en una explicación errónea de las razones que justifican las directivas, no pueden satisfacer completamente la primera condición. ¿Cómo puede una directiva que se basa en un error de ese tipo permitir que los agentes sujetos a ella cumplan con las razones que se les aplican de manera más efectiva que si intentaran determinar esas razones por sí mismos? Sólo podría hacerlo en esta situación: al invocar razones que no son verdaderamente aplicables a los agentes, la directiva de alguna manera insinuó o señaló a los agentes la dirección de las razones que realmente se les aplican. Esto es mucho más probable en el caso de las directivas de *Ealing* que en el de las *de Wednesbury* porque las primeras ordenan a los agentes que actúen de acuerdo con las razones correctas, aun cuando las directivas se basan en un malentendido de esas razones o esas razones. Las directivas *de Ealing* podrían satisfacer parcialmente la segunda condición en el sentido de que, aunque se equivocaran en cuanto a por qué valía la pena la coordinación, podrían, no obstante, resolver el problema de

la coordinación. (Si la directiva resolvió el problema y lo hizo porque se basó en una explicación precisa de las razones por las que valía la pena la coordinación, no estaría, *ex hypothesi* , equivocada.) Por lo tanto, incluso cuando caen dentro de la presunción débil, las directivas *de Ealing* solo pueden satisfacer parcialmente la tesis de justificación normal.

Por el contrario, es poco probable que las directivas *de Wednesbury* puedan satisfacer la tesis de justificación normal en absoluto. Si bien hay algunas buenas razones disponibles para justificar las directivas *de Ealing* , ninguna de esas razones respalda las directivas *de Wednesbury* . Para estar seguros de que el último tipo de directiva errónea no satisface la tesis de justificación normal, consideremos nuevamente las dos condiciones alternativas que cualquier directiva debe satisfacer para ser legítima. La primera condición no debe demorarnos mucho. Dado que es poco probable que las directivas *de Ealing* la satisfagan, o solo lo harán parcialmente, entonces no hay esperanza de que las directivas *de Wednesbury* lo hagan. Si no hay buenas razones para la directiva, ¿cómo puede ayudar a los agentes a rastrear la razón correcta mejor de lo que lo harían de otra manera? Y, mientras que las directivas *de Ealing* pueden satisfacer parcialmente la segunda condición,

Adjudicación

Wednesbury no pueden resolver el problema de la coordinación y asegurar la cooperación, aunque se basen en una mala interpretación de las razones de la cooperación . Recordemos que estas directivas son erróneas, tanto en lo que respecta a las razones de la cooperación como a la naturaleza de la directiva necesaria para lograrla. Las dificultades aparentemente insuperables que encierran cualquier intento de demostrar que las directivas *Wednesbury* satisfacen la tesis de justificación normal hacen que la advertencia de Raz sobre las directivas "claramente erróneas" sea extremadamente desconcertante. Porque parece que si son claramente erróneas en el sentido *Wednesbury* , entonces simplemente no pueden ser legítimas, a menos que estén amparadas por la presunción débil. Y la vida de la presunción débil, por

supuesto, será mucho más corta con respecto a las directivas *Wednesbury* que con respecto a las directivas *Ealing* .

El argumento para demostrar que las directivas erróneas son legítimas es, entonces, bastante limitado. Utilizar este argumento para demostrar que las directivas indeterminadas también son legítimas no es, por tanto, una estrategia prometedora. Las directivas erróneas particulares (*de Ealing*) sólo pueden satisfacer parcialmente la tesis de la justificación normal y sólo si caen dentro del ámbito de la presunción débil o señalan involuntariamente a los agentes las razones que les son aplicables. Hasta ahora, podría parecer que, aunque débil como medio para establecer la legitimidad de las decisiones y directivas judiciales indeterminadas, este argumento no es **(p. 265)** más débil que el argumento directo. Por tanto, podría pensarse que el argumento de falibilidad demuestra que las decisiones y directivas judiciales indeterminadas son legítimas. Esto sería un error, por la siguiente razón. Consiste en destacar la forma en que las directivas *de Ealing* pueden satisfacer parcialmente la tesis de la justificación normal. Lo hacen resolviendo una disputa de coordinación, aunque sobre la base de una explicación errónea de las razones por las que se debe resolver la disputa (recordemos que nos enfrentamos a la directiva correcta, pero a las razones equivocadas). El punto crucial aquí es que hay, aunque la autoridad se haya equivocado, *buenas razones* para resolver la disputa de una manera u otra. Y, como hemos señalado en nuestro análisis del argumento indirecto, si hay buenas razones para resolver una disputa supuestamente basada en la inconmensurabilidad de una manera en lugar de otra, eso debe poner en tela de juicio el hecho de que, en efecto, estamos tratando con un conflicto entre inconmensurables. La dificultad que echa por tierra el argumento indirecto surge también aquí y deshabilita el argumento de falibilidad.

El rendimiento de los argumentos directos, indirectos y de falibilidad no es muy grande. El argumento directo sólo puede demostrar que las decisiones judiciales indeterminadas y sus directivas son legítimas cuando las partes en disputa están equivocadas acerca de la existencia

o la naturaleza de las razones y valores aplicables a ellas. Es, por tanto, un éxito muy limitado, ya que la autoridad de las decisiones y directivas depende completamente, como lo es la tesis de justificación normal en general, del conocimiento, las capacidades y el contexto de las partes a las que son aplicables. Por el contrario, los argumentos indirectos y de falibilidad no tienen en última instancia ni siquiera un éxito parcial: ninguno puede demostrar que las decisiones judiciales indeterminadas son legítimas sin negar que esas decisiones son indeterminadas.

La pregunta obvia que ahora surge es ésta: ¿por qué preocuparse por este magro resultado? El contenido de la respuesta es diferente, pero el estribillo general es familiar: parte del desafío escéptico no puede ser enfrentado o, más exactamente, puede ser enfrentado pero sólo de una manera muy limitada. La parte relevante del desafío escéptico es, por supuesto, la que cuestiona la legitimidad de la ley y la adjudicación. Para los escépticos, las decisiones judiciales carecen de legitimidad real, aunque los mecanismos más allá y dentro de la ley sirven para generar una apariencia de legitimidad. 78 En esta línea, David Kairys observa que "[e]l juez hace una elección, y el razonamiento legal proporciona *una racionalización estilizada que legitima* esa elección dentro del orden legal y social"; la adjudicación es una de las "muchas áreas de nuestras vidas... [en las que]

Los juicios sociales y políticos esenciales adquieren legitimidad a partir de nociones de experiencia y análisis que *falsamente pretenden* ser objetivos, neutrales y cuasi científicos'.79 De manera similar, Unger sostiene que el engaño es necesario para que las decisiones judiciales se consideren autorizadas: '[e]l ocultamiento de... suposiciones es vital para la *persuasión autoridad* de las ideas jurídicas dominantes; concepciones técnicas aparentemente indiscutibles dependen comúnmente de premisas altamente controvertidas y no técnicas **(p. 266)** '. La legitimidad de estas suposiciones no puede resistir la luz del día: 'se vuelven controvertidas, si no inverosímiles, en el mismo proceso de ser expuestas'.80

Como hemos visto, los no escépticos pueden demostrar que la condición de legitimidad se satisface sólo en

circunstancias muy limitadas. Esto, por supuesto, es una respuesta a los escépticos, pero no es tan poderosa como se podría esperar. Se podría sostener que esto no es realmente una causa de preocupación, ya que los sistemas jurídicos en los que existen decisiones judiciales indeterminadas pueden satisfacer la tesis de la justificación normal aunque esas decisiones particulares no lo hagan. Esta estrategia insiste, como el propio Raz a veces lo hace, en que no son las directivas individuales las que deben ser puestas a prueba en cuanto a legitimidad, sino el sistema jurídico en su conjunto del que forman parte. Y, podría decirse, el sistema en su conjunto permite a los ciudadanos seguir mejor el requisito de la(s) razón(es) correcta(s) de lo que lo harían si actuaran bajo sus propias luces. Esto bien podría ser cierto, pero parece neutral entre dos posibilidades. Una ya se ha mencionado: si un sistema jurídico en su conjunto es legítimo, ¿por qué preocuparse por aquellos casos particulares en los que no lo es? Es más probable que los escépticos se preocupen por otra: 81

Son especialmente preocupantes aquellos casos en que un sistema carece de legitimidad.81

5 Conclusión

Los argumentos expuestos en este artículo se pueden resumir fácilmente. Las secciones 1 y 2 sirvieron para presentar las condiciones de racionalidad y legitimidad y situarlas dentro de las explicaciones escépticas y no escépticas contemporáneas de la adjudicación. Las dos secciones restantes se ocuparon, en general, únicamente de las explicaciones no escépticas de la adjudicación. Sección 3

En la sección 4 se argumentó que los no escépticos que sostienen que la inconmensurabilidad desempeña un papel en la adjudicación no pueden también afirmar que la adjudicación es, en un sentido estricto, racional. La sección 4 sostuvo que es difícil demostrar que las decisiones judiciales racionalmente indeterminadas son legítimas. ¿Y

qué? El hecho de no demostrar que la adjudicación de casos difíciles es un proceso estrictamente racional y legítimo significa que es difícil encontrar una respuesta al desafío escéptico. Esto plantea una serie de preguntas sobre el poder y la plausibilidad últimos de ese desafío, pero no debemos pasar por alto el objetivo al que apunta. Es la idea de que el derecho y la adjudicación son medios preeminentemente deseables tanto para someter la conducta humana al gobierno de las reglas como para resolver disputas sobre esas reglas. El argumento aquí ha avanzado unos pasos hacia la conclusión de que el derecho y la adjudicación pueden no ser tan preeminentemente deseables como a menudo se supone, ya que no son **(p. 267)** obviamente más racionales ni más legítimos que otros medios no arbitrarios de organizar nuestra vida colectiva y resolver disputas. Para que esa conclusión sea válida, es necesario analizar la racionalidad y la legitimidad de esos otros medios de organizar la vida y resolver las disputas. Nada se ha dicho aquí sobre esas cuestiones. La conclusión de que, en algunos aspectos, la arbitración no es obviamente mejor que otros medios de resolver las disputas no es, en sí misma, liberadora ni inquietante. Que se la considere de una manera u otra depende de la gama de expectativas que tengamos del derecho y de la arbitración y, lo que es igualmente importante, del grado de fe que depositemos en ellos.

Notas:

Agradezco a Steven Brown y Kenneth Himma sus comentarios y opiniones. Una versión mucho más temprana se benefició de las opiniones de John Gardner y Matthew Kramer. Los argumentos que se incluyen en este libro son versiones revisadas y muy ampliadas de algunos de los que aparecen en el capítulo 4 de mi libro *Understanding and Explaining Adjudication* (Oxford: Clarendon Press, 1999).

(1) Citado en TRS Al an, 'El Estado de derecho como Estado de razón: consentimiento y constitucionalismo', *Law Quarterly Revista* , 115 (1999), 221–44.

(2) En un reciente juicio por asesinato en Kentucky los jurados no tenían tales reservas: The *Guardian* , 26 de abril de 2000: 16.

(3) J. Habermas combina notablemente las dos expectativas. Dice que "la pretensión de legitimidad [el equivalente de Habermas a la expectativa de legitimidad] requiere decisiones que estén... racionalmente fundamentadas [su equivalente a la expectativa de racionalidad]... de modo que todos los participantes puedan aceptarlas como decisiones racionales": *Between Facts and Norms* (Cambridge: Polity Press, 1996), 198. Lo mismo hace K. Kress, quien supone que la indeterminación de la doctrina (que socava la expectativa de racionalidad) implica una falta de legitimidad: 'Legal Indeterminacy', *California Law Review* , 77 (1989), 283–337, pp. 285–95.

(4) Por supuesto, hay otros temas que podrían explorarse si el tiempo y el espacio lo permitieran. Sin embargo, los tres temas considerados en el texto han sido objeto de mucha atención y no se adentran demasiado en el territorio de otros capítulos de este volumen.

(5) R. Dworkin, *Law's Empire* (Londres: Fontana 1986), 266, 353–4, y 449 n. 14. En adelante, tanto en el texto como en las notas, se hará referencia a él como *LE* .

(6) Véase N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1978; ed. rev., 1993), caps.

Yo y yo yo. En adelante, tanto en el texto como en las notas, se hará referencia a ellas como *LRLT,* con los números de página correspondientes.

(7) J. Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 182; en adelante referido en el texto y en las notas como *AL* .

(8) Al menos un escéptico sostiene que todos los casos son difíciles: véase M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987), 4. Compárese con D. Kennedy, *A Critique of Adjudication* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997), 60.

(9) R. Dworkin, *Tomando los derechos en serio* (Londres: Duckworth, 1978), págs. xiv, 83.

(10) R. Dworkin, *Tomando los derechos en serio* (Londres: Duckworth, 1978), 31–4, 68–71 y 327–30.

(11) R. Dworkin, *Tomando los derechos en serio* (Londres: Duckworth, 1978); *LRLT* , 249.

(12) La tarea ha sido iniciada: véase K. Hawkins (ed.), *The Uses of Discretion* (Oxford: Clarendon Press, 1992) y D. Galigan, *Discretionary Powers* (Oxford: Clarendon Press, 1986).

(13) MacCormick no se siente del todo cómodo con el utilitarismo, sea del tipo que sea, pero no obstante lo invoca: *LRLT* , 115-16 y 105 n. 1 (véase también p. xv). Para excelentes introducciones a las dificultades que plantea el utilitarismo (y su pariente cercano, el consecuencialismo), véase JJC Smart y B. Williams, *Utilitarianism: For and Against* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973); S. Scheffler (ed.), *Consequentialism and its Critics* (Oxford: Clarendon Press, 1988). Sobre lo resbaloso de las consecuencias en el contexto legal, véase B. Rudden, 'Consequences', *Juridical Review* , 24 (1979), 193-205.

(14) R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* , n. 9 supra, p. 82 (véase también p. 90). Obsérvese que Dworkin no es claro acerca de la relevancia de los argumentos basados en derechos para los casos difíciles en el derecho penal: véase su *A Matter of Principle* (Oxford: Clarendon Press, 1985), cap. 3.

(15) *Tomar los derechos en serio* , n. 9 supra, p. 82.

(16) La afirmación de Dworkin de que hay respuestas correctas ha sido, con mucho, el aspecto más controvertido de su explicación de cuán difíciles son y deberían ser decididos los casos. Para su posición, véase *A Matter of Principle* , n. 14 supra, cap. 5; pp. 275-8 de 'A Reply by

Ronald Dworkin', en M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Londres: Duckworth, 1984); y *LE* , 412-13. Para una muestra de las críticas, véase *LRLT* , 246-55; AD Woozley, 'No Right Answer', cap. 8 de Cohen, *Ronald Dworkin* ; J. Finnis, 'On Reason and Authority in *Law's Empire* ', *Law and Philosophy* , 6 (1987), 357-80, en 370-80; y B. Bix, *Derecho, lenguaje y determinación legal* (Oxford: Clarendon Press, 1993), cap. 4.

(17) J. Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon Press, 1994), cap. 13. El incorporacionismo ha sido expuesto con más frecuencia y elegancia por J. Coleman. Véase su 'Authority and Reason', cap. 10 de R. George (ed.), *The Autonomía del derecho* (Oxford, Clarendon Press, 1996).

(18) Véase también *Taking Rights Seriously* , n. 9 supra, págs. 82-90 y 123-30; *A Matter of Principle* , n. 14 supra, cap.

1; y R. Dworkin, *Freedom's Law* (Oxford: Clarendon Press, 1996), introducción.

(19) Esto no debe interpretarse como una negación de que las razones puedan ser causas (sobre lo cual véase D. Davidson, *Ensayos sobre Acciones y eventos* (Oxford: Clarendon Press, 1980), ensayos 1, 3 y 6).

(20) Las sentencias de la Cour de cassation francesa son ejemplos notables. Aunque las decisiones del tribunal deben justificarse de conformidad con el artículo 455 del Código de Práctica Civil, esto se hace a menudo de manera muy sucinta. El tribunal no cita ni analiza precedentes: véase el capítulo 4 de N. MacCormick y RS Summers, *Interpreting Precedents: A Comparative Estudio* (Ashgate: Dartmouth, 1997).

(21) La frase pertenece a L. Ful er: véase *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press, ed. rev., 1969), 96.

(22) ibíd., cap. I .

(23) Véase I. Balbus, 'Forma de mercancía y forma jurídica: un ensayo sobre la “autonomía relativa” de la ley', cap. 3 de C.

Reasons y R. Rich (eds.), *La sociología del derecho: una perspectiva del conflicto* (Toronto: Butterworths, 1978), esp. 83–

5.

(24) 'El Estado, y con él el juez, están destinados a desaparecer a medida que la gente comienza a sentir su hermandad...

Los árbitros son una mejora; los mediadores aún mejores': D. Kennedy, 'Form and Substance in Private Law Adjudication', *Harvard Law Review* , 89 (1976), 1685–778, en 1771. 'Se podría desarrollar un idioma de poder popular, junto con un tesauro accesible de empoderamiento público para reemplazar el léxico de élite de la ley... [P]ara lograr este estado de cosas debemos mejorar y extender [pero] también acallar ciertas voces. Por ejemplo, los abogados tendrán que adoptar un tono más humilde y hablar *sotto voce* , si es que lo hacen': A. Hutchinson, *Dwelling on the Threshold: Critical*

Ensayos sobre el pensamiento jurídico moderno (Toronto: Carswel, 1988). Véase también M. Tushnet, *Taking the Constitution Away de los tribunales* (Princeton, Princeton University Press, 1999).

(25) RM Unger, *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), 1. Para una muestra de la variedad de este tipo de argumento, véase: J. Singer, 'The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory', *Yale Law Journal* , 94 (1984), 1-70; G. Pel er, 'The Metaphysics of American Law', *California Law Review* , 73

(1985), 1152–290; y D. Kennedy, *A Critique of Adjudication* , n. 8 supra, caps. 5–8.

(26) Estoy robando la terminología de A. Norrie: véase su *Crimen, razón y castigo* (Londres: Weidenfeld y Nicolson, 1993), capítulos 1 y 2. Mi uso de su terminología es trillado; sus argumentos, no.

(27) Para ejemplos de tal prisa, véase Kress, n. 3 supra, págs. 296-7 y L. Solum, 'On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Legal Dogma', *University of Chicago Law Review* , 54 (1987), 462-503, en 471-2.

(28) El ejemplo pertenece a Solum, 'Sobre la crisis indeterminada', 471.

(29) Para muchos escépticos, estos valores y supuestos son ideologías y, por lo tanto, están determinados socialmente; no están articulados ni aceptados racionalmente, ni podrían estarlo, dada la verdad de la indeterminación del valor: véase D. Kairys (ed.), *The Politics of Law: A Progressive Critique* (Nueva York: Pantheon, 1982), 15; Singer, 'The Player and the Cards', n. 25 supra, págs. 19-25; Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* , n. 8 supra, pág. 4 y págs. 46-7; M.

Tushnet, 'Defendiendo la tesis de la indeterminación', cap. 11 de B. Bix (ed.), *Analizando el derecho* (Oxford: Clarendon Press, 1998).

(30) El tropo dworkiniano se puede encontrar casi en cualquier parte de su obra sobre la adjudicación; la cita, una declaración del entonces decano de la Facultad de Derecho de Yale, Anthony Kronman, es de P. Schlag, *The Enchantment of Reason* (Durham, NC: Duke University Press, 1998), 19.

(31) La terminología de razones adecuadas y convincentes y la explicación de la diferencia entre ellas deriva de J. Raz, *Engaging Reason* (Oxford: Clarendon Press, 1999), 9, 47–9, 63–6, 94–105 y 116–17.

(32) Para algunas discusiones útiles sobre los axiomas de elección racional y algunas de sus dificultades, véase: S. Hargreaves Heap, M. Holis, B. Lyons, R. Sugden y A. Weale, *The Theory of Choice* (Oxford: Blackwel, 1992); B.

Chapman, 'The Rational and the Reasonable: Social Choice Theory and Adjudication', *University of Chicago Law Review* , 61

(1994), 41–122; y R. Nozick, *La naturaleza de la racionalidad* (Princeton: Princeton University Press, 1993).

(33) Los dos últimos de estos ejemplos trillados aparecen, *entre otros* , en L. Fulger, 'Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart', *Harvard Law Review* , 71 (1958), 630–74, 661–9; H. L. A. Hart, *The Concept of Law* , 2.ª ed.

(Oxford: Clarendon Press, 1994), 62–72; RM Unger, *Conocimiento y política* (Nueva York: The Free Press, 1975), 92.

(34) M. Stocker, *Plural and Conflicting Values* (Oxford: Clarendon Press, 1990), 125. Para afirmaciones ligeramente diferentes sobre el mismo punto, véase: B. Williams, *Problems of the Self* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973), 166, 170-1, 181 y su *Moral Luck* (Cambridge: Cambridge University Press, 1981), 74-5. Williams, sin embargo, parece pensar que ésta es la única fuente interesante de conflicto de valores.

(35) Véase, por ejemplo, JO Urmson, 'A Defence of Intuitionism', *Aristotelian Society Proceedings* , 75 (1975), 111-19, pág. 111.

(la afirmación de incomparabilidad: no hay "ningún método explícito, ninguna regla de prioridad, para sopesar... principios entre sí"); 116-117 (ambas dimensiones de la afirmación del conflicto); y 118-19 (ejemplos). Que Urmson acepta ambas dimensiones de la afirmación del conflicto es claro, aunque algunos de los ejemplos de conflicto que usa (ver 116-17) sugieren que él piensa que el conflicto de valores es un producto de ciertas contingencias que ocurren en el mundo. Sin embargo, también habla como si el conflicto fuera simplemente un resultado de tensiones sistemáticas e inconsistencias *dentro de* nuestro pensamiento moral ("Me inclino...

creer que hay una cierta tensión y falta de armonía dentro de los requisitos morales que debo reconocer y que podría haber un procedimiento de decisión solo *dentro de un conjunto armonioso de creencias morales* ':119, énfasis añadido). Para otra explicación de la incomparabilidad que aborda ambas dimensiones, véase C. Sunstein, 'Incommensurability and Valuation in Law', *Michigan Law Review* , 92 (1994), 779–861.

(36) Urmson, arriba, piensa que se deriva del intuicionismo moral, una doctrina que muchos otros defensores de la afirmación de la incomparabilidad no aceptan: véase Stocker y Williams, n. 34 arriba, y T. Nagel, *Mortal Questions,* página 37 de 41.

Adjudicación

(Cambridge: Cambridge University Press, 1979), cap. 9.

(37) Existen riesgos al hacerlo, que pueden evitarse si se toma nota de la tensión que supone utilizar incomparabilidad como sinónimo de inconmensurabilidad: véase R. Chang, 'Introducción', en R. Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Razón práctica* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997).

(38) *MF* en el texto y las notas se refiere a J. Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986).

(39) Esto explica la aparente inconsistencia entre la declaración de Raz (ibid.) y sus observaciones (págs. 338, 339).

y 352) que una elección entre opciones inconmensurables puede ser "razonada". Por lo tanto, es erróneo, aunque no del todo raro, pensar que las elecciones entre inconmensurables son arbitrarias.

(40) B. Williams, *Problemas del yo* , n. 34 supra, señala este vínculo contingente: pp. 204-205.

(41) Esto se incluye en el nuevo prólogo de la reimpresión de *LRLT de 1993.* Que MacCormick recorrió este camino a

Damasco en una etapa tardía de su pensamiento sobre la adjudicación es evidente por el hecho de que en los ensayos publicados varios años después de la primera edición de *LRLT* todavía era un humeano no reconstruido. Véase su 'Contemporary Legal Philosophy: The Rediscovery of Practical Reason', *Journal of Law and Society* , 10 (1983), 1–18, 13–14 y (con O. Weinberger) *An Teoría institucional del derecho* (Dordrecht: D. Reidel, 1986) 193–6 y 204–5., (42) Las afirmaciones sobre pluralidad y conflicto también aparecen en J. Raz, *Practical Reason and Norms* (Princeton: Princeton University Press, 1990), 159.

(43) Raz es un poco más específico sobre este tema en 'Facing Up: A Reply', *Southern California Law Review* , 62 (1989), 1153–235, 1208–9.

(44) *La EPD,* tanto en el texto como en las notas, hace referencia a J. Raz, *Ethics in the Public Domain* , n. 17 supra.

(45) Véase *Taking Rights Seriously* , n. 9 supra, págs. 248-249 y *A Matter of Principle* , n. 14 supra, pág. 203.

(46) *Una cuestión de principios* , n. 14 supra, pág. 191 y págs. 193-4.

(47) La frase pertenece a G. Postema, 'Interpretación “protestante” y prácticas sociales', *Derecho y filosofía* , 6

(1987), 283–319, esp. págs. 300–19.

(48) 'A Reply by Ronald Dworkin' en M. Cohen, n. 16 supra, p. 272. Para más información sobre el mismo tema, véase *A Matter of Principle* , n. 14 supra, pp.143-5.

(49) *Una cuestión de principios* , n. 14 supra, págs. 144-145.

(50) En P. Amselek y N. MacCormick (eds.), *Controversies about Law's Ontology* (Edimburgo: Edinburgh University Press, 1991), 88-90. Véase también B. Bix, n. 16 supra, p. 97, donde nos enteramos de que Dworkin expresó

numerosas reservas sobre la inconmensurabilidad en las clases magistrales.

(51) Otros dos ejemplos son: J. Levin, *How Judges Reason* (Nueva York: Peter Lang, 1992) y J. Finnis, 'Natural Law and Legal Reasoning', cap. 6 de RP George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Oxford: Clarendon Press, 1992).

(52) El hecho de que las decisiones judiciales puedan funcionar como *determinaciones* en lugar de requisitos de la razón es una de esas características: véase Finnis, ibid. y R. George, *In Defense of Natural Law* (Oxford: Clarendon, 1999), 108-9.

(53) Dos ejemplos: Levin, n. 51 supra y S. Burton, *Judging in Good Faith* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992). He analizado ambos en mi libro *Understanding and Explaining Adjudication* (Oxford: Clarendon Press, 1999), 153–63.

(54) Las referencias a *ER* tanto en el texto como en las notas son a *Engaging Reason* , n. 31 arriba. (55) Por evaluación profunda tengo en mente algo así como el proceso de formulación de voliciones de segundo orden delineado por H. Frankfurt, *The Importance of What We Care About* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), cap. 2.

(56) Sobre este tipo de autenticidad, véase C. Taylor, *The Ethics of Authenticity* (Cambridge, Mass.: Universidad de Harvard, página 38 de 41).

Adjudicación

Prensa, 1991), 25–80.

(57) Las citas son de R. Cover, 'Violence and the Word', *Yale Law Journal* , 95 (1986), 1601–29, 1601.

(58) Para el tratamiento que hace Raz de la relación entre las dos cuestiones, véase *MF* , 62–6.

(59) La explicación de Habermas sobre la legitimidad puede descartarse por ser demasiado ambiciosa. En sí misma, por supuesto, la ambición no es un defecto, pero el alcance de la explicación de Habermas sobre la legitimidad, que se basa en todo el corpus de su obra en filosofía social, política y moral, es tal que no puede abordarse adecuadamente aquí. De hecho, el análisis de Habermas genera algunos obstáculos difíciles que no tienen relación con las preocupaciones actuales, como el verdadero grado de similitud entre su obra y la de Dworkin, y el esfuerzo por reconstruir o simplemente encontrar sus razones para negarse a distinguir entre las condiciones de racionalidad y legitimidad: véase la nota 3 supra, capítulos 5 y 6.

(60) P. Soper, *A Theory of Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1984), 80. Soper ha desarrollado su teoría y la ha defendido contra algunos críticos en, *entre otros* , 'Legal Theory and the Claim of Authority', *Philosophy y Asuntos Públicos* , 18 (1989), 209–37 y 'El valor moral de la ley', *Michigan Law Review* , 84 (1986), 63–86.

(61) Soper, *Una teoría* , pág. 55.

(62) El argumento aquí expuesto es desarrollado por J. Raz, 'The Morality of Obedience', *Michigan Law Review* , 83 (1985), 732–49 y S. Burton, 'Law, Obligation, and a Good Faith Claim of Justice', *California Law Review* , 73 (1985), 1956–

83. Los puntos expuestos en el resto de este párrafo se derivan del ensayo de Raz.

(63) La objeción de MacCormick se informa en su reseña de *MF* : 'Acceso a los bienes', *Times Literary Supplement* , 5

Junio 1987, 599.

(64) Las explicaciones convencionalistas estándar de la naturaleza y la justificación de la autoridad invocan concepciones de la teoría de juegos de los problemas de coordinación, los dilemas del prisionero y sus soluciones. L. Green las analiza y critica con pericia en 'Authority and

Convention', *Philosophical Quarterly* , 35 (1985), 329-46. Ni las explicaciones convencionalistas estándar ni las modificadas de la autoridad deben confundirse con la interpretación del convencionalismo jurídico de Dworkin: véase *LE* , cap. 4. El apoyo de MacCormick a las explicaciones convencionalistas de la autoridad se encuentra en: *Legal Derecho y socialdemocracia* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 76-80; 'Filosofía jurídica contemporánea', n. 41

arriba, pág. 10; y 'Razonamiento jurídico y razón práctica', *Midwest Studies in Philosophy* , 7 (1982), 271–86, 281–

2.

(65) Para las reflexiones de Raz sobre la relación, véanse las páginas 2-3, 4-5 y 9-10 de la introducción a J. Raz (ed.), *Authority* (Oxford: Basil Blackwel, 1990).

(66) Raz, *Practical Reason and Norms* , n. 42 supra, p. 64. Raz ofrece más pensamientos sobre las razones excluyentes en la posdata, pp. 178-199.

(67) Según Raz, existen otros argumentos "secundarios" que en algunas circunstancias pueden utilizarse además de, y raramente en lugar de, la tesis de justificación normal para justificar la autoridad: *MF* , 80-99. Estos argumentos:

invocando, *entre otras cosas* , la idea del consentimiento— no se examinan aquí porque no tienen un papel obvio en relación con decisiones judiciales indeterminadas.

(68) Estos ejemplos y gran parte de los dos párrafos siguientes se basan en el análisis de Raz en 'Facing Up', n. 43.

arriba, págs. 1179–94.

(69) Raz y otros, como John Finnis, deben evitar las concepciones teóricas de los problemas de coordinación y sus soluciones, que son el punto de apoyo del convencionalismo estándar, porque las propiedades de dichos problemas y sus soluciones son tales que hacen

innecesaria la autoridad. También se ha argumentado de manera convincente que las justificaciones de la autoridad basadas en explicaciones teóricas de los problemas de coordinación no pueden explicar algunas características de la mayoría de los sistemas jurídicos: véase L. Green, n. 64 supra y su "Law, Coordination and the Common Good", *Oxford Journal of Legal Studies* , 3 (1983), 299-324. Véase también J. Finnis, "Law as Coordination", *Ratio Juris* , 2

(1989), 97–104, esp. 99–101. Kenneth Himma ha planteado algunas serias dudas sobre si, dada la naturaleza muy modificada del convencionalismo modificado de Raz, se lo puede considerar apropiadamente como una explicación convencionalista de la autoridad en general. Persisto aquí en la terminología simplemente para evitar crear otro conjunto de etiquetas y una larga reconstrucción (o re-traducción) de la terminología existente.

(70) 'Facing Up', n. 43 supra, p. 1189.

(71) ibíd. 1192.

(72) ibíd.

(73) ibíd.

(74) ibíd. 1193.

(75) W. Edmundson ha trazado una distinción similar, pero con consecuencias muy diferentes. Sostiene que no hay obligación de obedecer la ley (lo que presumiblemente incluiría las decisiones judiciales), pero que sí hay un deber de abstenerse de frustrar el cumplimiento de las prerrogativas administrativas (las acciones de quienes actúan conforme a la ley, como los agentes de policía, los representantes de los tribunales, etc., que aplican la ley). El problema central aquí es mantener la distinción entre acciones y omisiones o abstenciones, de la que depende el argumento de Edmundson. Dado que muy a menudo se da el caso de que las acciones pueden redescribirse como

abstenciones y viceversa, y es probable que la distinción no esté escrita en nuestra noción de causalidad sino más bien sea una consecuencia de posiciones normativas, su argumento parece problemático. Véase su libro *Three Anarchical Fallacies: An Essay on Political Authority* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), caps. 1-3. Aunque ocasionalmente es consciente de lo escurridizo de la distinción entre acción y abstención, parece no darse cuenta de la dificultad que ello plantea para su argumento: véanse, por ejemplo, las páginas 50-56.

(76) Las etiquetas proceden de dos casos de derecho administrativo inglés: *Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1K.B. 223 (según el cual una directiva "incorrecta" basada en razones "incorrectas" seguramente fracasaría) y *R. v Ealing LBC ex p. Times Newspapers Ltd.* (1986) 85 LGR 316 (en el que se tomó una decisión que de otro modo sería justificable por razones "incorrectas"). Sin embargo, sería un error pensar que existe una superposición directa entre los tipos de error identificados en el texto y aquellos que desencadenarán una revisión judicial de la acción administrativa.

(77) Para un argumento similar de que no todas las directivas equivocadas pueden considerarse autoritativas, véase: S. Perry, 'Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory', *Southern California Law Review* , 62 (1989), 913–94, 933–6.

Regan también plantea el problema de las directivas erróneas en las páginas 1030-1 de su ensayo 'Autoridad y valor' en el mismo volumen. La respuesta de Raz (n. 43 arriba) apenas menciona las directivas erróneas en absoluto.

(78) Véase Kelman, n. 8 supra, pp. 262–8 y cap. 9.

(79) Estas dos afirmaciones (el énfasis es nuestro) son de D. Kairys, 'Law and Politics', *George Washington Law Review* , 52 (1984), 243–62, 246 y *The Politics of Law* , n. 29 supra, pág. 17.

(80) Las dos citas son de Unger, n. 25 supra, págs. 88 y 89 respectivamente. El subrayado es nuestro.

(81) La cuestión subyacente aquí es cómo debe interpretarse la tesis de la justificación normal de Raz. Kenneth Himma me la explicó con gran precisión.

Guillermo Lucy

William Lucy es profesor de Derecho en la Universidad de Keele.





Interpretación constitucional y estatutaria

Manuales de Oxford en línea

Interpretación constitucional y estatutaria

Área verde de Kent

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho, Constitucional

y Derecho Administrativo

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0007

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo analiza teorías relativamente establecidas con respecto a la interpretación constitucional y estatutaria.

Las constituciones y los estatutos escritos proporcionan directrices autorizadas para los funcionarios y los ciudadanos en las democracias liberales. El artículo menciona que las teorías descriptivas y normativas se conectan entre sí en aspectos críticos. La interpretación de los estatutos implica la construcción y aplicación de las disposiciones adoptadas por las legislaturas.

Las cuestiones teóricas sobre la interpretación de estatutos y constituciones sugieren cuestiones más generales sobre el significado de las comunicaciones humanas; y los estudiosos de la filosofía del lenguaje, la lingüística, la teoría literaria y la hermenéutica religiosa discuten cuestiones análogas. Este artículo analiza una cuestión importante en la interpretación de estatutos que es la naturaleza y el estatus de la intención legislativa. Un aspecto vital de la cuestión se refiere a las fuentes en las que deben basarse los jueces. Este artículo trata de las características centrales del constitucionalismo estadounidense como la situación en la que se deben considerar los problemas de interpretación constitucional.

Palabras clave: interpretación de las leyes, interpretación constitucional, legislaturas, constitucionalismo estadounidense **1 Introducción**

Los estatutos y las constituciones establecen deberes y derechos legales. Los jueces y los funcionarios ejecutivos deben interpretar lo que establecen. Existe controversia sobre cómo los intérpretes oficiales realizan y deben realizar esta tarea, y sobre cómo teorizar su práctica. Este capítulo sugiere lo que está relativamente establecido sobre la interpretación de estatutos y constituciones, y lo que está sujeto a un genuino desacuerdo.

Las constituciones y los estatutos escritos proporcionan instrucciones autorizadas para los funcionarios y los ciudadanos en las democracias liberales (así como en otras formas de gobierno). Estas instrucciones no son meramente consultivas; otros están legalmente obligados a cumplirlas. Cuando los tribunales interpretan los estatutos

y las constituciones, por lo general interpretan una disposición que parece directamente aplicable de acuerdo con otras disposiciones pertinentes, doctrinas jurídicas relacionadas y principios jurídicos que rigen la interpretación.

En los países de common law, un principio jurídico muy importante es que los tribunales deben seguir los precedentes que ellos mismos o los tribunales superiores han establecido en casos anteriores. Aunque podría ser de otra manera, los tribunales siguen los precedentes que conciernen al derecho constitucional y estatutario, así como al common law desarrollado judicialmente. La doctrina del precedente:

con su distinción entre resoluciones vinculantes y resoluciones no vinculantes **(p. 269)** y sus condiciones para su revocación—

es un aspecto vital de la interpretación de leyes y de la constitución. Aunque digo algunas palabras sobre los precedentes en casos de leyes y de constitución, no explico la práctica de los precedentes, que se trata en otra parte.

Cualquiera que discuta sobre interpretación jurídica debe enfrentarse a una pregunta preliminar acerca de qué constituye "interpretación".

Adopto un enfoque inclusivo, que se ajusta al uso jurídico tradicional, pero debo señalar algunas posibilidades más limitadas. Una página 1 de 29

Interpretación constitucional y estatutaria

El enfoque es que la "interpretación" no es necesaria cuando el texto es claro y la decisión es simple; sólo tiene lugar cuando la decisión es difícil.

Otro enfoque es que la "interpretación" implica discernir el significado original de una disposición constitucional o estatutaria. Otros criterios pueden ser relevantes para determinar cómo los jueces sabios deben decidir los casos, pero implican algo más que la interpretación. Según esta explicación, la cuestión de cómo una sentencia sobre

libertad de expresión encajaría con la práctica actual *podría* ser relevante para lo que debería hacer un tribunal, pero no tendría nada que ver con lo que significa la Primera Enmienda.1

Sin embargo, un tercer enfoque distingue entre discernir las prácticas y los usos convencionales del lenguaje, por ejemplo, determinar lo que los abogados entienden por el privilegio de no autoincriminarse, e "interpretar" el significado amplio de un texto o práctica, decidir cómo se relaciona el privilegio de no autoincriminarse con las nociones básicas de equidad en el proceso penal y con la autonomía personal en una sociedad libre. Algunos autores sostienen que los jueces rara vez interpretan en este sentido más amplio;2 otros sostienen que esa interpretación está en la raíz de lo que hacen los jueces.3 Sobre esta disputa, se puede decir que lo que yace en la superficie de la acción judicial en muchos casos, incluidos algunos casos difíciles, es la exégesis textual o los parámetros de una práctica establecida, no la interpretación en este sentido más profundo. En otros casos, las opiniones revelan que los jueces están evaluando la lógica subyacente de los textos y las prácticas.

Un último enfoque separa la interpretación de los conceptos de su aplicación. Según este punto de vista, la determinación de si un concepto jurídico se aplica o no a un caso límite no es en sí misma una cuestión de interpretación.

Al analizar las bases de las decisiones judiciales, no limito el término "interpretación" a casos difíciles, a indagaciones sobre el significado original o a evaluaciones del significado profundo de un texto o una práctica. Además, dado que la importancia práctica de un concepto depende a menudo de las situaciones a las que se aplica, trato las cuestiones de aplicación como aspectos de la "interpretación". Así, decidir si una inspección de la guantera de un automóvil es "irrazonable"

Implica la interpretación de la prohibición constitucional de realizar registros e incautaciones irrazonables.

No incluyo, sin embargo, como interpretación la aplicación discrecional de conceptos que claramente dejan un amplio margen de elección a los tribunales o a los organismos administrativos.

(p. 270) Por lo tanto, si una ley exige que las compañías eléctricas puedan cobrar una "tarifa justa", un organismo o tribunal puede fijar una de varias tarifas como "justa" en las circunstancias. La elección de la tarifa exacta que se cobrará no depende principalmente de la interpretación de la ley (aunque algunas tarifas estarán excluidas por el significado de la ley).

La interpretación de las leyes y la interpretación constitucional tienen puntos en común. Ambas implican la construcción de textos jurídicos con autoridad. En cada caso, es necesario preguntarse cuál es la relación entre teoría y práctica. Los jueces, otros funcionarios, abogados y académicos interpretan las disposiciones de las leyes y de la constitución. Aunque deben decidir si algunos materiales, como la historia legislativa, son importantes para la interpretación, pueden proceder sin ninguna teoría consciente y completa que encaje con todo lo que tienen en cuenta. Numerosos académicos y algunos jueces han desarrollado teorías, más o menos exhaustivas, sobre el punto de vista de la interpretación de las leyes o de la constitución. Estas teorías explican por qué se debe dar peso a diversos criterios de decisión. ¿Cómo se relacionan esas teorías con la práctica deseable?

El enfoque más escéptico hacia esta clase de teoría es que es burda e inútil, que tanto los jueces como los críticos harían mejor en centrarse en los matices de las prácticas en las que están involucrados, renunciando a la presunción de creer que las teorías integrales son esclarecedoras y pueden servir de guía. Las afirmaciones más ambiciosas en favor de la teoría son que es indispensable para tomar decisiones acertadas, que todos los jueces deben pensar cuidadosamente acerca de las justificaciones teóricas de su práctica. Entre una gama de posiciones intermedias, tal vez la más directa sea la siguiente. La teoría puede ser valiosa e influyente a lo largo del tiempo, pero pertenece principalmente a los académicos y a las revistas jurídicas. El desempeño de la mayoría de los jueces, que carecen de

mucha formación teórica, no mejorará si tratan de resolver cuestiones más profundas sobre su práctica. En sus decisiones reales, los jueces a menudo se pondrán implícitamente del lado de una teoría en contra de otra, pero al menos para muchos problemas de teoría, los jueces no necesitan tratar de resolverlos conscientemente.

Las personas que reflexionan con cuidado sobre la teoría y la práctica desarrollarán matices en estas posiciones. Los jueces están mejor preparados para pensar en algunas cuestiones teóricas que en otras. Ciertas teorías en competencia tienen implicaciones prácticas muy diferentes; otras teorías en competencia sobre cómo conceptualizar lo que hacen o deberían hacer los jueces no tienen implicaciones opuestas para la práctica. Evito la cuestión de hasta qué punto deberían ser conscientes de sí mismos los jueces y los abogados. Página 2 de 29

sobre las investigaciones teóricas. Supongo que los esfuerzos por construir teorías integrales pueden ser valiosos, que muchos desacuerdos teóricos tienen implicaciones prácticas y que con el tiempo la aceptación de las teorías influye en la práctica. Pero también supongo que muchos jueces capaces inmersos en la práctica pueden tomar decisiones sabias, sin tener que analizar conscientemente muchas de las implicaciones teóricas más profundas de las decisiones que toman.

Vale la pena mencionar un punto general sobre las teorías de interpretación de las leyes y de la constitución. Un teórico podría distinguir una explicación descriptiva de cómo los jueces interpretan las leyes dentro de cualquier sistema legal de una evaluación de cómo deberían interpretarlas. Podría, por ejemplo, decir que en los Estados Unidos, los jueces dan peso a lo que los legisladores reales pretendían subjetivamente sobre el alcance de las leyes, pero no deberían hacerlo **(p. 271)** . Sin embargo, las teorías descriptivas y normativas se conectan entre sí en aspectos críticos. Dentro de los sistemas legales, las personas confían hasta cierto punto en la continuidad de las prácticas existentes; la confianza razonable constituye un argumento sólido para mantener

las prácticas interpretativas prevalecientes. Una segunda conexión entre las explicaciones descriptivas y normativas es que cuando las prácticas en sí son inciertas o varios jueces participan en diferentes prácticas, un teórico puede conceptualizar las prácticas actuales a la luz de lo que él piensa que son prácticas sólidas, difuminando los elementos normativos y descriptivos. Si bien este aspecto de la interpretación de las prácticas es inevitable, es común. Por último, cuando los jueces o los juristas recomiendan cambios en determinadas prácticas jurídicas, afirman que se apoyan en características más amplias del sistema jurídico y político. Casi siempre dicen que si uno entiende la naturaleza fundamental del sistema, verá que las prácticas que cuestionan están fuera de lugar. Por lo tanto, se basan en el sistema mismo -una especie de "es"- para sustentar una

"debería" - los cambios propuestos en la práctica. Así, en la mayoría de las teorías de interpretación de estatutos y de la constitución se entrelazan los hilos del "es" y el "debería"

Aunque la interpretación de las leyes y la interpretación constitucional se parecen en muchos aspectos, los ejemplos típicos de ambas formas de interpretación difieren significativamente. Las diferencias se refieren a la autoridad de las disposiciones constitucionales y de las leyes, la legitimidad política de los órganos que las promulgan, la generalidad del lenguaje textual, la antigüedad de las disposiciones y la facilidad con la que los órganos políticos pueden invalidar lo que deciden los tribunales. Cualquier análisis de las dos formas de interpretación debe tener en cuenta estas diferencias. En los Estados Unidos, la interpretación constitucional recibe gran atención pública y se encuentra cerca del corazón de nuestro sistema político. Pero la interpretación de las leyes también es muy importante. Más importante aún para nuestros propósitos es que lo que implica la interpretación de las leyes es menos complejo que lo que implica la interpretación constitucional. Dado que los matices de la interpretación constitucional se entienden más fácilmente en un contexto de interpretación de las leyes, comienzo con esta última. Pero la mayoría de las cuestiones teóricas que planteo para la interpretación de las leyes tienen analogías

muy cercanas con respecto a la interpretación constitucional.

2 Interpretación de la ley

2.1 Los parámetros generales

La interpretación de las leyes implica la interpretación y aplicación de las disposiciones adoptadas por las legislaturas. El lenguaje de las leyes es claro en su alcance para muchas circunstancias. Los ciudadanos, quizás con la ayuda de directivas simplificadoras o tablas numéricas, pueden aprender sus obligaciones legales. Los propietarios, por ejemplo, pueden averiguar cómo **(p.**

272) Muchos días de aviso deben dar a los inquilinos para que desalojen si desean ocupar los apartamentos para su propio uso.

Con los formularios de impuestos, las personas que han calculado sus ingresos saben cuánto impuesto sobre la renta deben. Cuando las obligaciones legales son claras, los tribunales normalmente no necesitan declararlas, aunque los jueces instruyen a los jurados sobre las obligaciones legales incluso cuando la única disputa en un caso se refiere a qué ocurrió de hecho.

Cuando los derechos y deberes legales no están claros, los tribunales no suelen ser los primeros en interpretarlos. Los particulares y las empresas, y sus abogados, deciden qué deben hacer y qué beneficios pueden reclamar a terceros.

Los organismos administrativos emiten reglamentos detallados que implementan disposiciones legales más generales. A menudo, estos organismos también toman decisiones cuasi-adjudicativas, resolviendo cuestiones controvertidas antes de que lleguen a los tribunales. Pero en los países de derecho consuetudinario, los tribunales son los intérpretes finales de lo que disponen las leyes. (En muchos sistemas de derecho civil, tribunales separados tratan cuestiones de derecho administrativo, pero eso es poco común en los sistemas de derecho consuetudinario). Entre las cuestiones teóricas más fundamentales en la interpretación de las leyes se encuentran estas tres: ¿el

significado se fija en el momento de la promulgación o evoluciona? ¿Hasta qué punto el significado está determinado por la comprensión del lector, hasta qué punto por una intención legislativa discernida en parte por otros elementos? ¿Cuál es la importancia comparativa de objetivos específicos estrechos y propósitos legislativos más amplios? Junto con estas preguntas teóricas hay preguntas relacionadas sobre las fuentes Página 3 de 29

Interpretación constitucional y estatutaria

Los tribunales deberían utilizar la interpretación constitucional para determinar el significado de las leyes. En la interpretación constitucional surgen cuestiones teóricas y preguntas similares sobre las fuentes.

Las cuestiones teóricas sobre la interpretación de estatutos y constituciones sugieren cuestiones más generales sobre el significado de las comunicaciones humanas; y los estudiosos de la filosofía del lenguaje, la lingüística, la teoría literaria, la hermenéutica religiosa y otros campos discuten cuestiones análogas. Muchos de ellos también se preguntan si el significado de una comunicación puede cambiar con el tiempo, si el significado original está determinado por lo que el hablante pretende o lo que el oyente entiende, si los objetivos específicos, como permitir la pena de muerte, importan más que los propósitos generales, como eliminar los castigos crueles. Las diversas respuestas que se ofrecen para las preguntas filosóficas más generales o para campos particulares fuera del derecho no resuelven las cuestiones cruciales sobre la interpretación de las leyes. Necesitamos ver por qué.

Muchas comunicaciones ordinarias tienen propósitos prácticos inmediatos. El hablante quiere transmitir sus pensamientos o sentimientos o solicitar alguna acción. La comunicación y la respuesta son fugaces en el tiempo. Otras comunicaciones perduran.

Lo que escriben algunos poetas se lee siglos después. Las personas con autoridad política también emiten directivas que perduran.

En el discurso ordinario, los hablantes tratan de comunicarse a la luz de lo que los oyentes entenderán; los oyentes comprenden lo que dicen los hablantes a la luz de lo que creen que son los propósitos de los hablantes. La intención de los hablantes y la comprensión de los oyentes se fusionan. Pero las cosas pueden salir mal o una comunicación puede ser incompleta. Algo sale mal cuando la intención de un hablante difiere de cómo el oyente entiende sus palabras. Una comunicación es incompleta si no indica cómo debe resolverse (en algún sentido) un tema que trata. Un ejemplo simple de incompletitud sería el de unos padres **(p. 273)** que salen por la noche y le dan instrucciones a su hija adolescente para que se vaya a la cama a las 11 en punto cuando termina la película de las 9 en punto. Los padres no se dan cuenta de que esa noche la película de las 9 en punto en la televisión dura hasta las 12 en punto. La hija tiene que decidir si sus padres estaban principalmente preocupados por una hora de dormir a las 11 en punto o estaban dispuestos a que ella viera el final de esa película. Supongamos que los padres quieren que ella se vaya a la cama a las 11 en punto, pero la hija concluye razonablemente que, como es sábado y sus padres le han permitido quedarse despierta hasta la medianoche otros sábados, puede dormir hasta las 12 en punto. ¿Qué significan las instrucciones?

Un enfoque para los problemas del fracaso, la incompletitud y la persistencia en el tiempo es que la intención del hablante o escritor es la que controla. Él se comunicó; tal vez la comunicación significa lo que él pretendía. Un enfoque alternativo es que la comunicación significa lo que un oyente entendería que significa. Para este propósito, uno podría preguntar sobre los significados que expresan las palabras típicas o centrarse en un oyente razonable en este contexto. En cualquiera de los enfoques, si el hablante dice, "Cierra la puerta", cuando quiere que se cierre una ventana, la intención del hablante es "Cierra la ventana", pero su comunicación significa "Cierra la puerta" (al menos si hay una puerta disponible para cerrar).

Una vez que introducimos la comprensión de los oyentes o lectores, surge la pregunta de si el significado de una comunicación puede cambiar con el tiempo a medida que los lectores de años posteriores interpretan palabras

escritas anteriormente. Y, si la comprensión del lector es crucial, ¿qué sucede si diferentes lectores tienen diferentes interpretaciones? El análisis se vuelve aún más complejo si el escritor quiere y espera que los distintos lectores comprendan su comunicación de manera diferente. ¿Qué significa una comunicación de ese tipo?

Un teórico podría abordar estos problemas desarrollando una teoría general sobre el significado de las comunicaciones.

Necesitaría una explicación que abarcara las cartas privadas (para las cuales podría verse tentado a descubrir que el significado está fijado cuando se escribe la carta) y la poesía escrita para un público amplio (para la cual se sentiría atraído por una idea de significado que difiere según los distintos lectores y cambia con el tiempo). Una vez que nuestro teórico llegara a una teoría general sobre el significado, encajaría las leyes en esa teoría.

Podemos darnos cuenta rápidamente de que lo que podría constituir "significado" según alguna teoría filosófica general podría no ser exactamente lo que los tribunales deberían considerar como el control de las consecuencias prácticas de un sistema legal, un sistema en el que el Estado utiliza su poder de policía para obligar a la obediencia. Por ejemplo, alguien atraído por el enfoque intencional del autor sobre el significado podría reconocer que el lenguaje legal antiguo no proporciona a los ciudadanos modernos una advertencia justa sobre qué comportamiento está prohibido. Podría concluir que ahora no se debería tratar a alguien como un criminal por actuar de una manera que no se daría cuenta de que está prohibida por el lenguaje, aunque la comprensión original del lenguaje abarcaría esa acción.

Si el teórico quisiera mantener un enfoque constante del significado, necesitaría distinguir entre lo que una ley "significa" y todo lo demás que los jueces deberían considerar relevante para determinar el efecto práctico de la ley.

Interpretación constitucional y estatutaria

Él distinguiría **(p. 274)** la interpretación estatutaria como una investigación del significado de la evaluación de todo lo que importa para una decisión final en un caso estatutario.

Proceder de esta manera plantea dos objetivos importantes. El primero se basa en consideraciones filosóficas generales. ¿Por qué debemos suponer que el significado es constante en una amplia gama de comunicaciones? ¿Por qué no es posible que el significado de las cartas sea diferente del significado de la poesía? Tal vez la explicación filosófica general más persuasiva sea que el "significado" de las comunicaciones depende de la naturaleza de las comunicaciones involucradas, es decir, que muchas investigaciones importantes sobre el significado deben ser específicas de un campo.

La segunda objeción general se encuentra en las tradiciones jurídicas que ya he mencionado. Los abogados hablan del significado de una ley como algo que se ajusta a la forma en que debe aplicarse. No dicen: "El significado de la ley apoya el caso del demandante, pero el demandado gana debido a otras consideraciones". (Los tribunales sí utilizan ese lenguaje en la ley de fideicomisos, que contiene principios especiales cuando un fideicomiso de beneficencia no puede implementarse de acuerdo con sus términos). En el caso de las leyes, los jueces y los abogados hablan de que el significado y la aplicación práctica coinciden. Si los teóricos legales diferenciaran el "significado" de todo lo demás que importa para determinar cómo debe aplicarse una disposición, emplearían una dicotomía desconocida para los abogados y los jueces. Eso, en sí mismo, no es una objeción aplastante, pero es una desventaja grave.

Dada la tradición jurídica de que el cumplimiento y la aplicación deseables dependen del significado de la ley, es conveniente tratar la interpretación del significado como algo que involucra todo lo que los jueces tienen en cuenta cuando deciden cómo entender una disposición legal. Así, las tradiciones jurídicas, así como las dudas de que cualquier teoría general pueda tratar de manera plausible todas las comunicaciones de manera similar, respaldan la

opinión de que la interpretación de las leyes y el "significado" de las leyes incluyen todas las consideraciones que llevan a los jueces a desarrollar una comprensión de las disposiciones legales tal como se aplican en la práctica.

Podemos ver, entonces, que una teoría sobre cómo los jueces *deberían* interpretar las leyes, una teoría sobre cómo deberían decidir qué significan las leyes, no puede depender enteramente de una filosofía general sobre el uso del lenguaje. Una filosofía de ese tipo puede iluminar diversos temas, como por ejemplo cómo la gente espera que se entiendan las reglas autoritativas de diferentes tipos; pero los principales ingredientes de una teoría de la interpretación de las leyes dependen del análisis de los sistemas jurídicos y, más precisamente, del análisis de cómo los tribunales y las legislaturas deberían relacionarse entre sí dentro de determinados órdenes políticos. Lo que es adecuado para las democracias liberales con un poder judicial independiente puede no serlo para una dictadura en la que los funcionarios interpretativos son directamente responsables ante el gobernante. No sólo es probable que los enfoques interpretativos difieran en los dos tipos de sistemas, sino que diferentes enfoques interpretativos se ajustarán mejor a las premisas normativas de cada sistema.

Más importante aún, lo que es adecuado para Gran Bretaña, con su sistema de gabinete de gobierno y su cuidadosa redacción de las leyes, puede no serlo para Estados Unidos, con sus poderes políticos separados y su redacción desigual. Las cuestiones sobre la interpretación de las leyes deben resolverse principalmente en términos de teoría política y jurídica, no de una filosofía general del lenguaje.

(p. 275) 2.2 Significado evolutivo versus significado fijo

¿Debe considerarse que el significado de las leyes es fijo o está sujeto a cambios? Cuando los jueces interpretan las leyes poco después de su promulgación, las circunstancias no habrán cambiado lo suficiente como para que surjan la mayoría de las preguntas sobre una posible evolución del significado; estas preguntas surgen con las leyes más

antiguas. Para entender las posiciones opuestas, debemos tener claro qué es lo que no está en disputa.

Si alguien pregunta si el significado que los jueces asignan a algunas disposiciones legales ha cambiado con el tiempo, la respuesta es "sí". Las preguntas debatidas son si los jueces emplean, y deberían emplear, una metodología interpretativa que acepte la evolución del significado. ¿Deberían los jueces decir implícitamente: "Ahora consideramos que esta disposición significa *x* , pero tal vez se le debería haber dado un significado diferente poco después de su adopción"? Un evolucionista dice: "Sí, las leyes son partes de un sistema legal complejo y su significado cambia apropiadamente, al igual que el significado de los principios del derecho consuetudinario". Un originalista dice: "No; las leyes deben entenderse como lo que originalmente significaban y, y deben aplicarse en consecuencia. Las legislaturas deberían cambiar las leyes, no los tribunales".

La brecha entre el "evolucionista" típico y el "originalista" típico es menos grande de lo que sugieren estas observaciones ficticias. Las legislaturas adoptan algunas disposiciones con frases abiertas que claramente prevén que quienes aplican la ley harán juicios en consonancia con las circunstancias cambiantes; el originalista está de acuerdo en que el alcance de tales disposiciones cambia apropiadamente con el tiempo.

Interpretación constitucional y estatutaria

Incluso en el caso de disposiciones que carecen de esta flexibilidad intrínseca, los precedentes judiciales autorizados pueden establecer un significado que difiera de lo que los jueces que hoy deciden un caso creen que era el significado original probable. En ese caso, los originalistas reconocen que los jueces modernos deberían (en general) seguir los precedentes en lugar de insistir en su interpretación del significado original. De manera similar, cuando los organismos administrativos han asignado un significado razonable a disposiciones legales poco claras, los tribunales pueden adherirse a ese significado, en lugar

de adoptar el significado que, en general, considerarían el significado original más probable. Tal deferencia hacia la interpretación administrativa puede estar justificada en parte porque el organismo tiene un buen sentido del significado original o está implementando un lenguaje flexible, pero la deferencia también se basa en la opinión de que los organismos administrativos son socios de los tribunales en la interpretación de los estatutos y el desarrollo de la ley. Por lo tanto, los tribunales pueden seguir las interpretaciones de los organismos no solo cuando piensan que los organismos tienen discreción para interpretar de una manera u otra, sino también, a veces, cuando piensan que las interpretaciones de los organismos probablemente sean erróneas. (Exactamente cuándo los tribunales deben deferir a las agencias *es controvertido ;* los originalistas consideran que las circunstancias para la deferencia son más restringidas que los evolucionistas.) Finalmente, los originalistas reconocen que la advertencia justa es importante y que las disposiciones legales poco claras deben encajar en el corpus de leyes existente. Especialmente en casos penales, los jueces no deben emplear un significado original si éste no proporciona una advertencia adecuada. Y cambios significativos en el corpus de leyes circundante pueden afectar la forma en que los jueces deben entender una disposición legal poco clara.

(p. 276) En estos diversos aspectos, la mayoría de los originalistas aceptan formas de evolución del significado. Reconocen no sólo que tales cambios de significado ocurren, sino que deberían ocurrir. Lo que los evolucionistas deben reconocer a los originalistas es que los jueces rara vez hablan de cambios de significado.

¿Qué es lo que separa entonces a los "originalistas" de los "evolucionistas"? Pueden estar en desacuerdo sobre las circunstancias en las que los jueces deben aceptar significados distintos de los que ellos considerarían como significados originales, sobre qué factores pueden tener en cuenta los jueces y sobre el peso que debe darse a las razones a favor del cambio. También pueden estar en desacuerdo sobre cómo conceptualizar la aceptación judicial de un significado no original.

En el punto conceptual, un originalista podría afirmar que el "significado" legal de una disposición legal en realidad no cambia, que lo que hacen los jueces modernos es aceptar las interpretaciones erróneas del significado hechas por otros (como cuando siguen precedentes o decisiones administrativas) o dar efecto a consideraciones distintas del significado (como cuando se niegan a aplicar un lenguaje que ahora no da una advertencia justa).

Si nos damos cuenta de que la intención del autor no determina necesariamente el significado, de que la comprensión del lector puede ser importante para determinar el significado del lenguaje, no tenemos motivos para descartar la posibilidad de que la comprensión del lector *moderno* pueda marcar una diferencia y, por lo tanto, no hay motivos para descartar la posibilidad de que el significado legal pueda cambiar con el tiempo. Y, una vez que vemos que los jueces *tratan adecuadamente* las disposiciones como si tuvieran un significado que varía del original, no encontraremos motivos en la filosofía general para dudar de que el significado pueda cambiar en realidad. Desde el punto de vista de la teoría jurídica y política, lo que es de importancia primordial es cómo los jueces tratan en realidad las disposiciones legales, no si se consideran a sí mismos (o los teóricos los consideran) como si aceptaran un significado modificado o decidieran sobre la base de consideraciones distintas del significado real.

Los originalistas difieren de los evolucionistas en cuanto a la sustancia, ya que es más probable que acepten cambios de significado sólo cuando piensan que el alcance de las disposiciones es genuinamente incierto desde el principio. Excepto quizás cuando se remite a precedentes, un juez originalista no decidirá en contra de un significado que considere evidente o claro. Es decir, una decisión administrativa o un cambio en el cuerpo legal circundante no lo llevarán a desviarse de un significado claro.

Un evolucionista encontrará más disposiciones con un alcance incierto y, por lo tanto, susceptibles de cambio de significado, que un originalista. Un evolucionista también estará dispuesto a veces a aceptar un cambio de significado, aunque el significado original no sea incierto.

Es probable que los originalistas nieguen que hechos sociales modificados, distintos de los cambios en la ley, puedan generar significados legales modificados. Niegan que las valoraciones normativas cambiantes de los jueces sean una base adecuada para nuevas interpretaciones, a menos que una disposición explícitamente deje lugar para tales valoraciones.

Finalmente, incluso cuando un originalista admite que los jueces pueden tomar en cuenta argumentos que no se basan en el significado original, dará más peso a los indicadores del significado original que un evolucionista, quien puede considerar que el significado original tiene poca importancia a medida que una ley envejece.

Interpretación constitucional y estatutaria

(p. 277) Todos los originalistas y la mayoría de los evolucionistas comparten un punto importante: rechazan una explicación del significado que se ajuste a una versión moderna común del significado de la poesía y otras obras literarias. Si el significado depende de la comprensión del lector, ¿por qué no decir que el significado en realidad varía con la comprensión de cada lector? Si usted y yo encontramos significados diferentes en un poema, tal vez lo único que se pueda decir es que el poema tiene significados diferentes. No sólo el poema tiene significados diferentes, sino que los lectores individuales pueden no tener buenas razones para tratar de encontrar un significado que satisfaga a otros lectores.

Un escéptico en cuanto al razonamiento jurídico puede creer que el significado de los textos jurídicos depende de manera similar de las reacciones subjetivas de los lectores individuales. Según esta perspectiva, las razones que asignan los jueces para adoptar un significado en lugar de otro son un manto que oculta la reacción subjetiva. En su forma más extrema, esta posición es definitivamente errónea. Dadas las convenciones del lenguaje natural y del derecho, muchas disposiciones legales, redactadas en términos bastante precisos, sí requieren una comprensión en contexto y excluyen otras. Pero esta realidad deja

abierta la posibilidad de que, en un rango en el que se puedan hacer argumentos razonables en competencia sobre el significado, la interpretación y el significado estén determinados por las respuestas subjetivas individuales. Dado que el lenguaje de las obras literarias, incluso de los poemas, también ejerce restricciones sobre el significado que la gente encuentra razonablemente en ellas, el escéptico puede concluir que el derecho en realidad no es tan diferente en este respecto de la poesía.

Sin embargo, pocos teóricos sostienen que esta analogía con la poesía es adecuada desde el interior, como guía para quienes toman decisiones autorizadas sobre el significado legal. Tal vez un juez debería tratar de captar la sensación personal de una ley, como un lector capta la sensación de un poema; pero el juez no puede quedarse ahí. Su decisión, junto con la de sus colegas, determina a quién coaccionará el estado y establece el significado para casos futuros. El juez debe considerar si su respuesta es idiosincrásica o si las razones que la mueven moverían o deberían mover a otros jueces. El juez busca un significado que otros jueces también encontrarían apropiadamente. Ya sea que el significado sea "original" o se base parcialmente en factores no originales, el juez busca una interpretación que sea sólida para los jueces en general.

2.3 La comprensión de los lectores y la intención de los legisladores

Una de las cuestiones más debatidas en la interpretación de las leyes es la naturaleza y el carácter de la intención legislativa. Al examinarla, se ve que esta cuestión gira en gran medida en torno a la importancia relativa de las ideas de los legisladores sobre lo que han promulgado y de la interpretación que los lectores hacen de las leyes. Un aspecto fundamental de la cuestión se refiere a las fuentes a las que deben recurrir los jueces.

Para desentrañar los elementos de esta amplia cuestión, es útil comenzar recordando que, en la comunicación ordinaria, la intención del hablante (escritor) y la comprensión del oyente (lector) se fusionan sustancialmente. Lo que el oyente entiende es lo que el

hablante ha querido comunicar. Si un extraño es consciente de una comunicación y **(p.**

278) En su contexto social, la mejor evidencia de lo que el hablante pretende es lo que un oyente típico entendería de las palabras del hablante. Un extraño podría tener un conocimiento especial sobre un hablante y un oyente en particular que lo llevaría a concluir que sus entendimientos divergen, pero esto sería inusual. El extraño probablemente llegará a juicios diferentes sobre la intención del hablante y la comprensión del oyente sólo si tiene información sobre la intención del hablante que no está disponible para el oyente. Comúnmente esa información consiste en comentarios que el hablante hace antes o después de haberse comunicado, sobre lo que estaba tratando de decir. Para volver a nuestro ejemplo de los padres que le dicen a su hija adolescente que se vaya a la cama a las 11 en punto cuando termina la película de las 9 en punto, los padres podrían decir a sus amigos: "Estamos realmente preocupados por lo cansada que está. Estamos insistiendo en que se quede despierta no más tarde de las 11". Los amigos estarían seguros de que los padres no tenían la intención de que su hija viera la última hora de la película que termina a las 12 en punto, aunque la hija podría tener dudas sobre las propias instrucciones.

¿Cómo se aplica este análisis a la interpretación de las leyes? Si los jueces se basan exclusivamente en el texto de la ley entendido a la luz de las circunstancias sociales que conocen los lectores, tendrán pocas bases para concluir que los legisladores pretendieron algo diferente de lo que los lectores entenderían. Cualquier debate teórico sobre la importancia comparativa de la intención de los legisladores y la comprensión de los lectores carecería de importancia práctica. El debate teórico tiene fuerza práctica si los jueces pueden utilizar fuentes para discernir qué pretendían los legisladores y qué no utilizarían los lectores comunes.

2.3.1 Evidencias de intención legislativa

Los legisladores individuales pueden declarar sus objetivos antes o después de aprobar una ley. Todo el mundo desconfía de las leyes posteriores.

Declaraciones de promulgación, que no están sujetas a revisión y desacuerdo por parte de otros legisladores antes de que se apruebe una ley. En consecuencia, la principal fuente de evidencia de la intención legislativa (aparte del texto y el contexto) es lo que se denomina historia legislativa, materiales del proceso de promulgación que indican cómo se entiende un proyecto de ley. Las fuentes principales son los informes de los comités que examinan y revisan los proyectos de ley, las declaraciones hechas por los patrocinadores en el pleno de la legislatura sobre lo que significan los proyectos de ley y los cambios reales en los textos de los proyectos de ley a medida que avanzan hacia su aprobación.

Estos materiales están, en cierto sentido, disponibles para los lectores; pero buscarlos lleva mucho tiempo y suele ser difícil extraer lo que es relevante para una cuestión jurídica particular.

Si un juez consulta estos materiales, pero supone que no son la base de la comprensión del texto legislativo por parte de los lectores comunes, puede determinar que los legisladores estaban tratando de hacer algo que no se corresponde con lo que concluiría un lector típico del texto. El debate sobre el papel de la intención de los legisladores y la comprensión del lector en la interpretación de las leyes, por lo tanto, se vincula sustancialmente con el debate sobre el uso de la historia legislativa.

Quienes suponen que la comprensión del lector es lo que importa para el significado de las leyes probablemente le asignen poco o ningún papel a la historia legislativa. Quienes creen **(p. 279)** que la intención legislativa tiene importancia independiente probablemente apoyen el uso de la historia legislativa.

Sin embargo, debemos tener cuidado de no *equiparar* el lugar de la historia legislativa con la cuestión más teórica sobre la intención legislativa. Algunos teóricos que creen que la intención real de los legisladores sobre el alcance de la ley que han promulgado es irrelevante aún encuentran valor en el uso judicial de la historia legislativa. Esa

historia puede revelar hechos independientes que contribuyen a una interpretación sólida y pueden indicar algo sobre actitudes públicas más amplias. Además, fragmentos de la historia legislativa pueden tener apropiadamente un peso convencional en la interpretación que no depende de los estados de ánimo de los legisladores.

Algunos de los argumentos en contra del uso de la historia legislativa no cuestionan directamente la posible importancia de las intenciones de los legisladores. El argumento más común contra el uso judicial de la historia legislativa es que su exploración requiere mucho tiempo y suele ser improductiva, y que la mayor parte de los fragmentos de la historia legislativa moderna no representan las opiniones meditadas de legisladores importantes, sino los intereses de los grupos de presión que han persuadido a los asistentes legislativos para que inserten interpretaciones de las disposiciones que son favorables a sus intereses.

Considero la cuestión de la intención legislativa partiendo del supuesto de que puede haber algunos materiales disponibles para discernir esa intención que no formarían parte de la comprensión del lector. Partiendo de ese supuesto, ¿debería prevalecer la intención de los legisladores, la comprensión del lector o cada uno de ellos es relevante de forma independiente?

2.3.2 La importancia obvia de la comprensión del lector

Podemos empezar por la comprensión del lector. Sin duda, es importante. Las leyes restringen la conducta humana y el legislador no tiene poder para restringir la conducta sin adoptar estatutos. Si los legisladores deben adoptar estatutos para restringir la conducta, no pueden hacerlo con éxito si los ciudadanos carecen de una base en la ley para comprender las restricciones. Más concretamente, en el caso de los casos difíciles, si el lenguaje de la ley deja en la incertidumbre qué actos están prohibidos y cuáles están permitidos, el juicio del lector sobre el lenguaje debería ser importante para la mejor interpretación de una disposición por parte del juez. Al menos cuando la comprensión del

lector moderno no se distingue fácilmente de cómo los lectores en el momento de la adopción habrían entendido el lenguaje, el significado original de una ley no debería depender exclusivamente de la intención de los legisladores, sino que debería incluir la comprensión del lector. (Se podría creer que en el caso de leyes muy antiguas lo que debería importar es la comprensión del lector moderno junto con lo que los legisladores pretendían originalmente, y que esa comprensión del lector original debería tener poca o ninguna importancia independiente).

Según el tipo de estatuto que se adopte, el "lector" pertinente puede ser una persona corriente, un experto en un campo como la energía atómica o un abogado. Una ley penal dirigida a la gente corriente difiere de las normas procesales para los abogados, y ambas difieren de la legislación que regula temas altamente técnicos. Ahora bien, considerando que la gente corriente rara vez lee estatutos, alguien podría dudar de si su comprensión, a diferencia de la de los abogados, debería importar alguna vez. Pero las personas deberían ser capaces de **(p. 280)** entender por sí mismas por qué han cometido un delito o violado los derechos de alguien, incluso si no han leído un estatuto de antemano. En cualquier caso, para la mayoría de los propósitos, la comprensión de los abogados no diferirá mucho de la comprensión de los hablantes comunes y corrientes de inglés bien educados.

¿Cómo debe un juez concebir al lector del lenguaje de las leyes? Para las disposiciones que son complejas pero que dan lugar a su

Interpretación constitucional y estatutaria

Para que el análisis sea cuidadoso, debe suponer que el lector es inteligente y se esfuerza por desentrañar el complicado rompecabezas del lenguaje. Pero no hay expertos en el significado de palabras y frases comunes (excepto aquellos que comprenden de la misma manera que otros lo hacen, como los compiladores de diccionarios). La tarea básica del juez es tratar de entender el texto como lo harían los lectores que se enfrentan a él. (Se puede concebir lectores construidos normativamente que den la mejor lectura posible del lenguaje estatutario, pero esto es

alejarse de un enfoque de comprensión del lector genuino hacia uno en el que el juez construye la mejor lectura normativa). Un juez que pregunta cómo entendería un lector un texto debe prestar cierta atención al contexto social y al propósito legislativo. Un lector verá un texto en el contexto social. Tendrá alguna idea de los problemas que una ley pretendía abordar, y alguna idea de los propósitos legislativos, e interpretará el lenguaje en consecuencia. Por lo tanto, un juez que utilice un enfoque de lectura necesitará determinar qué fuentes utilizar para discernir el contexto social de una ley y los propósitos que un lector atribuiría a la ley. El juez podría basarse, por ejemplo, en análisis de problemas sociales publicados en periódicos y revistas o en el discurso sobre el Estado de la Unión de un Presidente.

En el caso de la legislación moderna y de las reacciones modernas a la legislación anterior, un juez puede ser lo suficientemente audaz como para suponer que reproduce adecuadamente lo que un lector entendería. Su lectura puede ser la lectura de un lector. Pero esto no funcionará para la comprensión original de una legislación mucho más antigua. Un juez no puede captar intuitivamente todo lo que el lector de una época muy pasada habría entendido; necesita hacer un intento consciente de recuperar las comprensiones anteriores. Pero, ¿cómo debería hacerlo? ¿Debería postular un solo lector del período o reconocer que diferentes lectores pueden haber entendido palabras o frases cruciales de manera diferente? ¿Debería concebir una comprensión bien entendida?

¿Un lector educado o uno con una educación rudimentaria? ¿Su lector debería representar actitudes normativamente deseables o actitudes promedio? Para tomar un ejemplo extremo, si los lectores en 1830 asumieran que los miembros de la "raza blanca"

eran superiores a todas las demás, ¿debe ahora interpretarse en consecuencia una disposición de cobertura incierta, adoptada en 1830?

¿Y exactamente qué estados de ánimo de un lector, presente o pasado, debería nuestro juez tomar como actitudes que cuentan para la comprensión? Vuelvo a estos

problemas después de examinar los problemas análogos más conocidos sobre la intención legislativa.

2.3.3 Desviación del lenguaje textual

Otro problema interpretativo importante sobre la comprensión textual merece ser mencionado. ¿Cuándo, si es que alguna vez, deben los jueces interpretar el lenguaje de manera diferente a lo que las palabras de una **disposición** parecen decir a primera vista? Existe un acuerdo general en que los jueces deben completar las palabras omitidas, cuando nadie duda de que una palabra, como "no", ha sido omitida por error. Más controvertido aún, los jueces también intentan interpretar el lenguaje de una manera que corresponda con las políticas básicas subyacentes a una ley y con los principios fundamentales de justicia. En un caso famoso, la Corte Suprema interpretó una ley que prohibía a los empleadores hacer contratos con extranjeros "para realizar trabajo o servicio de cualquier tipo en los Estados Unidos". 4 Aunque el lenguaje estatutario específico era lo suficientemente amplio como para cubrir el contrato de la iglesia con un ministro británico, la Corte dijo que la ley estaba dirigida a los trabajadores manuales, no a los que trabajan con el cerebro, y especialmente no a los ministros del evangelio. La juez Antonia Scala, una destacada "textualista" (es decir, una originalista que se basa en el significado textual, no en la intención legislativa), ha expresado un poderoso desacuerdo con el enfoque de ese caso: 5 cuando

Las palabras específicas son relativamente claras y los tribunales deben seguirlas, dejando que las legislaturas corrijan sus propios errores.

2.3.4 La posible relevancia de las intenciones de los legisladores

Los jueces de varios países de common law han adoptado diferentes posturas con respecto a la intención de los legisladores y los recursos de la historia legislativa. Durante la mayor parte del siglo XX, los tribunales británicos se negaron a examinar los materiales legislativos internos; la Corte Suprema de Estados Unidos los utilizó ampliamente para discernir los objetivos del Congreso. A

principios de un nuevo siglo, una mayoría de los jueces de la Corte Suprema todavía se basan en la historia legislativa, pero otros, encabezados por el juez Scalia, no lo hacen. Entre las razones para oponerse a ese uso se encuentran las siguientes: (1) Los materiales de la historia legislativa son una indicación poco fiable de las actitudes dentro de la legislatura. (2) Los legisladores pueden regular sólo votando sobre las leyes; no deberían controlar el significado insertando sus puntos de vista en la historia legislativa. (3) La confianza judicial en la historia legislativa contraviene la necesidad de que la legislación sea adoptada por las dos cámaras y el ejecutivo. (4) El concepto de intención legislativa es en sí mismo erróneo.

El primer motivo de oposición tiene gran importancia práctica, pero presenta pocas cuestiones teóricas problemáticas.

Los materiales de la historia legislativa pueden ser un buen o mal reflejo de lo que creen los legisladores. La investigación judicial de los materiales puede o no ser a menudo esclarecedora sobre interpretaciones específicas de disposiciones particulares y Página 9 de 29

Interpretación constitucional y estatutaria

sobre los propósitos más amplios que subyacen a una ley. Los jueces y los académicos tienen que evaluar el valor de la historia legislativa frente a los costos que supone para los jueces considerarla y para los abogados analizarla en busca de información relevante. Parte de esta evaluación implica una decisión sobre si los informes de los comités deben reflejar las opiniones de los propios legisladores para que sean significativos o si se les puede dar peso porque reflejan las opiniones de los miembros del personal en activo.

(p. 282) Las otras tres objeciones sostienen que, en principio, las intenciones de los legisladores no deberían marcar ninguna diferencia.

Estas objeciones plantean cuestiones generales sobre instrucciones y reglas, y cuestiones más específicas sobre la vida política y los sistemas jurídicos.

En relación con las cuestiones generales sobre instrucciones y reglas, supongamos que una persona tiene una relación de autoridad sobre otra. Si el trabajo del sujeto fuera tratar de llevar a cabo todos los deseos de la persona con autoridad, las instrucciones verbales de esta última servirían principalmente como un medio para indicar sus deseos. Cuando el sujeto reconoce que las instrucciones de la autoridad no fueron claras, o de alguna manera sabe que no pretendía obtener los resultados claramente exigidos por las instrucciones, el sujeto se guiará por la intención de la autoridad. El argumento de que las implicaciones de las instrucciones mismas deberían controlar tiene fuerza sólo si el trabajo del sujeto es seguir las instrucciones, no llevar a cabo todos los deseos percibidos de una autoridad.

Los órganos legislativos sólo pueden actuar adoptando el lenguaje de las leyes; los ciudadanos no tienen por qué hacer lo que desean los legisladores si estos no han adoptado el lenguaje de las leyes. Por lo tanto, el argumento de que sólo el lenguaje de las leyes debería tener validez supera este obstáculo inicial de que las instrucciones pueden ser mera evidencia de deseos.

Sin embargo, incluso cuando las personas tienen la libertad de hacer lo que desean o creen que es mejor, a menos que estén limitadas por instrucciones, las relaciones varían. Un sujeto puede no tener intereses propios relevantes opuestos a los de la persona que tiene autoridad sobre él, y la autoridad puede poseer mayor competencia o puede disfrutar de una mayor legitimidad porque otros le han asignado responsabilidad. Un paciente ha confiado su atención médica a un médico. El médico da instrucciones sobre el tratamiento a una enfermera y a un médico que la reemplaza. La enfermera es menos experta; el segundo médico, aunque tan hábil y experimentado como el primero, tiene menos responsabilidad por el tratamiento de este paciente.

Tanto la enfermera como el segundo médico deben seguir las instrucciones del primer médico según su intención, si llegan a descubrir dicha intención.

En otras circunstancias, una persona tiene autoridad para limitar lo que un sujeto puede hacer al emitir instrucciones, pero éste tiene sus propios intereses y la libertad de perseguirlos, salvo que se le indique lo contrario.

Los empleados, por ejemplo, pueden tener libertad para vestirse como quieran, salvo que sus jefes les impongan restricciones. Un trabajador puede decir razonablemente que no tiene éxito si las instrucciones de su jefe así lo establecen, y que no necesita actuar de acuerdo con su intención, si esa intención es más restrictiva que la fuerza aparente de las instrucciones tomadas por sí mismas. El trabajador puede afirmar que tiene un rango de libertad que sólo puede limitarse mediante instrucciones que, por sí mismas, le digan qué hacer. La lección de estas analogías informales es que la importancia de la intención de alguien que imparte instrucciones depende de las razones por las que la persona tiene autoridad y de la relación de esa persona con quienes están sujetos a ella.

Las leyes varían entre sí en lo que respecta a las relaciones entre las legislaturas y los sujetos de las leyes. Algunas leyes son instrucciones que la legislatura, un organismo con mayor autoridad política, da al poder ejecutivo para que lleve a cabo políticas públicas generales. Otras leyes restringen la libertad de los individuos de maneras que estos desaprueban o les desagradan. Si una investigación sobre las relaciones tuviera que determinar si el lenguaje de las leyes **(p. 283)** debería ser en sí mismo determinante o si también debería contar la intención legislativa, la respuesta correcta dependería de la ley en cuestión.

En lugar de concluir que la intención es irrelevante porque las legislaturas solo pueden regular adoptando el lenguaje, los jueces considerarían a todos aquellos directamente afectados por una ley, antes de decidir si deben ir más allá del lenguaje textual rector para confiar en una intención detectable desde fuera del texto.

La preocupación de que la confianza en el historial legislativo en los Estados Unidos evite un proceso formal de aprobación se basa en parte en la suposición de que la Constitución, que exige la aceptación de dos cuerpos legislativos y del Presidente, fue diseñada para dificultar la

legislación. Los jueces que utilizan el historial legislativo dan peso a las indicaciones de significado que no han sido aprobadas de la manera requerida. Una respuesta parcial a esta preocupación es que los jueces suelen emplear el historial legislativo para llegar a conclusiones que no están claras a partir de las propias disposiciones legales. Utilizar ese material para interpretar lo que se ha adoptado no es exactamente lo mismo que permitir que los miembros de una cámara legislen en función de su historial legislativo. Frente a un ideal de adopción por dos cámaras y el ejecutivo, el uso judicial del historial legislativo para inferir la intención legislativa puede tener un defecto, pero el defecto no es lo suficientemente grave como para rechazar el historial legislativo por esa razón.

Interpretación constitucional y estatutaria

suelo.

2.3.5 Cómo entender la intención legislativa

La afirmación de que la intención legislativa es totalmente errónea, de que el concepto es en realidad incoherente, es otra objeción a que los tribunales se basen en la historia legislativa para revelar la intención. Para evaluar esta objeción, debemos examinar cómo se puede entender la intención legislativa. Puede reflejar los estados mentales reales de los legisladores, encarnar una noción objetiva de un legislador razonable o funcionar como un constructo basado en convenciones sobre qué materiales cuentan. Muchas opiniones se leen como si la intención legislativa reflejara los estados mentales reales de los legisladores, pero esa idea ha sido cuestionada con fuerza.

Sugiero cómo podríamos desarrollar mejor una versión de la intención legislativa basada en los estados mentales y ofrezco algunas salvedades, antes de preguntar si la adopción de un enfoque objetivo o convencional evita las dificultades percibidas en una explicación de los estados mentales.

Se podría tomar el concepto de intención legislativa como una ilustración de la amplia cuestión teórica de qué constituye una intención de grupo. Se trataría de esbozar

los parámetros de las "intenciones de grupo" y luego decidir si las actitudes de los legisladores hacia una pieza legislativa cumplen los requisitos. Sin embargo, esta forma de proceder sería errónea.

En cuanto a si un grupo puede tener alguna vez una "intención", la respuesta es "sí". No es que el grupo como tal tenga un estado mental, sino que los miembros de un grupo comparten el mismo estado mental. Si todos (o casi todos) los miembros de un grupo comparten conscientemente una intención relacionada con el funcionamiento del grupo, el grupo (en este sentido) tiene esa intención. Nuestros padres tenían una intención compartida sobre la hora de acostarse de su hija adolescente y todos los miembros de un equipo pueden compartir la intención de jugar de una determinada manera.

En estas condiciones estrictas, los legisladores rara vez tendrían una intención compartida sobre el alcance de disposiciones legales específicas. Podríamos proceder a preguntar si **(p. 284)** los grupos pueden tener intenciones en condiciones menos estrictas que los legisladores cumplirían con mayor frecuencia. Pero la pregunta crucial para la interpretación no es si un legislador tiene una intención grupal, sino si los jueces deben tener en cuenta las actitudes de los legisladores al interpretar las leyes.

Este ejercicio puede ser apropiado, tal vez porque las intenciones de una minoría de legisladores individuales deberían importar, incluso si no se cumplen las condiciones para que exista una intención de grupo (y el ejercicio puede ser inadecuado incluso si se cumplen las condiciones). Una vez que nos centremos en lo que los tribunales pueden tener en cuenta de manera provechosa, veremos no sólo que la "intención de grupo" es una pista falsa, sino que podemos comprender que los jueces pueden verse influenciados por algo más complejo que un simple estado mental único mantenido por un cierto número de legisladores.

Es necesario hacer algunas aclaraciones. (1) Los estados mentales relevantes pueden referirse a propósitos generales de las leyes, así como a creencias sobre el

alcance de disposiciones particulares. (2) Si los jueces llegan a conclusiones sobre estados mentales reales, estas deben basarse en probabilidades, no en certezas. (3) Los jueces basarán sus juicios sobre estados mentales reales principalmente en expresiones o manifestaciones de algún tipo. Sería un requisito razonable, dada la naturaleza de la legislación, que estas manifestaciones deban ocurrir antes de la adopción de la legislación.

Cuando uno considera qué estado mental debe considerarse una intención, dos candidatos obvios son las "esperanzas" y

"expectativas". Pero ambas resultan inadecuadas. Un legislador podría aceptar un lenguaje que sabe que está diseñado para prohibir una conducta particular. No está a favor de esa prohibición, pero la ha aceptado para obtener apoyo para aspectos de la ley que respalda. Espera que los tribunales interpreten la disposición de manera contraria a la forma en que ella la entiende. Sus esperanzas no reflejan su intención pertinente. Supongamos que otro legislador espera que los tribunales, que no simpatizan con los objetivos de la legislación, interpreten una disposición de manera contraria a sus esperanzas y a su comprensión de lo que logra. Sus expectativas no reflejan su intención pertinente.

El estado de ánimo que es mucho más relevante que las esperanzas o expectativas es la comprensión que tiene el legislador de lo que hace la ley, su opinión sobre cómo los tribunales *deberían* interpretar su lenguaje. Se podría objetar que este enfoque crea un círculo vicioso. La comprensión del legislador se basa en cómo cree que los tribunales deberían interpretar, en todo lo que los tribunales deberían tener en cuenta. Los tribunales interpretarían sobre la base de la comprensión que tienen los legisladores de cómo ellos (los tribunales) deberían interpretar.

Si existe un círculo vicioso, no es vicioso, porque la función judicial ciertamente abarca mucho más que conjeturas sobre lo que los legisladores piensan que deben hacer los jueces. Las intenciones de los legisladores son sólo una de las bases de la función judicial.

interpretación. Los jueces están influenciados, pero no controlados, por la manera en que creen que los legisladores deben interpretar.

Además, los jueces pueden decidir dar más peso a las opiniones de los legisladores sobre el significado directo del lenguaje legal que a sus opiniones sobre los matices sutiles de la interpretación judicial.

¿Qué ocurre si un legislador cree que los tribunales deben interpretar de una manera, pero acepta como establecida una práctica contraria que los tribunales han establecido? Los jueces deben guiarse por la **opinión** del legislador sobre cómo debe entenderse un lenguaje específico o propósitos generales, dadas las prácticas interpretativas que él considera establecidas. (En casos que por lo demás son muy reñidos, las esperanzas de los legisladores también pueden influir en cierta medida). ¿Qué opiniones deben contar y qué peso deben concederles los jueces? Contrariamente a lo que a veces se supone, las opiniones de quienes votan en contra de un proyecto de ley pueden importar. Una legislatura es un organismo cooperativo, no simplemente una colección de votantes mayoritarios. Un legislador puede participar en la redacción de una legislación y respaldar lo que hace una disposición particular, pero votar en contra del proyecto de ley final porque tiene otras características objetables. La opinión del legislador sobre lo que hace la disposición debe ser relevante. Incluso si se opuso a esa misma disposición, su comprensión tiene importancia si se ha sumado al esfuerzo de formular el lenguaje.

Las opiniones de los legisladores que realmente han considerado una disposición son más importantes que las opiniones de los participantes pasivos (incluso si uno pudiera adivinar con precisión lo que pensaban los participantes pasivos). Si se toma el temperamento de un grupo, por lo general se le da un peso especial a las opiniones de quienes son más activos y mejor informados.

Es más, los propios legisladores aprueban (o aprobarían si pensaran en ello) un sistema en el que sus propias

opiniones importan más para los estatutos en los que participan más activamente.

Dadas las condiciones de la legislación moderna, ¿hay otras opiniones que cuenten además de las de los legisladores? En la medida en que los miembros opten por confiar en los juicios de su personal y de los miembros del poder ejecutivo que proponen leyes, los tribunales también deberían tener en cuenta esas opiniones. De hecho, si un juez piensa en la legislación como un proceso complejo en el que participan muchos actores además de los propios legisladores, puede considerar importantes las opiniones de los miembros del personal y de los funcionarios ejecutivos que han participado en la redacción, incluso al margen de alguna noción de delegación implícita por parte de los legisladores.

Los jueces que tienen en cuenta las opiniones reales de los legisladores se ven sometidos a una fuerte presión para que también tengan en cuenta sus opiniones hipotéticas. Por opiniones hipotéticas me refiero a las opiniones que los legisladores reales habrían tenido si se hubieran planteado preguntas que no abordaron. Una de las razones por las que los jueces podrían abordar actitudes hipotéticas se refiere a los legisladores pasivos y silenciosos. A menudo, los jueces pueden tener pocas bases para saber si estos legisladores realmente tenían una opinión. Pero los jueces pueden ser capaces de decir que si los miembros del comité y otros legisladores dominantes tenían una opinión particular, o *bien* era compartida (una comprensión real) o habría sido compartida (una comprensión hipotética) por la mayoría de los demás legisladores. Probablemente, las opiniones de una minoría informada deberían ser relevantes por sí mismas. Pero si prácticamente todos los que se expresan están de acuerdo, los jueces que tienen en cuenta las interpretaciones hipotéticas pueden (normalmente) suponer que la mayoría de los legisladores habrían tenido una opinión similar.

Los teóricos de la elección pública se han opuesto a que los jueces se basen en *votos hipotéticos* . Debido al orden arbitrario en el que se pueden considerar las opciones y a la votación estratégica, no se puede estar seguro de cómo habría votado un legislador sobre una cuestión, a menos

que se conozca el contexto de la votación. Confiar en el tipo de interpretación hipotética que he sugerido parece evitar en gran medida (aunque tal vez no del todo) estos problemas **(p. 286) .**

La pregunta que se plantea es qué habría pensado un legislador sobre una disposición, dada la disposición (y la legislación que la rodea) tal como estaba cuando se aprobó. Responder a esta pregunta puede ser difícil, pero no está tan sujeta a las dificultades que plantean las votaciones hipotéticas.

Una versión de la intención legislativa basada en los estados mentales, como la que se desarrolla aquí, es factible; no es incoherente. Si los jueces tratan de discernir y combinar las interpretaciones cruciales de una manera matizada, es cierto que serán incapaces de formular exactamente lo que están haciendo, pero esta incapacidad caracteriza gran parte del razonamiento práctico. No obstante, los jueces pueden ser capaces de hacer evaluaciones sensibles tanto de las interpretaciones de los legisladores como de cómo estas deberían sopesarse frente a otros factores interpretativos.

Dar un peso convencional a fragmentos de la historia legislativa puede ser una alternativa a un enfoque de estados mentales. La idea del peso convencional es que ciertas fuentes, con el paso de los años, han llegado a tener importancia para la interpretación. Por esta razón, los tribunales asignan importancia explicativa a los informes de los comités y otras declaraciones, no porque se relacionen de alguna manera particular con los estados mentales, sino porque las sentencias judiciales anteriores han sido de gran importancia para la interpretación.

Interpretación constitucional y estatutaria

Los intérpretes los han tratado de esta manera. Un problema grave de esta explicación como alternativa radical a un enfoque de los estados mentales es que los fragmentos de la historia legislativa a los que se les otorga más peso son precisamente aquellos que han reflejado mejor las actitudes de los legisladores clave. Además, un argumento sólido para dar a estos fragmentos de la historia

menos peso que en el pasado ha sido que ya no reflejan bien las actitudes de los legisladores. Una explicación que establece alguna conexión entre el peso convencional y los estados mentales es más atractiva que una que concibe un divorcio total. He aquí una de esas explicaciones.

Los materiales a los que los tribunales han dado más peso son aquellos que mejor han indicado las actitudes de los legisladores clave. En los casos típicos, los jueces tienen una idea aproximada de cuánto peso asignar a los informes de los comités, las opiniones de los patrocinadores y las opiniones de los legisladores.

Los jueces tienen en cuenta las declaraciones y otras indicaciones de intención, y no se preocupan demasiado por la precisión con la que los materiales reflejan los estados mentales en casos individuales. Sin embargo, si los jueces tuvieran alguna indicación poderosa en un caso de que los materiales estándar reflejan mal los estados mentales, y que otros materiales son más reveladores, los jueces tendrían en cuenta esos otros materiales. Existe, por tanto, una correlación aproximada entre el peso convencional y los estados mentales. Si los jueces percibieran que las correlaciones cambian drásticamente, el peso convencional cambiaría.

Una alternativa diferente a la explicación de los estados mentales es la construcción de un legislador razonable. La intención legislativa sería la intención que tendría un legislador razonable. Hasta qué punto esta construcción escapa a la investigación de los estados mentales depende de cómo se conciba al legislador razonable. Si se toma al legislador razonable como el legislador medio, los jueces podrían hacer juicios (principalmente juicios empíricos) sobre lo que pensaría sólo considerando las actitudes probables de la mayoría de los legisladores reales, o las actitudes de la mayoría de las personas que podrían ocupar la posición de legislador. Las preguntas sobre quiénes y qué estados mentales importan no desaparecerían, aunque se transformarían en cierta medida. Si se toma al legislador razonable como superior a la mayoría de los legisladores ordinarios **(p. 287)**

Si el legislador razonable estuviera mejor informado, fuera más cuidadoso y más atento a los valores públicos, la conclusión del juez sobre lo que pensaría el legislador razonable dependería menos de suposiciones sobre los legisladores ordinarios. La investigación judicial sería entonces principalmente normativa. Incluso en ese caso, el legislador razonable presumiblemente respondería a los problemas sociales que la gente realmente percibe. Al construir los propósitos que un legislador razonable atribuiría a una ley, un juez tendría que evaluar qué problemas percibían los ciudadanos y los legisladores.

Ese aspecto de la investigación sería empírico y se ocuparía de los estados mentales.

2.3.6 Comprensión del lector y estados mentales relevantes

Queda por volver brevemente a los enfoques de comprensión del lector, para examinar algunos problemas sobre los estados mentales que deberían estar más claros ahora que hemos explorado varios enfoques de la intención legislativa.

Los lectores entienden las disposiciones legales en su contexto. Para entender sus propósitos, necesitan comprender el contexto social de la legislación. Si los propósitos son cuestionados, los lectores deben evaluarlos de acuerdo con su estimación de las actitudes probables de los legisladores, basándose en las fuentes que utilicen, o de acuerdo con algún constructo de cómo reaccionaría un legislador razonable. Incluso este último constructo, como he indicado, no escapa por completo a la investigación de los estados mentales probables.

El juez que construye el lector relevante se enfrenta a dificultades más graves. Los lectores de textos legales pueden tener esperanzas, expectativas y opiniones sobre la interpretación adecuada que pueden estar divididas de la misma manera que las opiniones de los legisladores. Un juez que emplea un enfoque de comprensión del lector debe estar preparado en algunos casos para decir qué estados de ánimo son importantes. Y si uno pregunta cómo los lectores de una ley, que vivían en el momento de su

adopción, habrían entendido una disposición, la respuesta puede ser que diferentes lectores la habrían entendido de manera diferente.

He aquí un ejemplo: el Título VI de la Ley de Derechos Civiles de 1964 establece que los empleadores y los sindicatos no pueden "discriminar"

Por motivos de raza, género, etc. Un sentido de "discriminación" implica cualquier clasificación desfavorable; pero algunas personas piensan que no se puede "discriminar" a los miembros del grupo dominante, que las clasificaciones que favorecen a quienes han sido oprimidos anteriormente no discriminan a quienes se han beneficiado de la opresión. La diferencia sobre el significado de "discriminación" tiene una relación obvia con la cuestión de si las secciones estatutarias cruciales permiten a los empleadores y sindicatos emprender acciones afirmativas que favorezcan a los miembros de grupos que han sido víctimas anteriormente. Analizar los propósitos de la ley no resolverá esta cuestión, porque algunos lectores discernirán un propósito principal de ayudar a las víctimas anteriores de discriminación, mientras que otros lectores creerán que el objetivo principal era eliminar toda categorización en función de la raza y el género.

El juez que adopta un enfoque de "comprensión del lector" debe decidir implícitamente cómo ponderar las opiniones de la página 13 de 29

diferentes lectores o cómo combinar esos lectores en un solo lector razonable y representativo **(p. 288)** . En cualquier caso, los problemas de los estados mentales y sus combinaciones están presentes en los enfoques del lector, así como en las indagaciones sobre la intención legislativa. Las dificultades para resolver tales problemas no pueden ser una razón decisiva para considerar la comprensión del lector con exclusión de la intención legislativa.

2.4 La relevancia del propósito

Una cuestión crucial en cualquier enfoque sobre el significado de una ley es qué peso se debe dar a los propósitos, en contraste con el lenguaje de disposiciones particulares y las indicaciones de intenciones específicas. La mayor parte de la legislación es el producto de un compromiso; no es sorprendente que algunas disposiciones puedan estar fuera de línea con los propósitos generales de una ley. Si el lenguaje de una disposición indica claramente un resultado, los tribunales le darán efecto incluso si está en conflicto con los objetivos más generales de una ley.

Los problemas de interpretación más problemáticos son los siguientes: (1) El lenguaje de la disposición podría leerse de una de dos maneras: la primera se ajusta a las indicaciones de la historia legislativa acerca de los resultados que se pretendían obtener con la disposición; la segunda lleva a cabo mejor los propósitos generales de la ley revelados por la historia legislativa. (2) El lenguaje estatutario podría tener varios significados; uno de ellos parece la lectura más natural de la disposición específica, pero otro se ajusta mejor a los propósitos subyacentes.

El primer problema puede formularse de esta manera. Cuando los jueces miran más allá del texto para discernir los objetivos de la legislatura, ¿deberían prestar más atención a los propósitos o a la intención específica? El argumento a favor de la intención específica es que lo que dicen los informes de los comités y otros materiales legislativos sobre resoluciones específicas está más enfocado que lo que dicen sobre los propósitos. Un argumento a favor de hacer hincapié en los propósitos es que las declaraciones sobre el propósito están menos sujetas a manipulación por parte de los legisladores interesados que las afirmaciones sobre resoluciones específicas. Otro argumento es que el desarrollo de una ley racional se ve mejor servido por los jueces que se concentran en los propósitos legislativos; esto es especialmente cierto a medida que las leyes envejecen y las condiciones cambian. En su influyente trabajo sobre la interpretación de las leyes, Henry Hart y Albert Sacks instaron a que el uso principal de la historia legislativa era determinar los propósitos legislativos.6

Los críticos han objetado que este enfoque no es fiel al compromiso legislativo y alienta a los jueces a seguir sus propias opiniones políticas bajo el pretexto de encontrar propósitos amorfos.

También pueden surgir cuestiones sobre el lugar del propósito cuando los jueces no se basan en la historia legislativa. ¿Deberían los jueces preferir la lectura de una disposición limitada que sea más natural incluso cuando esa lectura se ajusta de manera incómoda a los propósitos que se establecen en un preámbulo o que están obviamente implícitos en el cuerpo del estatuto en su conjunto? Los jueces y los académicos que enfatizan la prioridad del texto tienden a preocuparse por restringir **(p. 289)** la discreción judicial; creen que los jueces deberían, en general, ceñirse a lo que parece decir el texto inmediatamente relevante en lugar de confiar demasiado en declaraciones vagas de propósito.

3 Interpretación constitucional

3.1 Problemas y posibilidades

Prácticamente todos los problemas que surgen en la interpretación de las leyes surgen también en la interpretación constitucional, pero existen diferencias cruciales entre la mayoría de las leyes y la mayoría de las disposiciones constitucionales que afectan a las cuestiones dominantes y a las posiciones persuasivas. Tres características centrales de la Constitución estadounidense son que es mucho más antigua que la mayoría de las leyes, tiene muchas disposiciones abiertas y vagas y es difícil de enmendar.

En parte como consecuencia de estas características, la gente se preocupa por la legitimidad política de los jueces que interpretan las disposiciones constitucionales e imponen sus interpretaciones al resto del gobierno. Estas características y preocupaciones se relacionan en el siguiente ataque (inventado) a la frecuente invalidación judicial de las leyes: "¿Por qué los tribunales no electos deberían impedir que las legislaturas promulguen la voluntad del pueblo, basándose en un documento antiguo

cuya redacción no es clara y cuya adopción fue realizada por políticos no representativos?"

En este capítulo, trato estas características centrales del constitucionalismo estadounidense como el marco en el que se deben considerar los problemas de interpretación constitucional. Pero debo enfatizar que las cosas son diferentes en otros regímenes constitucionales. La Constitución estadounidense fue adoptada en 1789 y la Declaración de Derechos le siguió dos años después. El equilibrio del poder federal y estatal fue alterado significativamente por la Decimocuarta Enmienda, adoptada en 1789.

Interpretación constitucional y estatutaria

1868, después de la Guerra Civil. Como consecuencia, la mayor parte de la constitución nacional se adoptó hace más de 200 años, y su enmienda posterior más importante tiene más de 130 años. En la mayoría de los estados, cuando se adoptaron la Constitución y la Declaración de Derechos, solo los terratenientes varones tenían derecho a voto, y la gran mayoría de los negros vivían en esclavitud. En 1868, la representación era más amplia, pero las mujeres no tenían derecho a voto.

La Constitución estadounidense es muy difícil de enmendar. El método más común requiere el voto de dos tercios de cada cámara del Congreso y la aprobación de tres cuartas partes de las legislaturas estatales. La dificultad de la enmienda formal es una de las razones por las que las primeras disposiciones han demostrado tener tanta fuerza de permanencia.

El lenguaje de muchas de las disposiciones cruciales de la Constitución es escueto. El Congreso tiene el poder de “regular el comercio con naciones extranjeras, y entre los diversos Estados, y con las tribus indias...”7 “El Congreso no hará ninguna ley que afecte **(p. 290)** el establecimiento de una religión o prohíba el libre ejercicio de la misma...”8 Este lenguaje no proporciona un código detallado sobre cómo tratar los problemas.

Las constituciones de muchos países y de muchos estados norteamericanos son más modernas, más detalladas y más modificables. Estas diferencias podrían influir en la interpretación de sus disposiciones.

Antes de abordar cuestiones problemáticas de interpretación constitucional, señalaré algunos tipos de sistemas en los que

Las "constituciones" tienen un estatus diferente al de Estados Unidos, y abordo algunas de las responsabilidades constitucionales de los funcionarios no judiciales.

Algunos sistemas jurídicos, como el de Gran Bretaña, carecen de una constitución escrita integral. Los jueces pueden invocar prácticas constitucionales establecidas cuando interpretan las leyes, pero no pueden decir que la legislación promulgada por el Parlamento es inválida. La legislatura, actuando con la aprobación del rey o la reina, es suprema. Algunos países tienen constituciones escritas que se entiende que limitan a los legisladores y otros funcionarios, pero los tribunales no hacen cumplir las disposiciones de la constitución escrita contra los actos legislativos, sino que aceptan esos actos como válidos.

En los Estados Unidos, la suposición predominante ha sido que una parte promulgada de la Constitución es válida hasta que es derogada por una enmienda posterior. En la India, en cambio, se han declarado inválidas disposiciones de la Constitución porque entran en conflicto con los principios de partes más importantes de la misma.9

Bruce Ackerman ha propuesto que la Constitución estadounidense puede ser enmendada por medios distintos de los formales, mediante una combinación de acción legislativa y aprobación pública.10 La Corte Suprema nunca ha reconocido tal autoridad y, dadas las dificultades de demarcación judicial de cuándo ha tenido lugar una enmienda informal, parece improbable que lo haga. Pero un teórico puede, no obstante, sostener que las opiniones judiciales escritas que dan un tono moderno a disposiciones antiguas son esfuerzos engañosos por ocultar la realidad de la enmienda informal. En lo que sigue, me concentro en la interpretación de la constitución escrita, descuidando tanto

la posibilidad de que las disposiciones constitucionales promulgadas y no derogadas puedan ser inválidas, como la posibilidad de que lo que, en ocasiones, los tribunales realmente interpretan sea una enmienda informal no reconocida.

Mi análisis se centra en la interpretación constitucional en sistemas en los que los tribunales interpretan una constitución escrita y tienen la autoridad de declarar inconstitucionales estatutos y acciones ejecutivas (como registros ilegales). Pero este enfoque no debería **(p. 291)** oscurecer la realidad de que incluso en tales sistemas otros funcionarios también interpretan la constitución. Los legisladores deciden si un proyecto de ley que podrían adoptar pasa la prueba constitucional y los altos funcionarios de policía deciden qué técnicas de investigación están constitucionalmente permitidas.

En los Estados Unidos, áreas enteras del derecho constitucional están en manos de órganos no judiciales. La Constitución establece que los presidentes pueden ser sometidos a juicio político, condenados y destituidos de su cargo por "traición, soborno u otros delitos y faltas graves".1

1 La decisión sobre cómo clasificar las formas de mala conducta oficial implica una interpretación constitucional; pero, según la interpretación tradicional, los tribunales no revisarán las decisiones que tomen la Cámara de Representantes y el Senado sobre conductas que pueden dar lugar a un juicio político. Por lo tanto, incluso en sistemas en los que los tribunales hacen cumplir la mayoría de las disposiciones de las constituciones escritas, es posible que no hagan cumplir todos los aspectos de esas constituciones.

En los ámbitos en los que actúan los tribunales, surgen dos cuestiones interesantes sobre cómo deben considerar sus responsabilidades constitucionales los demás funcionarios. La primera es hasta qué punto los legisladores y los funcionarios ejecutivos deben considerarse limitados por las decisiones constitucionales de los tribunales. Sin duda, deben acatar lo que los jueces deciden en cada caso individual, pero ¿deberían también considerar que la norma

jurídica anunciada por un tribunal regula su comportamiento de manera más general?

Interpretación constitucional y estatutaria

En todos los países de common law, los demás funcionarios se guían en gran medida por las interpretaciones judiciales; pero, supongamos que los miembros del Congreso piensan que la Corte Suprema ha cometido un error al declarar inválida una ley, ¿pueden volver a promulgar una legislación similar? Cuando la decisión *Dred Scott* declaró inválido el Compromiso de Missouri porque pretendía liberar a los esclavos que habían sido llevados por sus amos a territorios libres, Abraham Lincoln respondió que no consideraba que los principios anunciados por la Corte Suprema fueran principios que el Congreso tuviera que seguir. 12 Una cosa es decir que los tribunales deben aplicar la Constitución en sus decisiones, y otra muy distinta decir que sus opiniones vinculan a otras ramas del gobierno. En las últimas décadas, la Corte Suprema ha hablado como si sus decisiones establecieran principios autoritativos para todas las ramas del gobierno. 13

Una segunda cuestión sobre las actitudes de los funcionarios no judiciales es cómo deberían considerar la Constitución como reguladora de su conducta. 14 En algunas áreas del derecho constitucional estadounidense, la validez de una ley puede depender de las razones por las que los legisladores la adoptaron. Por ejemplo, una ley promulgada para promover un objetivo religioso viola la Cláusula de Establecimiento. Pero los jueces dudan en decidir que los objetivos religiosos subyacen a una ley que puede justificarse por motivos no religiosos y, en cualquier caso, los objetivos religiosos de unos pocos legisladores no invalidarían toda una ley **(p. 292)** . Supongamos que un solo legislador no votara a favor de una ley que otorga ayuda a las escuelas religiosas privadas, excepto porque cree que la ayuda promoverá la verdad religiosa. Sabe que otros legisladores tienen razones seculares para apoyar el proyecto de ley —mejor educación para los niños— y que un tribunal no declarará inválida la ley porque se basa en un propósito inadmisible. Al menos, si acepta la idea de que

la Constitución prohíbe la formulación de leyes con fines religiosos, probablemente tenga la obligación constitucional de no votar a favor de la ley, aun cuando sepa que su voto a favor no conducirá a su invalidación judicial. No voy a indagar más en estas cuestiones sobre cómo los funcionarios no judiciales deberían concebir su fidelidad a la Constitución.

3.2 Cuestiones fundamentales de legitimidad política

El control judicial de la validez de la acción legislativa en virtud de la Constitución federal genera dos problemas de legitimidad relacionados entre sí. Uno de ellos, el más sencillo, se refiere a la interpretación judicial. La Constitución es una especie de ley superior, una ley que todos los actores del gobierno deben observar. Si los legisladores y el ejecutivo son fieles a sus funciones y juramentos en el cargo, tratarán de cumplir con la Constitución. En muchos aspectos, los requisitos precisos de la Constitución no son claros. Si el Congreso adopta una ley y el Presidente la firma, dos ramas del gobierno han emitido un juicio de que la ley es constitucional. ¿Por qué el poder judicial, una tercera rama no electa, debería poder decir que la ley es inválida y, dada la dificultad de la enmienda, impedir efectivamente que se implemente esa ley? ¿Por qué los jueces no deberían considerar concluyentes las decisiones que toman las ramas coordinadas sobre la constitucionalidad de sus propias actividades? Cuando los legisladores adoptan leyes, ¿no es la decisión deliberada del órgano supremo electo más importante que las opiniones de una mayoría de nueve jueces?

Un análisis más detallado debe distinguir entre los distintos tipos de cuestiones constitucionales. El nuestro es un sistema político federal cuyo ejecutivo nacional es independiente del Congreso. Es necesario que algún organismo federal pueda determinar cuándo los estados han excedido sus poderes *con respecto* al gobierno nacional y, dentro del gobierno nacional, puede ser necesario un organismo judicial para resolver disputas sobre la autoridad entre el poder legislativo y el ejecutivo. La Corte Suprema y otros tribunales federales son los órganos adecuados para desempeñar estas funciones.

Los casos más dudosos de revisión se dan cuando alguien alega que el Congreso nacional ha excedido sus poderes *con respecto a* los estados, que el Congreso ha violado derechos individuales o que un estado ha violado derechos individuales. El sistema de gobierno no se desmoronaría si los tribunales aceptaran estos ejercicios del poder legislativo.

Alguien podría quejarse de que cualquier esbozo de un argumento en contra de la revisión basado en la autoridad política no tiene sentido. Cualquiera que sea la recomendación que le hagamos a un país **(p. 293)** que adopte una nueva constitución, Estados Unidos tiene una constitución que otorga a los tribunales la autoridad para revisar todo tipo de cuestiones constitucionales. Si la Constitución confiere esta autoridad, los tribunales deben ejercerla.

Es posible que los argumentos en contra de la revisión fueran pertinentes en el pasado para analizar si la Constitución preveía la revisión judicial de las leyes del Congreso, una facultad que no está explícita en el texto constitucional. Pero esa cuestión se resolvió hace mucho tiempo, en el famoso caso de *Marbary v. Madison* ,1

5 y probablemente según el diseño de los autores.

Dado que la revisión está hoy firmemente arraigada, su sabiduría y legitimidad política podrían parecer irrelevantes para la forma en que los jueces modernos deberían desempeñar sus funciones.

Interpretación constitucional y estatutaria

He aquí cómo la preocupación por la legitimidad política se conecta con las teorías de interpretación. Si el control judicial de las leyes es en sí mismo sospechoso, entonces los jueces que ejercen este poder deben hacerlo con mucha cautela. En caso de duda razonable, deben aceptar lo que ha hecho el legislador.

En uno de los artículos de revisión jurídica más conocidos e influyentes, James Bradley Thayer sostuvo que el Congreso tiene la autoridad primaria (aunque no exclusiva) para interpretar la constitucionalidad de sus acciones, y que sus determinaciones tienen derecho a ser respetadas.16 Los tribunales pueden hacer caso omiso de una ley sólo "cuando quienes tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido un error, sino que han cometido uno muy claro, tan claro que no está abierto a una cuestión racional".17 Los tribunales no deberían hacer sus propios juicios directos sobre la constitucionalidad, sino que deberían llegar a una "conclusión sobre qué juicio es permisible para otro departamento al que la constitución ha encargado el deber de hacerlo".18 Durante largos períodos del siglo pasado, varios críticos de las decisiones de la Corte que restringen el poder del Congreso *frente a* los estados y defienden los derechos económicos e individuales (no económicos) han afirmado que los jueces deberían restringirse y atenerse a las resoluciones de las legislaturas.19

Las cuestiones relacionadas con la legitimidad política, que a menudo se plantean como objeciones a que los jueces impongan su voluntad con demasiada libertad a los legisladores, se remontan a la idea básica de la restricción constitucional. ¿Por qué un gobierno democrático moderno debería verse limitado en sus decisiones por los juicios de hombres no representativos que murieron hace mucho tiempo? Necesitamos separar las tres vertientes de esta queja: la inadecuación de la restricción constitucional; la injusticia de que una generación restrinja a las generaciones posteriores; y la falta de representatividad de los fundadores de un país.

¿Deben los gobiernos modernos verse limitados por constituciones escritas? En principio, no hay ninguna buena razón para que las sociedades no declaren que algunas disposiciones están fuera del alcance de las mayorías transitorias de los cuerpos legislativos; y para muchas sociedades ésta puede ser una política sensata. En un momento de seria reflexión, los miembros de una sociedad, o la **gran** mayoría de sus representantes, pueden decidir retirar ciertas cuestiones políticas de la mesa de decisiones legislativas, para impedir que la legislatura ceda

a las pasiones o a los intereses parroquiales. Tal reserva es particularmente importante para preservar la imparcialidad del propio proceso político y la consideración equitativa de los intereses de todos los ciudadanos.

¿Debe una generación poder obligar a otra? Esta inquietante pregunta no tiene una respuesta sencilla. Un aspecto secundario es que, en verdad, una sociedad no tiene generaciones separadas, sino generaciones entrelazadas. En ningún momento la generación que redactó la Constitución cede el paso a la *siguiente* , y así sucesivamente. Pero el problema de que vivimos bajo una Constitución cuyas partes principales fueron adoptadas por personas que ya no están vivas persiste.

La mejor respuesta a la pregunta de por qué debemos sentirnos obligados es que una constitución debe demostrar con el tiempo que es valiosa en la vida de cada generación. Una razón por la que una constitución antigua es ahora valiosa, y por lo tanto vinculante, es que proporciona un conjunto compartido de respuestas a cuestiones políticas fundamentales. Una sociedad debe tener algunas reglas básicas, y es muy difícil llegar a un acuerdo sobre las nuevas. Además, como demuestra la historia estadounidense, un sentido de la continuidad histórica de una constitución puede tener un valor considerable para un sentimiento de comunidad. La legitimidad de la Constitución deriva en parte de su existencia y en parte de su origen antiguo, pero limita legítimamente a la gente de nuestro tiempo porque contribuye a nuestra vida social.

El problema de la falta de representatividad tiene una respuesta similar. Lo que cuenta a lo largo del tiempo es lo que la Constitución dispone y lo bien que eso encaja con las nociones de justicia de las generaciones posteriores. Si algunos intereses muy importantes no estaban representados, eso es motivo para ser escéptico tanto en cuanto a que esos intereses fueran tratados de manera justa en aquel entonces como a que intereses similares reciban ahora la protección constitucional adecuada. Pero la prueba para nosotros ahora es el contenido, no la equidad de la representación en su origen.

Es fácil ver cómo estas preocupaciones sobre la legitimidad de una constitución general pueden afectar la interpretación. Si alguien duda de la sensatez de imponer muchas restricciones a los órganos elegidos democráticamente, querrá que las restricciones que existen se entiendan con modestia. Así, el hecho de que una constitución escrita restrinja a las mayorías actuales puede combinarse con la característica contramayoritaria de la revisión judicial para aconsejar la moderación de los tribunales, para aconsejar la aceptación amplia de lo que las legislaturas han elegido. Las preocupaciones sobre la legitimidad de una constitución *antigua* pueden funcionar de manera similar, para promover una visión relajada de sus restricciones. Tal vez los jueces deberían ejercer la moderación judicial, no invalidando toda la legislación que la Constitución fue diseñada para impedir y ciertamente no tratando de invalidar otra legislación que un originalista consideraría aceptable.

Las preocupaciones sobre la falta de representatividad podrían funcionar de manera diferente, para sugerir un enfoque variable hacia la interpretación.

Interpretación constitucional y estatutaria

Tal vez los jueces deberían preguntarse si alguna disposición en particular fue resultado de una representación injusta y si la disposición continúa afectando injustamente intereses como los que no fueron representados. Si la respuesta a ambas preguntas es "sí", los jueces podrían minimizar o ampliar el alcance de la disposición **(p. 295)** en consecuencia. He aquí un ejemplo crudo. La Constitución original establece que "Ningún estado aprobará ninguna... ley que menoscabe la obligación de los contratos".20 Esta formulación puede haber sido una consecuencia de una representación injusta de los intereses de propiedad y negocios. Esa podría ser una razón para interpretar la restricción de manera estricta, no para impedir el alivio legislativo moderno para los deudores pobres.

Las creencias sobre la falta de representación podrían llevar a los jueces, en cambio, a ampliar las vagas protecciones constitucionales para proteger intereses que no estaban adecuadamente representados cuando se adoptaron las disposiciones. Así, la Corte Suprema moderna ha interpretado la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda para proteger la igualdad de las mujeres, aunque tal protección estaba lejos de la mente de los hombres que adoptaron la enmienda.

3.3 La dificultad contramayoritaria

En el siglo XX, una parte importante del discurso sobre el derecho constitucional se ha centrado en lo que se ha denominado la "dificultad contramayoritaria". El principal foco de atención se ha centrado en el carácter antidemocrático del control judicial, pero hemos visto que la naturaleza de una constitución escrita duradera plantea en sí misma un problema para la democracia mayoritaria. Cuando, durante el primer tercio del siglo, una Corte Suprema políticamente conservadora estaba anulando leyes federales y estatales diseñadas para promover la justicia económica, muchos liberales y académicos legales apoyaron el enfoque de Thayer: los jueces deberían respetar las decisiones de las legislaturas. En un trabajo ampliamente leído publicado en los años 1950 y 1960, Alexander Bickel instó, entre otras cosas, a que la Corte Suprema fuera cautelosa a la hora de enfrentarse a los poderes políticos, a que empleara "virtudes pasivas" para evitar decidir muchas cuestiones para las que la resolución de principios sería el rechazo de las iniciativas legislativas populares.21

A finales de los años 1930 y durante los años 1940, la Corte Suprema comenzó a interpretar la Constitución de manera que no impusiera demasiadas restricciones cuando el Congreso interfería en el poder estatal y cuando los estados regulaban los intereses económicos. Al mismo tiempo, la Corte brindó una protección cada vez mayor en virtud de las cláusulas de libertad de expresión y libertad de prensa, en virtud de las secciones de la Carta de Derechos relativas al proceso penal y, para los negros y otras minorías, en virtud de la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda. Dentro y fuera de la Corte

Suprema, la gente presentó justificaciones para que la Corte interpretara algunos derechos de manera expansiva y otros de manera restringida. Las formulaciones diferían, pero la idea básica era que los tribunales deben proteger la integridad del proceso político y garantizar que las mayorías poderosas no se unan contra las minorías desfavorecidas. Este enfoque fue sugerido por primera vez **(p. 296)** en una opinión de la Corte Suprema en una famosa nota al pie, nota al pie 4.

en *Estados Unidos v. Carolone Products* ;22 su desarrollo académico más completo fue obra de John Hart Ely, quien escribió que las reivindicaciones abiertas de la Constitución deberían entenderse como "reforzadoras de la representación".23

Durante la última parte del siglo XX, algunos académicos, en particular Ronald Dworkin, han cuestionado las premisas subyacentes de la "dificultad contramayoritaria". Dworkin ha sostenido que la naturaleza fundamental de la democracia no es que las decisiones se tomen por votos mayoritarios en las legislaturas, sino que se ofrezca a los ciudadanos la misma consideración y respeto.24 En su opinión, si los tribunales llegan a resoluciones que promuevan la igualdad de consideración y respeto, no se sacrifican los valores democráticos.

Si se supone que las legislaturas son más representativas de la población que los tribunales, esta postura es exagerada. Cuando existen desacuerdos sobre lo que es justo y útil en una sociedad, es *beneficioso* que esos desacuerdos se debatan y resuelvan en órganos políticamente responsables. Jeremy Waldron ha sostenido que, puesto que nadie es moralmente infalible, es más apropiado que las opiniones morales de los legisladores elegidos democráticamente implementen un lenguaje constitucional amplio que que lo hagan unos pocos jueces no electos.2

5 La democracia tiene algo que ver

El problema es quién toma las decisiones, y las formas más democráticas de tomarlas son las que toman los propios ciudadanos o sus representantes electos. Si creyéramos

que, con el tiempo, podríamos proyectar resultados constitucionales de las legislaturas y los tribunales que fueran igualmente buenos y justos y que arrojaran principios constitucionales igualmente claros, probablemente deberíamos optar por la toma de decisiones por parte de las legislaturas. Por lo tanto, la invalidación judicial de la legislación conlleva un cierto costo en términos de valores democráticos.

Sin embargo, la compensación de las ganancias puede hacer que esta práctica sea apropiada y deseable en una democracia. En términos más simples, en algunas cuestiones importantes, uno puede confiar razonablemente más en los tribunales que en las legislaturas. Muchas garantías constitucionales son deliberadamente contramayoritarias. Si las mayorías temporales o los legisladores buscan obtener ganancias políticas a expensas de los odiados Página 18 de 29

Interpretación constitucional y estatutaria

Las minorías probablemente cedan a la pasión y supriman el discurso impopular, lo que constituye una base sólida para que los tribunales determinen los límites constitucionales de la libertad de expresión.

Un aspecto más sutil es el que se da en la interacción entre las decisiones legislativas y judiciales. La invalidación judicial puede promover algunos valores, incluso si las legislaturas y los tribunales son igualmente protectores de esos valores. La libertad de expresión es un buen ejemplo. Si el Congreso decide permitir que la libertad de expresión sea libre, un tribunal no declarará que *esa decisión* sea inválida. Quienes prefieren que se suprima la libertad de expresión rara vez tienen un argumento constitucional para afirmar que *debe* suprimirse. Por lo tanto, siempre que el Congreso opte por la libertad **(p. 297)** , su decisión se mantendrá. La cuestión de la invalidación surge cuando el Congreso decide suprimir la libertad de expresión. Si los tribunales se someten al Congreso, la decisión de suprimir rara vez se revocará. Los tribunales no deferentes invalidarán más leyes que supriman la libertad de expresión. Por lo tanto, la invalidación judicial activa promoverá una mayor libertad de expresión que la

alternativa, incluso si al Congreso le importa tanto la libertad de expresión como a los tribunales.

Sin embargo, debo hacer dos salvedades. Esta conclusión no se seguiría si la práctica de la invalidación judicial hiciera que el Congreso se preocupara menos por la libertad de expresión y dejara su protección en manos de los tribunales. Además, mi análisis no se aplica cuando ambas partes en una disputa política o jurídica tienen reclamos contrapuestos de derechos constitucionales, como cuando un reclamo de libre ejercicio de un trato especial se enfrenta con el argumento de que el trato especial violaría la Cláusula de Establecimiento.

Cualquier análisis del control judicial en un sistema político real debe ser realista en cuanto a cómo son las legislaturas en ese sistema. Nadie cree que las legislaturas se acerquen a representar perfectamente a los electores. Si las legislaturas son demasiado a menudo insensibles a las minorías, se doblegan ante intereses creados y se ven afectadas por la corrupción (y no se cree que eso cambiaría mucho si se eliminara el control judicial), se puede concluir que los tribunales no son mucho menos representativos que las legislaturas. (Por supuesto, también hay que considerar a los tribunales como son, no como idealmente deberían ser). Una evaluación de qué conjunto de instituciones y autoridades satisface mejor los valores democráticos debe tener en cuenta tanto las realidades como los ideales.

Por último, una posible virtud de la resolución judicial es su carácter basado en principios. Los miembros de la sociedad pueden aprender sobre valores fundamentales a partir del análisis sostenido y disciplinado que proporcionan las opiniones judiciales. Por otra parte, la forma argumentativa de esas opiniones tiende a menospreciar a quienes sostienen puntos de vista opuestos y puede desalentar el acomodo y el compromiso.

En resumen, si bien un control judicial sólido puede implicar algún costo en términos de valores democráticos, ese costo puede ser sustancialmente compensado por las contribuciones que el control puede hacer a la democracia. Puede ser ilustrativo a este respecto que entre las democracias liberales desde la Primera Guerra Mundial, el

movimiento entre los gobiernos nacionales (Alemania, Canadá y la República de Sudáfrica son ejemplos notables) y en las organizaciones transnacionales, como la Comunidad Europea, ha sido hacia el control judicial, no en contra de él.

Las cuestiones sobre la legitimidad arrojan luz sobre la forma en que las cuestiones que examinamos para la interpretación de las leyes varían en su contexto constitucional. ¿La interpretación constitucional debería ser evolutiva u originalista? Podemos contrastar la interpretación evolutiva con el originalismo estricto y el originalismo moderado, términos que desarrollo más adelante. Sugiero que el originalismo estricto no es defendible y que una forma plausible de originalismo moderado no es demasiado diferente en la práctica de un enfoque evolutivo moderado.

(p. 298) 3.4 Características indiscutibles de la interpretación constitucional Es útil comenzar con algunas características indiscutibles de la interpretación constitucional. Con mucha más frecuencia que en el caso de las leyes, el lenguaje constitucional crucial en un caso se reduce a una formulación general, como las dos cláusulas de religión que he citado. Con respecto a la mayoría de las frases clave de la Constitución, un litigio previo extenso ha desarrollado doctrinas más específicas que las que proporciona el lenguaje constitucional. Gran parte de la adjudicación constitucional resulta ser más sobre los resultados y doctrinas de casos estrechamente relacionados que sobre cualquier examen nuevo de las cláusulas originales.26 Un estudiante de derecho de libertad de expresión se encuentra con conceptos como discriminación por puntos de vista, foro público e interés imperioso que son doctrinas modernas cruciales pero que no tienen lugar en la Cláusula de Libertad de Expresión en sí, en la historia que la precedió o en los escritos contemporáneos de los redactores. No digo que estos sean principios inapropiados, solo que no se los puede encontrar de ninguna manera fácil en la disposición textual.

Otra característica indiscutible de la interpretación constitucional es que las protecciones deben interpretarse para abordar algunas cuestiones.

Circunstancias que la generación fundadora no previó. En los ejemplos más extremos, una nueva tecnología crea una realidad que nadie había concebido en ese entonces. Así, la Primera Enmienda garantiza la libertad de prensa; en 1789, la gente no tenía idea de la radio o la televisión, y mucho menos de Internet. La Cuarta Enmienda protege contra registros irrazonables; nadie imaginaba entonces la vigilancia electrónica. Los principios constitucionales deben aplicarse a realidades técnicas que están más allá del conocimiento de la generación de los fundadores.

Es posible que algunas disposiciones de la Constitución hayan sido deliberadamente abiertas a cambios de valores. Varias decisiones de la Corte Suprema han tratado explícitamente la cláusula de castigo cruel e inusual de esta manera.

Como reflejan muchos, muchos casos, la comprensión original (de algún tipo) es relevante; la cuestión controvertida es si la comprensión original (de algún tipo) debería prevalecer.

Los cuerpos de derecho constitucional existentes también son importantes. Un originalista piensa que los jueces modernos deberían procurar aplicar la interpretación original, que los jueces de la Corte Suprema nunca deberían haberse apartado conscientemente de esa interpretación. Sin embargo, plantear el punto de esta manera deja abierta la cuestión de lo que los jueces modernos deberían hacer con los cuerpos de derecho constitucional sólidamente arraigados que, según ellos, se han apartado de la interpretación original. ¿Deberían declarar ahora que las cláusulas de libertad de expresión y libertad de prensa cubren sólo las restricciones previas, si creen que esa era la interpretación original? ¿Deberían anular *Brown v. Board of Education* si creen que la gente de la época suponía que las escuelas racialmente segregadas eran coherentes con la cláusula de protección igualitaria de la Decimocuarta Enmienda? Muy pocos académicos han sugerido que la Corte Suprema moderna debería abandonar los cuerpos de derecho que no están en línea con la interpretación original, pero la mayoría de los

académicos originalistas y todos los jueces originalistas suponen que los jueces trabajan dentro del contexto de precedentes y doctrinas construidas a lo largo del tiempo **(p. 299)** . Si bien los jueces no deben basarse en instrucciones equivocadas ni ampliarlas, no deben desechar todos los estándares establecidos que no se ajustan bien a la comprensión original.27 Por lo tanto, prácticamente todos están de acuerdo en que cierta adhesión a los precedentes y a la doctrina establecida debería calificar un enfoque originalista de la interpretación constitucional.

Por último, al menos entre los jueces y la mayoría de los académicos, existe un acuerdo en que las decisiones en casos constitucionales deben basarse en principios. En una conferencia ampliamente leída que se volvió polémica debido a su cuestionamiento al razonamiento de la Corte Suprema en *Brown v Board of Education* ,28 Herbert Wechsler afirmó que un requisito primario del razonamiento judicial es que esté genuinamente basado en principios.29 Aunque la frase de Wechsler "principios neutrales" llevó a algunos a creer que él pensaba que los jueces podían decidir casos sin hacer evaluaciones de valor controvertidas, esa no era su tesis. Más bien, indicó que una opinión judicial debe enunciar honestamente los fundamentos de la decisión, que la decisión debe basarse en un principio general que alcance a otros casos; que los jueces deberían estar dispuestos a decidir como lo indica el principio.30 Así, si en un caso que involucra a un activista de derechos civiles cuyo discurso llevó a algunos miembros de su audiencia a golpear a oficiales de policía, la Corte dijo que uno no puede ser castigado por el discurso a menos que uno realmente inste a otros a cometer crímenes, debería anunciar tal principio sólo si piensa que debería aplicar el principio a los miembros del Ku Klux Klan y del Partido Comunista también.

Cuando digo que los jueces y la mayoría de los académicos están de acuerdo en que las decisiones constitucionales, como otras decisiones judiciales, deben basarse en principios a este respecto, quiero decir que están de acuerdo en que este es el estándar ordinario al que deben aspirar los jueces.

La gente no está de acuerdo sobre cuán exigente debe ser el consejo de la franqueza,3

1 sobre las circunstancias, si las hubiere, en que

La franqueza debe dar paso a los intereses de lograr opiniones mayoritarias o de ocultar el grado de innovación de un tribunal.32

Una crítica más radical de los principios judiciales es que ocultan el carácter político de las decisiones constitucionales. Tal como la hacen los académicos jurídicos críticos, las feministas críticas y los teóricos críticos de la raza, la afirmación es que los principios aparentemente neutrales sirven a los intereses de la clase dominante (género) (raza) a expensas de los oprimidos **(p. 300).33** Esta crítica puede ser la base de las propuestas para desviar responsabilidades de los tribunales,34 podría ser una base para introducir evaluaciones políticas más explícitas o enfoques "narrativos" en las opiniones judiciales.35

Pero, dada la larga tradición de opiniones judiciales que pretenden enunciar principios que están por encima de las controversias políticas inmediatas, nadie espera un cambio radical en el sentido de que se abandonen las opiniones que se basan en principios. Y la mayoría de los observadores siguen pensando que la aspiración a decidir de acuerdo con principios es loable.

Con estas características de la adjudicación constitucional en la mano, podemos abordar lo que divide a los originalistas de los evolucionistas que creen en una "Constitución viva".

3.5 Comprensión original

Interpretación constitucional y estatutaria

Si hablamos de interpretación original, ¿qué tipo de interpretación es la que importa? Un originalista debe abordar esta cuestión, pero también debe hacerlo quien

piense que la interpretación original cuenta, aunque no sea necesariamente decisiva. Cuando nos enfrentamos a esta cuestión general, surge una serie de preguntas más discretas: ¿de quién es la interpretación?, ¿qué sujeto de interpretación?, ¿qué tipo de actitud?, ¿qué nivel de interpretación?, ¿qué razón hay para seguir esa interpretación? Algunas de estas preguntas son muy similares a las que examinamos en relación con la interpretación de las leyes; otras varían significativamente en el contexto constitucional.

3.5.1 ¿Por qué seguir la intención original?

La cuestión de por qué los jueces *deben* seguir la intención original tiene que ver con la manera en que se pueden responder las otras preguntas. Dejaré de lado aquí la cuestión de por qué se debe dar algún peso a la interpretación original y me centraré en la cuestión de si se debe otorgar a la interpretación original una importancia decisiva.

Una respuesta a la pregunta de por qué los jueces deben concentrarse en la interpretación original es que esta estrategia de interpretación limita a los jueces, y la discreción judicial sin restricciones es un mal que debe temerse. Otra respuesta es que este enfoque permite una latitud deseable para los poderes políticos. Una tercera respuesta es que los funcionarios deben ser fieles a la Constitución, y el originalismo representa fidelidad. Analizaré estas respuestas en orden inverso.

(p. 301) La posibilidad de fidelidad está vinculada con los problemas de legitimidad que ya hemos examinado. Como indiqué antes, nuestra obligación de cumplir con la Constitución proviene de su valor en la vida de nuestras generaciones y las futuras. No *tenemos* ningún deber de cumplimiento con personas que vivieron hace mucho tiempo; nuestros deberes recaen sobre nuestros contemporáneos y nuestros sucesores. Pero, podría decirse, nuestra generación ha aceptado la Constitución como la estructura de gobierno, por lo tanto debemos a los demás miembros de nuestra sociedad actual fidelidad a ella. Esta conclusión por sí sola no es suficiente para llevarnos al originalismo.

En primer lugar, debemos preguntarnos cómo ha aceptado nuestra generación la Constitución. Si los jueces han tomado decisiones no originalistas, como por ejemplo proteger el derecho a abortar y prohibir clasificaciones que desfavorezcan a las mujeres, y la mayoría de los ciudadanos aprueban esas decisiones, difícilmente se puede decir que el originalismo sea un aspecto central del constitucionalismo sobre el que ahora hay consenso.36

El originalismo debe defenderse como una forma de lograr valores deseables, no sobre la base de que la aceptación moderna de la Constitución crea un deber obvio de fidelidad a la comprensión original.

Por sí solo, el originalismo no necesariamente lleva a los tribunales a ser deferentes con los poderes políticos. Sin embargo, bajo una o ambas de las dos premisas plausibles, el originalismo encaja bien con la idea de que las legislaturas deben tener un amplio margen de libertad. La premisa más simple es la que propuso Thayer. El diseño constitucional era convertir al Congreso en el juez principal de su propia autoridad. Una actitud deferente hacia la legislación se ajusta a ese diseño.

La segunda premisa es más compleja. En las áreas más importantes, la interpretación original restringía al Congreso y a las legislaturas estatales menos que la Corte Suprema moderna. Así, por ejemplo, la Cláusula de Libertad de Expresión y la Cláusula de Igual Protección tenían un alcance mucho menor que el que les ha otorgado la Corte moderna. Si la Corte Suprema siguiera una filosofía originalista, las legislaturas tendrían mayor libertad de la que probablemente tendrían con un enfoque contrario.

Esta conclusión no es válida en todos los casos. Según la interpretación original de la Cláusula de Comercio, el Congreso estaría más restringido que ahora, y un enfoque originalista de la "Cláusula de Contratos" limitaría a las legislaturas estatales más que la interpretación moderna de la Corte Suprema.

Incluso en áreas en las que la interpretación originalista restringiría menos a las legislaturas que las decisiones

judiciales modernas, sería más restrictiva que algunas alternativas. Obviamente, sería más restrictiva para las legislaturas que un enfoque interpretativo según el cual los jueces otorgaran una deferencia extrema a todas las determinaciones legislativas.

Independientemente de que el originalismo promueva o no la deferencia, sí restringe a los jueces, o al menos así lo afirman defensores como el juez Antonin Scalia.37 Según ellos, los jueces deben buscar una comprensión original objetiva **(p. 302)** en lugar de incluir sus propias inclinaciones morales y políticas en la Constitución.

El tipo de originalismo que alguien adopte dependerá en parte de las razones por las que lo adopte.

De manera similar, para alguien que no es originalista, las razones para darle peso a la comprensión original ayudarán a determinar qué comprensión original es importante. Con estos conocimientos, podemos abordar preguntas más estrechas y específicas sobre la comprensión original.

3.5.2 Adoptantes y lectores

La cuestión de "quién entiende" se parece a la misma cuestión de la interpretación de las leyes, pero tiene menos importancia práctica. Podemos empezar por la división entre lectores y "escritores". La mayoría de los casos de la Corte Suprema que hacen referencia a las opiniones en el momento en que se adoptó la Constitución se han concentrado en los redactores (incluido, en particular, en los casos de la Iglesia y el Estado, Thomas Jefferson, que no participó en la redacción de la Carta de Derechos, pero sí redactó el influyente predecesor, el Estatuto de Virginia para la Libertad Religiosa). La Constitución fue redactada y preparada en la Convención de Filadelfia y ratificada en las convenciones estatales. Dado que la ratificación fue crucial para la entrada en vigor de la Constitución, no hay motivos para ignorar las opiniones de los ratificadores en lugar de las de la Convención de Filadelfia. Por lo tanto, si buscamos

la intención de quienes adoptaron la Constitución, debemos incluir a todos los adoptantes (proponentes y ratificadores). De manera similar, en el caso de las enmiendas constitucionales, debemos incluir no sólo a los miembros del Congreso que votaron sobre las enmiendas, sino también a los miembros de las legislaturas estatales que las aprobaron.

Frente a los adoptantes, tenemos a la población general de "lectores". Podríamos preguntar cómo lo habrían entendido los lectores de un lenguaje constitucional particular. A diferencia de la mayor parte del lenguaje estatutario común, la comprensión del lector de las partes más ampliamente interpretadas de la Constitución no podría formarse principalmente a partir de un análisis de lo que significan los términos en inglés común. (Este comentario también es cierto respecto de *cierto* lenguaje estatutario.) Para entender lo que significa el derecho a no "ser obligado en ningún caso penal a ser testigo contra sí mismo"38, por ejemplo, uno necesitaría tener una idea de las prácticas a las que se refiere el lenguaje.39 De manera similar, la relación de las cláusulas de libertad de expresión y libertad de prensa con la ley de difamación sediciosa es una cuestión de entender la historia más que de entender el inglés común.

En el caso de algunas cuestiones de la Constitución original, las opiniones reales de la gente pueden haber estado condicionadas tanto por escritos como por los Documentos Federalistas como por el lenguaje del documento. Esto no quiere decir que la interpretación común de las palabras no pueda tener nunca importancia (un sentido generoso del término "necesario" tiene un papel en la interpretación de la Cláusula de Necesidad y Adecuación en *McCulloch v Maryland 40,* **pág. 303)** , pero sí tiene un papel mucho menor que en la interpretación textual de las leyes.

Tenemos pocas pruebas de que los proponentes consideraran las disposiciones de manera diferente a los ratificadores y a la ciudadanía, y menos pruebas de que los ratificadores tuvieran una opinión diferente a la de los ciudadanos en general. Por supuesto, no sabemos si todos estos grupos tenían opiniones similares, pero los jueces

deben confiar en las opiniones que encuentran expresadas. Por lo tanto, mientras las conclusiones judiciales no dependan de las opiniones de uno o dos fundadores destacados, los jueces deben preocuparse menos por la interpretación exacta de quién es el que importa que por la interpretación de las leyes.

Con enmiendas constitucionales que fueron precedidas por debates detallados en el Congreso que no habrían estado disponibles para las legislaturas estatales, los intérpretes pueden tener más bases para evaluar una comprensión especial de los proponentes que puede no haber sido compartida por los ratificadores o los ciudadanos.

Si bien la cuestión de quién debe comprenderla tiene un alcance práctico limitado, posee, no obstante, interés teórico. Cuestiones que eran de interés para los lectores de una época muy pasada parecen *ahora* irrelevantes. Se puede, por supuesto, sostener que la ley es pública y que la comprensión original del lector sigue teniendo cierta importancia; pero si la Constitución, y la mayoría de las enmiendas, representan un diseño coherente de gobierno, tal vez lo que entendieran los responsables del diseño debería importar *ahora* más que cómo habrían visto las disposiciones los lectores típicos del público hace 200 años.

Esta observación *puede* sugerir una idea más general: cuando un documento envejece, la comprensión de quienes lo adoptaron debería aumentar en importancia *en comparación con* la comprensión de los lectores originales. Si esta es una opinión acertada, la crucial "comprensión original" puede cambiar con el tiempo, a medida que las opiniones de quienes lo adoptaron aumenten en importancia en relación con las de los lectores originales.

Una cuestión importante es si las opiniones de los redactores expresadas *después de la adopción de* la Carta de Derechos deberían tener alguna importancia. Un ejemplo destacado es el uso en casos de la Iglesia y el Estado de una carta de Jefferson escrita después de la adopción de la Carta de Derechos, en la que se utiliza la frase "pared de separación".4

1 Se podría decir que los jueces no deberían considerar ninguna declaración que fuera

No estaban disponibles para los adoptantes en el momento en que actuaron, ya que esas declaraciones no podían indicar significado para los adoptantes y no podían ser refutadas por quienes tenían una interpretación diferente. Sin embargo, algunas de esas declaraciones posteriores pueden arrojar luz sobre las interpretaciones existentes en el momento en que se adoptaron las enmiendas.

En ocasiones, los tribunales hacen referencia a leyes promulgadas poco después de la aprobación de disposiciones constitucionales como prueba de cómo se entendieron dichas disposiciones. Este uso está menos sujeto a las idiosincrasias de los proponentes individuales, porque se necesitan mayorías en ambas cámaras para que se produzca una ley.

(p. 304) 3.5.3 ¿Qué actitud?

Por "qué tipo de actitud" me refiero a la distinción entre esperanzas, expectativas y creencias sobre cómo debe entenderse una disposición. Supongo que, al igual que con la interpretación de las leyes, el estado de ánimo más importante es cómo alguien, adoptante o ciudadano, cree que debe entenderse una disposición.

3.5.4 Actitudes sobre la cobertura y la interpretación

Esto nos lleva a las dos preguntas más problemáticas: ¿qué objeto de comprensión y qué nivel de comprensión? Por objeto de comprensión me refiero, en líneas generales, a distinguir las actitudes sobre la interpretación de las actitudes sobre la cobertura. La mayoría de los adoptantes, *y* al menos algunos abogados del público en general, tenían ideas sobre cómo los jueces debían interpretar el lenguaje jurídico autorizado, así como ideas sobre lo que se suponía que exigía la Constitución. Por supuesto, ninguno tenía experiencia con constituciones escritas como estructura

para los gobiernos federales, pero estaban familiarizados con los estatutos y las cartas coloniales. Algunos estudiosos afirman que, hasta el momento en que se adoptó la Constitución, los jueces habían interpretado el lenguaje de los estatutos de manera flexible, prestando poca o ninguna atención a lo que los legisladores que adoptaron el estatuto pretendían y sin leer el lenguaje de una manera estricta o estrecha. 42 Si es así, es razonable suponer que las personas que adoptaron o leyeron la Constitución concibieron que sería interpretada en consecuencia, es decir, concibieron que el contenido de sus disposiciones se interpretaría de manera evolutiva.

Si esta hipótesis es correcta, los jueces que se adhieren rígidamente a las opiniones de la generación fundadora sobre el contenido de las disposiciones constitucionales no están siendo fieles a su interpretación general. Por lo tanto, si los redactores redactaron disposiciones diseñadas para alentar a los jueces posteriores a hacer sus propias evaluaciones morales —lo que Ronald Dworkin llama "la lectura moral de la Constitución"43—, entonces los jueces que implementan libremente juicios morales cambiantes están siguiendo la interpretación original. Para alguien cuya razón para el originalismo es la fidelidad a los fundadores, esta cuestión histórica sobre sus ideas interpretativas tiene gran importancia.

Pero un originalista que piensa que los jueces deben adherirse a las opiniones originales sobre la cobertura podría desviar este argumento histórico de la siguiente manera. Independientemente de lo que creyeran los miembros de la generación fundadora, *nuestras* nociones bien fundadas de desempeño judicial deseable y moderación nos llevan a concluir que los jueces que interpretan textos autorizados deben apegarse a lo que los adoptantes y los lectores originales creían sobre el alcance del lenguaje. Por lo tanto, los jueces originalistas deberían seguir opiniones originales sobre el contenido, no opiniones originales sobre la naturaleza de la autoridad judicial. La plausibilidad de esta posición reside en los valores reivindicados del originalismo que ya hemos examinado.

(p. 305) 3.5.5 Niveles de comprensión

La cuestión relacionada con los niveles de comprensión es quizás aún más central. Esta cuestión es paralela a la distinción entre propósito e intención específica en la interpretación de las leyes. Los miembros de la generación fundadora tenían opiniones sobre prácticas específicas que la Constitución prohibía; también tenían ideas sobre los propósitos de las disposiciones y las razones para su adopción. Supongamos que los jueces modernos creen que las razones y propósitos detrás de una prohibición cubren prácticas que la generación fundadora pensó que eran aceptables *y* que ellos, los jueces, no necesitan forzar mucho el lenguaje textual real para cubrir las prácticas. ¿Deberían los jueces declarar que estas prácticas son inconstitucionales? Según lo que podemos llamar un originalismo estrecho o estricto, los jueces modernos deberían tomar como cruciales las prácticas que los fundadores pensaron que estaban prohibidas. 44 Según un originalismo moderado, los jueces modernos deberían guiarse principalmente por propósitos y razones. Un originalista moderado podría enfatizar un nivel muy general de juicio (proteger cualquier discurso que promueva la democracia liberal y la difusión de la verdad) o un nivel intermedio (proteger el discurso cuya prohibición plantea los peligros que los fundadores temían del delito de difamación sediciosa).

Cuanto más abstracto sea el nivel de referencia, más difícil será en la práctica distinguir a un juez que es un originalista moderado de uno que acepta la interpretación evolucionista de una "constitución viva". La "lectura moral"

El enfoque de la teoría de la constitución es un ejemplo. Si un juez encuentra en la Constitución ciertos valores muy generales, como la igualdad de los ciudadanos, y los aplica a las circunstancias modernas según su propia evaluación moral, ¿es un originalista moderado o un evolucionista? ¿Depende esto de su propia autocomprensión, de si cree que está haciendo una interpretación originalista o algo más?

Este ejemplo puede hacer dudar de que esta clasificación entre originalistas moderados y evolucionistas sea en sí misma muy útil. Tal vez para la interpretación constitucional, en lugar de emplear estas etiquetas generales, sería mejor que nos concentráramos en exactamente qué es lo que los jueces deberían tomar de los fundadores y qué evaluaciones deberían extraer de los estándares morales y políticos contemporáneos o hacer sobre la base de su propio juicio moral y político.

Un esfuerzo en esta dirección es la idea de traducción de Laurence Lessig, según la cual los jueces modernos deberían tratar de entender los juicios constitucionales en el contexto de la generación del fundador y luego aplicar esos juicios a los contextos muy diferentes de la vida moderna.4

En manos del propio Lessig, la noción de traducción otorga a los jueces modernos **(p. 306)** una considerable latitud, pero se puede imaginar una versión que instruya a los jueces a ceñirse estrictamente a los valores de los fundadores, dejándoles mucho menos espacio para responder a los supuestos cambiantes sobre los valores.

Los jueces que se autodenominan originalistas tienden a poner énfasis en las prácticas específicas que los fundadores creían que la Constitución prohibía. Como he dicho, prácticamente todos los originalistas reconocen que los principios constitucionales pueden aplicarse a las nuevas tecnologías, pero un originalista estricto o estrecho insistiría en que los principios aplicados a las nuevas tecnologías deberían ser (en la medida de lo posible) los principios aceptados por la generación fundadora. Este enfoque, seguido fielmente, impone *más* restricciones a los jueces modernos que un originalismo moderado que permita un mayor desarrollo de nuevos principios a medida que cambian las condiciones y los valores sociales. El principal problema del originalismo estricto o de prácticas específicas es que puede ser *demasiado restrictivo* cuando una Constitución escrita es difícil de modificar.

Puedo explicar mejor estos puntos abstractos con algunos ejemplos específicos. Los que adoptaron la Decimocuarta Enmienda, y la gente de la época, no creían que la Cláusula

de Igual Protección prohibiera las escuelas públicas segregadas por raza (tampoco creían que la cláusula prohibiera medidas especiales para favorecer a los antiguos esclavos). La decisión en *Brown La cláusula de* igualdad de protección es difícil de defender desde el punto de vista del originalismo estricto. Sin embargo, un originalista moderado puede considerar que la cláusula de igualdad de protección representa juicios de que los negros no deben ser tratados por el estado como inferiores y deben tener acceso en igualdad de condiciones con los blancos a importantes servicios estatales; reconociendo el lugar moderno de las escuelas públicas, las suposiciones motivadoras universales sobre la subordinación racial que subyacen a la segregación y el daño que un estigma de inferioridad puede causar a los niños, puede resultarle fácil concluir que la segregación escolar es ahora inconstitucional.

En el momento en que se aprobó la Primera Enmienda, nadie pensó que restringiera los daños por difamación ordinaria (calumnia y difamación). En la década de 1960, las enormes indemnizaciones por difamación de funcionarios en los estados del sur amenazaron la libre discusión del movimiento de derechos civiles y las reacciones oficiales a las marchas y manifestaciones. La Corte Suprema decidió, en *Nueva York Times v Sullivan* 46, que la Primera Enmienda tenía por objeto prohibir el delito de difamación sediciosa, un delito que penalizaba las críticas duras al gobierno. Si los funcionarios públicos podían demandar con éxito a los periódicos por errores inocentes de hecho en relación con las actividades del gobierno, las críticas al gobierno podían verse drásticamente limitadas. Así, la Corte protegía la difamación de los funcionarios públicos en sus funciones públicas, excepto cuando las declaraciones eran deliberadamente falsas o se hacían con un desprecio temerario por la verdad. Una vez más, el resultado fue uno que un originalista estrecho no podía defender fácilmente, pero que encajaba cómodamente con el originalismo moderado.

La controvertida decisión de crear un derecho constitucional al aborto fue claramente errónea según los originalistas estrechos e incluso difícil de justificar para los

originalistas moderados **(p. 307)** .47 En el caso crucial de *Roe v Wade* ,48

La Corte Suprema se basó principalmente en la cláusula de debido proceso de la Decimocuarta Enmienda. Aunque algunos tribunales antes de esa enmienda habían dicho que el "debido proceso" incluye *algunos* límites sustantivos, así como requisitos procesales, el principal objetivo de la cláusula era procesal y no se podía extraer de ella ninguna protección general de la decisión autónoma en asuntos personales. La decisión es coherente con el originalismo moderado sólo si se plantean los valores constitucionales pertinentes a un nivel altamente abstracto.

La aplicación de la Cláusula de Igual Protección a las mujeres plantea problemas similares. Las personas de la generación de la Decimocuarta Enmienda, que negaban a las mujeres el voto, les prohibían ejercer profesiones y restringían drásticamente sus derechos de propiedad, no supusieron que la Cláusula de Igual Protección impediría las clasificaciones Página 24 de 29

Interpretación constitucional y estatutaria

Tratar a mujeres y hombres de manera diferente. Es necesario formular el valor constitucional original en un alto nivel de abstracción para cubrir la igualdad de las mujeres (y de algunos otros grupos desfavorecidos a los que se ha extendido la protección). Sin embargo, al menos en este caso, el lenguaje constitucional se ajusta cómodamente a la extensión, ya que la cláusula en sí no está restringida explícitamente.

Una prueba interesante de la teoría de cualquiera es cómo considera el argumento de que la pena capital puede ser "cruel e inusual". La gente de la generación fundadora y en la época de la Decimocuarta Enmienda claramente aceptaba la pena capital, y la propia Constitución definitivamente contempla su imposición. Por ejemplo, las Enmiendas Quinta y Decimocuarta prohíben quitar "la *vida* , la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal" (lo que implica que se puede quitar la vida con el debido proceso). Alguien puede argumentar que los propios fundadores tenían una visión flexible del "castigo cruel" y

podrían haber previsto que algún día la pena capital, entre otros castigos, podría ser considerada como tal. Pero uno puede preguntarse si un originalismo moderado debería permitir que la Constitución sea interpretada para rechazar prácticas cuya permisibilidad la propia Constitución claramente presupone.

3.5.6 Inferencias estructurales

Hasta ahora he escrito como si los jueces siempre se centraran en disposiciones constitucionales individuales (o dos disposiciones estrechamente relacionadas, como las cláusulas de libre ejercicio y de establecimiento), pero una forma aceptada de argumento constitucional se basa en estructuras fundamentales de la Constitución.49 Así como una disposición estatutaria se interpreta a la luz de la disposición circundante y del propósito de la ley en su conjunto, también una disposición constitucional se interpreta correctamente a la luz de otras disposiciones y de las estructuras básicas de la Constitución. Pero ocasionalmente la Corte Suprema ha ido más allá **(p. 308)** y ha declarado un derecho constitucional que no se basa en ninguna disposición en particular.

Antes de la adopción de la Decimocuarta Enmienda, la Corte Suprema declaró que los estados no podían interferir con la libertad de los ciudadanos de viajar a la sede del gobierno nacional.50 En la opinión mayoritaria en *Griswold v. Connecticut* , 5

1 El juez Douglas encontró un derecho de las parejas casadas a usar anticonceptivos en las "penumbras" de una serie de partes de la Carta de Derechos.

Cualquiera de las diversas teorías sobre la interpretación constitucional legítima puede encontrar algún lugar para los argumentos estructurales, pero un originalista estricto les dará menos alcance que el que podría darle un originalista moderado o un teórico evolucionista.

Un originalista estricto consideraría que un argumento basado en la estructura es persuasivo sólo si es persuasivo respecto de los derechos y deberes que se entendió originalmente que la Constitución creaba.52 Un originalista

moderado podría declarar derechos más allá de los concebidos originalmente, siempre que los nuevos derechos surgieran de los valores y prácticas de la Constitución original. Un teórico evolucionista podría decidir que los nuevos derechos encajan bien con la Constitución en su conjunto, tal como se la entiende ahora.

Dada la dificultad de la reforma, la importancia simbólica de la Constitución y la conveniencia de una continuidad en el tiempo, durante el cual se producen cambios radicales en las relaciones sociales y los valores dominantes, un enfoque originalista rigurosamente estrecho de la interpretación constitucional es erróneo. Un originalismo plausible debe centrarse en principios constitucionales amplios y en cómo estos pueden aplicarse a condiciones cambiantes. Para que una constitución sobreviva durante siglos con relativamente pocas reformas, los jueces deben practicar un originalismo moderado que a veces (al menos) considere los valores constitucionales originales a un nivel bastante alto de abstracción, o deben practicar un enfoque evolutivo que ponga un énfasis considerable en la continuidad con los valores subyacentes a la Constitución. En los extremos, estas dos formas de práctica se vuelven casi indistinguibles.

3.6 El lector moderno

Quedan por comentar dos aspectos de la interpretación constitucional que hasta ahora he abordado sólo brevemente. Uno de ellos es el papel del lector moderno; el otro es la naturaleza de derecho consuetudinario de gran parte de la interpretación constitucional.

Cuando se piensa en la mayoría de las cuestiones constitucionales, la comprensión del texto por parte del lector moderno importa menos que en el caso de la interpretación estatutaria típica. Esto es así por dos razones. Las disposiciones constitucionales restringen principalmente las acciones del gobierno. Los ciudadanos no suelen confiar en ellas de la misma manera que confían en lo que las **leyes** prohíben, permiten y a lo que les dan derecho. No quiero decir que tal confianza nunca ocurra. Un editor de periódico podría violar una ley que prohíba la publicación de información sobre cómo fabricar bombas,

creyendo que la ley infringe la libertad de prensa. La sabiduría del juicio constitucional del editor puede depender de la exactitud de su confianza en que la ley no es una ley constitucional.

Interpretación constitucional y estatutaria

No será castigado, pero los ciudadanos no suelen recurrir de esta manera al privilegio de no autoincriminarse ni a la cláusula de establecimiento. Su comportamiento individual no está guiado por su interpretación constitucional. La advertencia justa es menos importante para la mayoría de las demandas constitucionales que para la mayoría de las demandas legales.

La segunda razón por la que la comprensión *del texto por parte de los lectores modernos* tiene menos importancia en los casos constitucionales es que ni los lectores modernos ni sus abogados llegan al texto constitucional por sí solo. Si lo hicieran, las palabras generales de las cláusulas más cruciales no servirían de mucha orientación. En cualquier caso, la comprensión moderna está profundamente influida por las decisiones interpretativas a lo largo de los años. Los jueces pueden preocuparse razonablemente por retirar las protecciones que han otorgado decisiones anteriores, como en el caso del derecho constitucional a abortar, pero la cuestión no es cómo los lectores modernos comprenderían el texto constitucional por sí solo, sino la confianza de los ciudadanos en lo que ha anunciado la Corte moderna.

3.7 Aspectos de interpretación constitucional en el derecho consuetudinario

Para los jueces, así como para los ciudadanos, la resolución de conflictos constitucionales es gradual. En la práctica, los derechos constitucionales tienen más que ver con lo que los tribunales han decidido a lo largo de los años que con lo que dice el documento original y lo que creían los miembros de la generación fundadora. Como se ha dicho, este punto es perfectamente coherente con la interpretación original. Si las cláusulas de las constituciones (y estatutos) son muy generales, los tribunales que intentan aplicar la interpretación original pueden tener que desarrollar conjuntos de doctrinas y

distinciones auxiliares que no se encuentran en el texto. Después de que se hayan decidido muchos casos, las nuevas decisiones pueden aplicar y refinar estas doctrinas sin ninguna referencia a la interpretación original.

Pero la naturaleza de common law de gran parte de la jurisprudencia constitucional *también* sugiere un modelo de moderación que difiere del originalismo. Los jueces que desarrollan el common law están limitados por las decisiones y principios de decisiones anteriores.

Tal vez, como ha señalado David Strauss,53 la restricción más importante que se les impone a los jueces en materia constitucional sea del mismo tipo. Esta restricción puede existir *incluso si* las decisiones han desarrollado el derecho de una manera que es difícil de justificar con argumentos originalistas.

El evolucionista consciente de sí mismo, por lo tanto, tiene alguna respuesta a la acusación de que abandona la restricción judicial. Puede señalar que los jueces originalistas están menos limitados **(p. 310)** de lo que supone la teoría originalista, tanto porque es muy difícil precisar las interpretaciones originales como porque la única versión plausible del originalismo, alguna versión de originalismo moderado, deja mucha libertad a los jueces modernos para elegir el nivel de principios y aplicar esos principios a la vida moderna. Los enfoques originalistas ofrecen incluso menos restricciones porque los jueces deben decidir cuánto aceptar del cuerpo existente de derecho decisorio que no creen que pueda justificarse sobre bases originalistas.

El evolucionista, que piensa que los jueces deberían reconocer una "constitución viva", cree que es mucho mejor simplemente admitir que en muchas áreas el derecho se ha alejado de lo que puede justificarse mediante cualquier originalismo genuinamente restrictivo, y reconocer que esa restricción reside en que los jueces mantengan una continuidad razonable con lo que han hecho sus predecesores. Según esta visión, el derecho constitucional se desarrolla a partir de una constitución original, pero con el tiempo evoluciona en algunos aspectos que no son fáciles de conectar con las palabras de esa

constitución o con las interpretaciones de la generación fundadora. No hay que lamentar ese patrón como una serie de errores que, por razones de continuidad, los jueces no deberían corregir ahora, sino como lo que equivale a un desarrollo saludable del derecho para una constitución que perdure durante siglos.

Notas:

(1) Véase Gary Lawson, 'Sobre la lectura de recetas... y la Constitución', *Georgetown Law Journal* , 85 (1997), 1823–4.

(2) Dennis Patterson, *Derecho y verdad* (Nueva York: Oxford University Press, 1996).

(3) Ronald Dworkin, *El imperio del derecho* (Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1986).

(4) *Iglesia de la Santísima Trinidad contra Estados Unidos* , 143 US 457 (1892).

(5) Antonin Scalia, *Una cuestión de interpretación: los tribunales federales y la ley: un ensayo* (Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1996), 18–23.

(6) Henry M. Hart, Jr. y Albert M. Sacks, *El proceso legal: problemas básicos en la elaboración y aplicación de Derecho* (Cambridge, Mass.: edición tentativa, 1958).

(7) Constitución de los Estados Unidos, Art. I, §8, cl. 3

(8) Constitución de los Estados Unidos, Enmienda I.

(9) *Gopalan, AK contra el Estado de Madrás* , AIR 1950 SC 27, 93; *Moinuddin contra Uttar Pradesh* , AIR 1960 Al. 484; *Venkataramara contra Mysore* , AIR 1958 SC 255. Véase M. Jain, *Indian Constitutional Cases* , 4.ª ed. (Bombay: NM

(Tripathi Private Ltd., 1987), 853.

(10) *Nosotros, el pueblo: vol. I, Fundamentos* (Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1991); *Nosotros, el pueblo: volumen II Transformaciones* (Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1998). Véase Akhil Reed Amar, *La Carta de Derechos: Creación y Reconstrucción* (New Haven: Yale University Press, 1998). Sobre la inadecuación de la teoría de Ackerman para el reconocimiento judicial, véase Greenawalt, 'Dualism and its Status', *Ethics* , 104(3) (1994), 480–99.

(11) Constitución de los Estados Unidos, Art. I, §4.

(12) Véase el Séptimo Debate Conjunto en Alton, 15 de octubre de 1858. Citado en Harold Holzer (ed.), *The Lincoln-Douglas Debates* (Nueva York: Harper Col ins, 1993), 360–2.

(13) Véase, por ejemplo, *Cooper v Aaron* 358.

(14) Véase el artículo general de Paul Brest, 'La guía del legislador consciente para la interpretación constitucional', *Stanford Law Reseña* , 27 (1975), 585.

(16) *Marbury contra Madison* , 5 US 137, 1 Cranch 137 (1803).

(16) Thayer, 'El origen y alcance de la doctrina estadounidense del derecho constitucional', *Harvard Law Review* , 7 (1893), 129, 136.

(17) ibíd. 144.

(18) ibíd.

(19) Para un argumento reciente contra la revisión judicial, véase Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Tribunales* (Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1999).

(20) Constitución de los Estados Unidos, Art. I, § 10.

(21) Véase, en particular, Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of*

Politics , 2.ª ed. (New Haven: Yale University Press, 1986); Alexander Bickel, *The Morality of Consent* (New Haven: Yale University Press, 1975).

(22) 304 US 144, 152 n. 4 (1938).

(23) Ely, *Democracia y desconfianza: una teoría de la revisión judicial* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980).

(24) Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996). Una formulación diferente de esta visión podría ser que la democracia es moralmente legítima sólo en la medida en que encarna la preocupación y el respeto por igual.

(25) Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdo* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

(26) Véase Charles Fried, 'Doctrina constitucional', *Harvard Law Review* , 107 (1994), 140.

(27) Véase Henry P. Monaghan, 'Stare Decisis and Constitutional Adjudication', *Columbia Law Review* , 88 (1988), 723. No conozco a nadie menos dispuesto a aceptar precedentes 'erróneos' que Raoul Berger, 'Original Intent and Boris Bittler', *Indiana Law Journal* , 66 (1991), 723.

(28) 347 Estados Unidos 483 (1954).

(29) Herbert Wechsler, 'Hacia principios neutrales del derecho constitucional', *Harvard Law Review* , 73 (1959), 1.

(30) Véase Kent Greenawalt, 'La importancia perdurable de los principios neutrales', *Columbia Law Review* , 78 (1978), 982; Martin Golding, 'La toma de decisiones basada en

principios y la Corte Suprema', *Columbia Law Review* , 63 (1963), 35.

(31) Véase David Shapiro, 'En defensa de la franqueza judicial', *Harvard Law Review* , 100 (1987), 731; Henry Monaghan,

'Tomar en serio las decisiones de la Corte Suprema', *Maryland Law Review* , 39 (1979), 1, 22–6; Scott c. Idleman, 'Una teoría prudencial de la franqueza judicial', *Texas Law Review* , 73 (1995), 1307.

(32) Véase Eugene V. Rostow, *La prerrogativa soberana: la Corte Suprema y la búsqueda de la ley* (New Haven: Yale University Press, 1962).

(33) Véase, por ejemplo, Charles R. Lawrence II, 'Raza, multiculturalismo y la jurisprudencia de la transformación', *Stanford Law Review* , 47 (1995), 819. Catherine MacKinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989); ead., 'Feminismo, marxismo, método y el Estado: hacia una jurisprudencia feminista', *Signs* , 8 (1983), 635.

(34) Véase Tushnet, n. 19 supra.

(35) Sobre la narrativa en general, véase, por ejemplo, Richard Delgado, 'Storyteling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative', *Michigan Law Review* , 87 (1989), 2411; Kim Lane Scheppele, 'Foreword: Telling Stories', *Michigan Law Review , 2002, pp. Revista* , 87 (1989), 2073; Julius G. Getman, 'Voces', *Texas Law Review* , 66 (1988), 577; Lynne N. Henderson,

'Legalidad y empatía', *Michigan Law Review* , 86 (1987), 1574.

(36) Las cosas se complican un poco más si pensamos que los tribunales emplean sistemáticamente una retórica originalista que persuade a los ciudadanos, quienes no reconocen del todo que una serie de decisiones que les gustan no cumplen los estándares originalistas.

(37) Antonin Scalia, *Una cuestión de interpretación* .

(38) Constitución de los Estados Unidos, Enmienda V.

(39) Por ejemplo, el lenguaje parece establecer claramente que un acusado en un proceso penal no necesita testificar, pero ¿puede un testigo en un proceso civil ser obligado a admitir la comisión de un delito? El lenguaje en sí no es revelador.

(40) 17 EE.UU. (4 Trigos.) 316 (1819).

(41) *Everson v Board of Education* , 330 US 1, 16 (1947). La expresión se utilizó anteriormente en *Reynolds v United Estados Unidos* , 98 US 145 (1878).

(42) Véase H. Jefferson Powel, 'La comprensión original de la intención original', *Harvard Law Review* , 98 (1985), 885.

(43) Dworkin, *Ley de la libertad* , n. 24 supra.

(44) Una categorización esclarecedora de diversos enfoques es la de Paul Brest, 'The Misconceived Quest for the Original Understanding', *Boston University Law Review* , 60 (1980), 204. Véase también Daniel A. Farber, 'The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed', *Ohio State Law Journal* , 49 (1989), 1085.

(45) Lawrence Lessig, 'Fidelidad en la traducción', *Texas Law Review* , 71 (1993), 1165; 'Comprender las lecturas cambiadas: fidelidad y teoría', *Stanford Law Review* , 47 (1995), 395.

(46) *New York Times contra Sullivan* , 376 US 254 (1964).

(47) Si la Novena Enmienda o la Cláusula de Privilegios e Inmunidades de la Decimocuarta Enmienda fueron diseñadas para proteger alguna zona generalizada de la vida personal, un originalista moderado podría creer que el aborto ahora encaja dentro de esa zona.

(48) 410 Estados Unidos 113 (1973).

(49) Véase Charles Black, *Estructura y relación en el derecho constitucional* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969).

(50) *Crandall contra Nevada* , 73 US 35 (1867).

(51) 381 US 479 (1985). Cabe señalar que sólo otro juez se sumó a la opinión de Douglas sin sumarse a ninguna otra. Para un análisis de casos recientes, véase Brannon P. Denning y Glenn Harlan Reynolds,

'Cómodamente penumbral', *Boston University Law Review* , 77 (1997), 1089.

(52) Más precisamente, habría que tener en cuenta el entendimiento existente en el momento en que se adoptaron las disposiciones pertinentes más recientes.

(53) David A. Strauss, 'Interpretación constitucional del derecho consuetudinario', *University of Chicago Law Review* , 63 (1996), 877.

Área verde de Kent

Kent Greenawalt, profesor universitario de la Facultad de Derecho de Columbia.





Metodología

Julio L. Coleman

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0008

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo presenta y explora las cuestiones metodológicas de la jurisprudencia en los términos en que Dworkin, Perry y Hart las han formulado. Considera el caso de la jurisprudencia normativa y evalúa muchos de los argumentos presentados por sus defensores más entusiastas y competentes. Además, evalúa las afirmaciones de Leiter en nombre del naturalismo y los argumentos de Dworkin en favor de una jurisprudencia normativa. La jurisprudencia normativa plantea dos afirmaciones distintas pero relacionadas. Afirma que un análisis del derecho debe estar orientado hacia la autoconcepción de los participantes en el sistema legal. Proporciona una comprensión de una gama de teorías jurídicas importantes como intentos alternativos de explicar el potencial inherente del derecho para realizar un ideal de gobierno moralmente atractivo. Se resume el argumento de la recomendación. Estas teorías proporcionan explicaciones más convincentes y esclarecedoras de los fenómenos empíricos.

PODRÍA DECIRSE que la forma más familiar en que la filosofía contribuye a nuestra comprensión de la práctica jurídica es proporcionando un análisis de los conceptos que son centrales para ella, incluyendo, por supuesto, el concepto mismo de derecho.

1 En el

En su "posdata" de *El concepto de derecho* , Hart defiende célebremente lo que él llama "jurisprudencia descriptiva", su (como se ha demostrado) desafortunada etiqueta para el enfoque metodológico que adopta para el análisis conceptual del derecho. Con igual fama, Ronald Dworkin rechaza la posibilidad de una jurisprudencia descriptiva y sostiene en cambio que una teoría filosófica del derecho es necesariamente una actividad de filosofía moral/política de primer orden. La jurisprudencia es normativa, no descriptiva.2 Este no es -al menos no a primera vista- un debate sobre la **teoría** sustantiva del derecho o sobre su concepto, sino más bien una disputa sobre la metodología de la construcción de teorías en la filosofía jurídica en particular, y tal vez en la filosofía en general. Si bien puede que no haya un tema más prominente en la literatura reciente que esta disputa entre los defensores de la jurisprudencia descriptiva y normativa, es difícil enmarcar el debate de una manera que justifique la atención que ha recibido o las pasiones que han surgido en ambos lados de la división.

Al caracterizar su proyecto como "descriptivo", Hart pretendía hacer una afirmación muy estrecha y, en su opinión, inobjetable: que una teoría jurisprudencial no necesita justificar la inferencia de la legalidad a la legitimidad moral. A su modo de ver, cualquier otro enfoque para analizar el concepto de derecho corre el riesgo de dar por sentado el principio de legitimidad del derecho, y por eso, al describir su proyecto como "descriptivo", considera que no está haciendo más que lo necesario para evitar dar por sentado ese principio. Nada de lo que dice Hart descarta la posibilidad de que algunas o todas las formas de gobierno que caen dentro de la extensión del concepto sean moralmente legítimas, dignas de apoyo o capaces de generar obligaciones morales de obedecer; sólo pretendía descartar la inferencia de la legalidad a la legitimidad.

Sea exacto o no, Hart considera que Dworkin impone la restricción de que una teoría adecuada del concepto de derecho es aquella en la que sus instancias son al menos prima facie moralmente legítimas o dignas de respaldo; y al referirse a su proyecto como descriptivo, Hart sólo quiso desvincularse de ese tipo de proyecto.

Metodología

Al igual que Dworkin, Stephen Perry ha sostenido que la jurisprudencia de Hart es normativa, no descriptiva. Perry comienza con la provocativa observación de Hart, en el prefacio de *El concepto de derecho* , de que su proyecto de jurisprudencia analítica también podría caracterizarse como "sociología descriptiva". Tal como lo interpreta Perry, hay poca evidencia de que Hart estuviera realmente involucrado en una investigación científica social de cualquier tipo: no busca descubrir regularidades jurídicas que sustenten contrafácticos apropiados, ni mide su proyecto por las normas que usualmente gobiernan tal investigación, por ejemplo, por su precisión predictiva. 3 Si Hart no se dedica a la ciencia social como tal, entonces ¿qué otra cosa podría querer decir al referirse a su proyecto como "sociología descriptiva"?

Una posible respuesta es que, al igual que J. L. Austin, Hart creía que podíamos obtener conocimiento del mundo explorando la forma en que hablamos de él. Por lo tanto, una sociología descriptiva **(p. 313)** en este contexto resulta ser un estudio sociológico del uso del lenguaje, en particular, de los diversos usos inteligibles que se hacen de la expresión "ley". La tarea del teórico descriptivo (o del analista conceptual, en este sentido) es investigar el uso y comunicar sus hallazgos.

Así concebida, la finalidad de la jurisprudencia descriptiva es identificar criterios compartidos para aplicar el sustantivo “derecho” a los esquemas de gobierno.

Aunque el significado de un término o del concepto que expresa está, por supuesto, íntimamente ligado a su uso, esa sutil relación nunca podría ser captada por un simple proyecto de información destinado a tabular los puntos en común de un uso compartido. Un proyecto de ese tipo podría, en la mayoría de los casos, producir sólo una noción vaga y ambigua. El objetivo de Hart no es informar sobre el uso, sino analizar el concepto de derecho. Analizar el concepto de derecho es, entre otras cosas, racionalizar el concepto articulando criterios para su uso que nos

permitan ser más precisos de lo que podríamos ser de otro modo al utilizar la expresión "derecho". Un proyecto de ese tipo es normativo tanto en su construcción como en su ambición. Responde a las normas de construcción de teorías y tiene como objetivo disciplinar el uso y estructurar el pensamiento. Si este es el sentido en el que debemos entender la afirmación de que la jurisprudencia debe ser "normativa", entonces cualquier explicación o teoría del concepto de derecho es normativa, pero eso no es una revelación, y ciertamente no es algo que Hart o cualquier otra persona cuestionarían. En resumen, Hart puede, y seguramente lo haría, aceptar la normatividad del análisis conceptual del derecho, al tiempo que insiste –con toda razón– en que el suyo es un proyecto de jurisprudencia descriptiva, con lo cual sólo quiere decir que no se emprende con el objetivo de justificar una inferencia de legalidad a legitimidad. Si se justifica tal inferencia, será sobre bases sustantivas y no conceptuales o lógicas.

Si la jurisprudencia normativa no afirma más que el análisis del concepto de derecho es una actividad regida por normas y que tiene como objetivo regular el uso y disciplinar el pensamiento, entonces la jurisprudencia normativa es una afirmación bastante inocente que nadie –y menos aún Hart– rechazaría. Por otra parte, si aceptamos la formulación de Hart, una jurisprudencia es normativa si y sólo si justifica una inferencia de legalidad a legitimidad –o si considera que justificar tal inferencia es una condición de adecuación. Cualquier otra metodología es descriptiva. Según la primera formulación, es imposible que la jurisprudencia no sea normativa, mientras que según la segunda formulación es extremadamente improbable que pueda ser normativa. Sería difícil decir que la cuestión ha sido adecuadamente abordada. Veamos si podemos hacerlo mejor.

Podemos distinguir entre dos tipos muy diferentes de desafíos al método de análisis conceptual descriptivo atribuido, entre otros, a Hart. Una familia de críticos se opone al análisis conceptual, la otra a su supuesto descriptivismo. Quienes se oponen a la dimensión conceptualista del método ven el análisis conceptual como una reliquia del "giro lingüístico" en filosofía. Que Hart practicara el análisis conceptual es -dado el período en el

que escribió- un error excusable. En cuanto al resto de nosotros, los proyectos conceptuales son un pecado imperdonable. Estos críticos, Brian Leiter entre ellos el más notable, sostienen que el análisis conceptual es muy probablemente infructuoso y, en cualquier caso, poco esclarecedor, y que es mejor que el análisis conceptual siga el camino del análisis lingüístico. Así como **(p. 314)** la filosofía lingüística ha dado paso al naturalismo, también lo ha hecho la jurisprudencia conceptual; debe dar paso a una jurisprudencia naturalizada.4

Otros críticos, como Ronald Dworkin y Stephen Perry, no parecen negar el potencial informativo del análisis filosófico; niegan, en cambio, sus pretensiones descriptivistas. Para ellos, un análisis filosófico del derecho es fructífero en parte porque necesariamente invoca premisas discutibles de moralidad política.

Ninguna de estas objeciones es convincente. Si hay buenas razones para expresar dudas sobre la metodología de Hart

—y bien puede ser— no son los fundamentos que han presentado quienes proponen una jurisprudencia naturalizada o normativa. Este capítulo procede de la siguiente manera. En la Sección 1, considero la defensa de la jurisprudencia normativa. Al hacerlo, desarrollo y evalúo muchos de los argumentos presentados por sus más ardientes y

defensores competentes. Ni estos ni una amplia gama de otros argumentos prometedores que construyo son persuasivos.

Sin embargo, muchas de ellas son sumamente reveladoras y vale la pena explorarlas en detalle. En la Sección 2 evalúo las afirmaciones de Leiter en favor del naturalismo. Comenzamos con los argumentos de Dworkin en favor de una jurisprudencia normativa.

1. Jurisprudencia normativa

1.1 El aguijón semántico

Dworkin es el principal defensor de la jurisprudencia normativa, y su argumento más famoso para afirmar que la jurisprudencia es normativa es el Aguijón Semántico. Según Dworkin, el positivismo no es sólo una visión sustantiva de lo que es el derecho, sino que está respaldado por una cierta semántica de conceptos y explicaciones relacionadas tanto de lo que es entender el significado de un concepto como de recuperar su contenido. Él denomina a esa red de compromisos

'semántica de criterio'. Según su formulación de la semántica de criterio, 'seguimos reglas compartidas... al usar cualquier palabra: estas reglas establecen criterios que proporcionan el significado de la palabra'.

5 Conocer el significado de un concepto se evidencia

por un cierto tipo de comprensión. Dado que el significado de los conceptos está dado por los criterios compartidos de su aplicación, comprender el significado es saber cuáles son esos criterios **(p. 315)** . Así entendido, el objetivo del proyecto jurisprudencial es identificar los criterios compartidos para aplicar correctamente el derecho conceptual.

El derecho, sin embargo, es un concepto "esencialmente controvertido" en el sentido de que los usuarios competentes del lenguaje no sólo están en desacuerdo sobre si este o aquel esquema de gobierno (por ejemplo, la Alemania nazi) es una instancia de derecho, y sobre cuáles *deberían* ser los criterios para aplicar el concepto de derecho; también están en desacuerdo sobre cuáles son los criterios para aplicar el concepto de derecho. Si los usuarios competentes del lenguaje pueden discrepar de manera inteligible sobre los criterios para aplicar un concepto que comparten, entonces el significado del concepto no puede ser determinado por criterios compartidos para aplicarlo; y el proyecto de la jurisprudencia no puede consistir en identificar cuáles son esos criterios compartidos.

El argumento del aguijón semántico socava así una semántica de criterios de los conceptos en general, del concepto de derecho en particular, y el positivismo jurídico

sustantivo que éste sustenta. De esta manera, el argumento del aguijón semántico allana el camino para la idea de que el derecho es un concepto interpretativo. Al determinar qué es el derecho, no identificamos criterios compartidos para la aplicación del término. En cambio, defendemos ciertas premisas normativas sustantivas y orientamos nuestro análisis de qué es el derecho según ellas.

En una interpretación constructiva, comenzamos con una explicación o comprensión preteórica de la práctica. Esa comprensión restringe el conjunto de valores o propósitos que podríamos atribuirle razonablemente. Una vez que se le atribuye un valor o función a la práctica, fija el contenido de la práctica. En este sentido, la práctica nos señala la función o propósito más apropiado para su interpretación, y ese propósito a su vez fija la extensión del sustantivo que denota la práctica relevante. Esta es la forma en que la adecuación y el valor figuran en la interpretación constructiva. Cuando se trata del derecho, Dworkin está comprometido con la afirmación de que el propósito o función que mejor ilumina nuestra práctica jurídica es el de justificar, guiar y restringir el poder coercitivo del Estado. Al interpretar lo que es el derecho, orientamos nuestra interpretación hacia el objetivo de revelarlo en su mejor luz, es decir, como algo que es lo mejor de su tipo que puede ser, lo que en este contexto equivale a interpretarlo como algo que cumple bien su propósito o expresa bien el valor que se le atribuye. Como el objeto o propósito que atribuimos al derecho es el de justificar y limitar el ejercicio de la fuerza coercitiva por parte del Estado, el argumento sustantivo que debemos emprender para recuperar el contenido del concepto de derecho apelará necesariamente a normas de moralidad política. Así, la jurisprudencia es y debe ser normativa.

Este argumento a favor de la jurisprudencia normativa tiene dos componentes. El primero es el aguijón semántico; el segundo es la naturaleza de la interpretación constructiva. Los dos componentes del argumento están conectados de la siguiente manera. Un análisis filosófico de una práctica —en este caso, el derecho— puede adoptar la forma de una semántica criterial o de una interpretación constructiva. El fracaso de la semántica criterial implica interpretativismo. Una interpretación constructiva del

derecho requiere, a su vez, una jurisprudencia normativa. Mientras que el argumento del aguijón semántico no es suficiente para establecer la jurisprudencia normativa, Dworkin lo considera necesario para hacerlo. Al evaluar su argumento a favor de la jurisprudencia normativa, deberíamos comenzar con el argumento del aguijón semántico en sí.

(p. 316) El primer problema con el argumento del aguijón semántico es que simplemente no es válido. Sólo podría ser válido si fuera cierto que la semántica de los conceptos debe ser o bien criterial o bien interpretativa. Sólo entonces el fracaso de una semántica criterial podría implicar interpretativismo. Por supuesto, éstas no son las únicas dos alternativas, y por lo tanto el fracaso de una semántica criterial 6

Metodología

La semántica no implica interpretativismo.6

Más preocupante aún es el hecho de que, si la semántica criterial es errónea, Dworkin no ha aportado ninguna razón para pensarlo, y menos aún para atribuirle esa semántica a Hart. Tal como la caracteriza Dworkin, la semántica criterial sostiene que el significado de un concepto está determinado por la existencia de criterios compartidos. La frase «criterios de aplicación compartidos» es ambigua entre una interpretación individualista y una interpretación comunitaria. En la interpretación individualista, los criterios son compartidos en el sentido de que cada hablante competente de una lengua conoce las reglas para aplicar el concepto o la palabra-concepto. En la interpretación comunitaria, decir que los criterios son compartidos es simplemente decir que la comunidad tiene una regla para aplicar el concepto o la palabra-concepto, aunque ningún hablante competente de una lengua en particular necesita saber cuál es la regla. Como han señalado todos, desde Wittgenstein hasta Putnam y Raz, la concepción individualista del criterialismo es inútil. El significado es social en un sentido que el criterialismo individualista caracteriza de manera inapropiada.7 Por otra

parte, Dworkin debe atribuir la interpretación individual de la semántica criterial al positivismo, ya que sin ella, el hecho de que los individuos estén en desacuerdo sobre cuáles son los criterios para aplicar un concepto es intrascendente para la lista de criterios.8

Tampoco se puede atribuir a Hart la exigencia de que quienes comparten el mismo concepto y comprenden su significado compartan una especie de conocimiento teórico en forma de capacidad para formular reglas para aplicar el concepto de manera justa. Esta visión del significado le da un giro positivista lógico al Wittgenstein posterior y no representa una interpretación plausible de Hart ni de Wittgenstein.9 Sin duda, Dworkin es libre de definir la semántica criterial como le plazca y cargarla con cargas inmanejables. Al hacerlo, sin embargo, hace que cualquier argumento, incluido el Aguijón Semántico, sea correspondientemente menos interesante y sus consecuencias mucho más débiles.

El argumento del aguijón semántico se ve aún más socavado por el hecho de no prestar la debida atención a la diferencia entre el contenido de *la ley* (de una comunidad particular) y el contenido del *concepto* de ley (o de ley, un tipo de práctica social), cuya consecuencia es que Dworkin argumenta a favor de una conclusión, mientras que su objetivo es establecer **(p.**

317) el otro. Según la formulación de Dworkin de la semántica criterial, “seguimos reglas compartidas... al usar cualquier palabra: estas reglas establecen criterios que proporcionan el significado de la palabra”.10 Por lo tanto, el “significado mismo de la palabra ‘ley’

hace que *la ley* dependa de ciertos criterios específicos, y que cualquier abogado que rechazara o cuestionara esos criterios estaría diciendo tonterías contradictorias.1

1 Por supuesto, el significado de la palabra "ley" puede depender de cuestiones específicas.

criterios compartidos, incluso si la ley de una comunidad particular no depende de criterios compartidos de ningún tipo. Y, por lo tanto, un abogado que cuestionara cuáles

eran los criterios de legalidad en su comunidad difícilmente podría ser acusado (incluso por un semántico criterial) de decir "tonterías autocontradictorias".

Desde el principio, Dworkin combina dos nociones distintas: las condiciones de aplicación del término “derecho” (o el contenido semántico del concepto de derecho o la naturaleza del derecho), por un lado, y los criterios de legalidad en una comunidad particular, por el otro. La siguiente afirmación supuestamente resuelve el caso contra el semanticista criterial, pero revela en cambio el alcance de la confusión. “Si el argumento jurídico trata principalmente o incluso en parte sobre casos fundamentales”, escribe, “entonces los abogados no pueden estar usando todos los mismos criterios fácticos para decidir cuándo las proposiciones de derecho son verdaderas o falsas. Sus argumentos serían principalmente o en parte sobre qué criterios deberían usar”. 12 Concluye: “si dos abogados están en realidad siguiendo diferentes reglas al usar la palabra “derecho”, usando diferentes criterios fácticos para decidir cuándo una proposición de derecho es verdadera o falsa, entonces cada uno debe querer decir algo diferente del otro cuando dice qué es el derecho”. 13

Dworkin considera que las dos primeras cláusulas —«Si dos abogados están siguiendo reglas diferentes al utilizar la palabra «derecho»» y «utilizando criterios fácticos diferentes para decidir cuándo una proposición de derecho es verdadera o falsa»— llegan a la misma conclusión, pues se cree que ambas implican la conclusión de que «cada uno debe querer decir algo diferente del otro cuando dice qué es el derecho». Sin embargo, si bien puede ser cierto desde el punto de vista de la semántica de criterios que dos individuos que siguen reglas diferentes para aplicar la palabra o el concepto «derecho» deben estar asignándole significados diferentes, difícilmente se sigue de ello que dos personas que utilizan criterios fácticos diferentes para decidir si una proposición de derecho es verdadera o falsa deban estar asignando significados diferentes al término «derecho» o empleando conceptos de derecho diferentes.

Dos personas pueden utilizar diferentes criterios fácticos para determinar si algo es jurídicamente vinculante o no

sin estar en desacuerdo sobre el significado del concepto; dos personas pueden estar de acuerdo sobre los criterios fácticos sin estar en desacuerdo sobre el concepto. Esto es obvio una vez que uno se da cuenta de que los criterios fácticos para determinar si una proposición de derecho es verdadera o falsa están indexados a sistemas jurídicos particulares, mientras que los criterios para el contenido semántico del concepto de derecho no lo están. De modo que usted y yo podemos compartir el mismo concepto de derecho, pero como practicamos el derecho en diferentes sistemas jurídicos, no podemos estar de acuerdo sobre el concepto de derecho.

Metodología

comunidades, podemos estar 'en desacuerdo' (en un sentido poco interesante) acerca de los criterios fácticos para determinar la verdad o falsedad de proposiciones particulares de derecho.

(p. 318) De la misma manera, usted y yo podemos ejercer la abogacía en la misma comunidad y estar de acuerdo sobre cuáles son los criterios que rigen en nuestra comunidad, y sin embargo estar en desacuerdo sobre el concepto general de derecho. Por lo tanto, podemos estar de acuerdo en que una norma que viola la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda no es una ley válida, pero estar en desacuerdo sobre el concepto de derecho.

Usted cree que la mejor explicación de este hecho es que la moralidad sustantiva es un criterio de legalidad, independientemente de que se practique o no dicha restricción (usted es un abogado por naturaleza), y yo creo que la mejor explicación de este hecho es que existe una práctica convencional de negarse a considerar vinculantes las normas que no superan la prueba de igualdad sustantiva. Yo soy convencionalista en cuanto al concepto y usted no. En lo que no estamos de acuerdo es en cuál es la mejor manera de explicar la práctica; no tenemos por qué estar en desacuerdo, aunque es probable que lo estemos, sobre cuáles son los criterios de legalidad en la comunidad.

¿Podemos estar en desacuerdo sobre los criterios de legalidad en nuestra comunidad (común) sin estar en desacuerdo sobre el significado de la ley? En otras palabras, ¿es compatible una semántica de criterios con el desacuerdo entre abogados (y otros usuarios competentes del lenguaje) sobre los criterios de legalidad en su comunidad? Supongo que este es el caso que más preocupa a Dworkin. Desafortunadamente para Dworkin, la respuesta es que, por supuesto, usted y yo podemos estar en desacuerdo sobre los criterios de legalidad en nuestra comunidad sin estar en desacuerdo sobre los criterios de aplicación del término "ley". He aquí un ejemplo obvio. Usted y yo no estamos de acuerdo sobre cuáles son los criterios de validez legal en nuestra comunidad, pero compartimos los mismos criterios para aplicar el término "ley". Lo que compartimos es la opinión de que la ley es un concepto discutible en el sentido de que dondequiera que haya ley, lo que la ley es siempre un asunto de potencial disputa y requiere una práctica interpretativa. De hecho, nuestro desacuerdo sobre cuáles son los criterios de legalidad en nuestra comunidad tiene todo el sentido para nosotros en parte porque tal desacuerdo es parte de nuestra comprensión compartida de qué es la ley.

Así pues, parece que Dworkin diagnostica erróneamente la situación en la que no estamos de acuerdo sobre los criterios de legalidad en nuestra comunidad. Nuestro desacuerdo no nos dice nada acerca de qué teoría semántica del concepto de derecho es correcta. Si el positivismo como teoría sustantiva del concepto de derecho afirma que las condiciones de legalidad se agotan con criterios compartidos de validez jurídica, entonces nuestro desacuerdo es una prueba de que en algunas comunidades jurídicas los criterios de legalidad no se agotan con criterios compartidos, o que los criterios no se comparten de la manera en que una visión convencionalista o positivista exige que lo sean. Así pues, bien entendido, el desacuerdo sobre los criterios de legalidad en una comunidad puede contar en contra del positivismo sustantivo, pero el desacuerdo sobre cuáles son los criterios de derecho en una comunidad no tiene relación con una teoría semántica o con afirmaciones metodológicas.14

El componente de semántica punzante del argumento a favor de la jurisprudencia normativa no puede sostenerse. El argumento es inválido. Además, sólo una lectura positivista lógica de Hart justifica atribuirle una semántica criterial. Tal lectura no es justa **(p. 319)** ni para Hart ni para Wittgenstein o JL Austin, los dos filósofos cuya influencia en Hart fue mayor.1

5 Además, el argumento confunde la naturaleza del contenido del *derecho* (la práctica o el concepto del mismo) con el contenido del *derecho* de una comunidad particular.16

Dworkin no ha repudiado en ningún momento el Aguijón Semántico, y es bastante claro que su solidez es el eje de su argumento en favor de la jurisprudencia normativa. Sin embargo, si *hemos* de tratar el argumento de Dworkin en favor de la jurisprudencia normativa con el cuidado que merece, entonces debemos disociarlo del Aguijón Semántico. En otras palabras, el fracaso de la semántica criterial no puede ser nuestro fundamento para concluir que el derecho es un concepto interpretativo. Sigue siendo justo preguntarle a Dworkin qué, frente al colapso del Aguijón Semántico, fundamenta el argumento en favor del interpretativismo.

Dejemos esa cuestión de lado y supongamos simplemente que la ley es un concepto interpretativo.

Aun así, del hecho de que el derecho sea un concepto interpretativo no se sigue que cualquier interpretación del mismo requiera una incursión en la filosofía moral/política sustantiva. Se necesitan más argumentos. El argumento requerido comienza con la afirmación inocente e indiscutible de que las normas apropiadas para una interpretación de algo dependen del tipo de cosa que es el objeto de la interpretación. Esto significa que necesitamos una explicación preinterpretativa del tipo de cosa que el derecho es suficiente para fundamentar una interpretación del mismo. Éste es presumiblemente el estatus de la afirmación de que la función del derecho es justificar y limitar el poder coercitivo del Estado. Esta imputación de una función justificatoria al derecho es la premisa que orienta nuestro análisis del concepto de derecho hacia el

argumento político sustantivo.17 Incluso esta imputación de la función apropiada del derecho no es suficiente para garantizar la jurisprudencia normativa. Para generar la afirmación de que la jurisprudencia requiere un compromiso con una teoría moral/política sustantiva, necesitamos también una aplicación del principio de caridad.

Veamos más de cerca cómo estas dos premisas —la función justificatoria de la ley y el principio de caridad— deben

Metodología

En el argumento, al sostener que la función del derecho es justificar la coerción, uno debe afirmar que ésta es una propiedad esencial o central del derecho, no sólo un papel que el derecho puede desempeñar, o una función que algunas **(p. 320)** muchas o la mayoría de las comunidades asignan al derecho. Si la justificación de la coerción no fuera parte de nuestro concepto del derecho como tal, entonces ¿por qué un análisis del concepto debería estar orientado a explicar el derecho a la luz de esa función? Un martillo, por ejemplo, puede cumplir cualquier número de funciones (puede ser un arma homicida o un pisapapeles), pero la capacidad de los martillos para ser utilizados de estas maneras, y en ese sentido para cumplir estas funciones, difícilmente es parte de nuestro concepto de martillo, y no esperaríamos que una explicación de lo que son los martillos estuviera orientada a proporcionar una explicación de estas capacidades. Si la función que Dworkin atribuye al derecho es necesaria para orientar nuestro análisis del concepto, entonces tenemos que asumir que esta función es una propiedad del derecho como tal. Pero eso no es algo que pueda asumirse sin argumento; Y un argumento que no se puede aceptar es que esta característica esencial del concepto se revela en el proceso de una interpretación constructiva del mismo, ya que la función debe presuponerse antes de que podamos comenzar a aplicar ese método, y no puede ser una consecuencia de su aplicación.

Pasemos ahora al principio de caridad. El método de interpretación constructiva exige que mostremos el objeto

de la interpretación en su mejor luz. La interpretación de la ley está orientada hacia el objetivo de la función justificatoria, es decir, hacia el estatus de justificación moral. Entender la ley en su mejor luz, dada la función imputada, es tratar la ley como si en esencia cumpliera bien su función justificatoria. Cualquier explicación de lo que es la ley requiere que apelemos a normas sustantivas de moralidad política en la medida en que "debe explicar cómo lo que se considera ley proporciona una justificación general para el ejercicio de la autoridad coercitiva por parte del Estado".18

Cuando combinamos la premisa de que la jurisprudencia es interpretativa con estas dos premisas adicionales (que la función esencial de la ley es justificar y limitar el poder coercitivo del Estado y el principio de caridad al interpretar lo que es la ley a la luz de esa función), tenemos un argumento a favor de la jurisprudencia normativa: la afirmación de que un análisis del concepto de ley debe invocar premisas sustantivas o discutibles de moralidad política.

Pero, ¿hasta qué punto podemos tomarnos en serio este argumento? En cada punto crucial, las inferencias surgen de la nada. Primero, empezamos con una función —la justificación del poder coercitivo del Estado— que orienta el análisis hacia premisas morales. Pero no se nos da ningún argumento de que esta función sea un elemento esencial del concepto —lo cual debe ser si un análisis del derecho ha de orientarse hacia la teoría moral/política.19 Luego pasamos del hecho de que nuestro análisis del concepto es una interpretación a la conclusión de que para entender qué es el derecho, debemos entenderlo como algo que en gran medida *logra* **(p. 321)** justificar el poder policial del Estado. Este paso requiere una comprensión específica, y bastante dudosa, de cómo aplicar el principio de caridad en un contexto así. Después de todo, para Davidson el principio de caridad está motivado y defendido como una condición previa para entender la conducta como lingüística —es decir, como algo que transmite o tiene significado. No hay razón para que el argumento de Davidson justifique la aplicación del principio de caridad como fundamento para atribuir éxito a la ley en el cumplimiento de su función.

La jurisprudencia normativa plantea dos afirmaciones distintas pero relacionadas. La primera de ellas es que hay que apelar a una teoría moral/política sustantiva para explicar qué es el derecho y, por lo tanto, estar en condiciones de proporcionar las condiciones de verdad para las proposiciones jurídicas. La segunda afirmación es que esta postura metodológica debería ser, en principio, compatible con una serie de teorías sustantivas de qué es el derecho, entre las que se incluyen, sobre todo, el positivismo jurídico y el propio interpretativismo de Dworkin.

Un aspecto central de mi caracterización del argumento de Dworkin es atribuirle la opinión de que el derecho tiene una función justificatoria esencial. Algunos han objetado mi interpretación. De hecho, podemos distinguir entre al menos tres interpretaciones plausibles de la afirmación de Dworkin de que la función del derecho es "guiar y restringir el poder del gobierno". Algunos, como Jeremy Waldron, me han sugerido que al referirse a la función del derecho como guía y restricción del poder del gobierno, Dworkin simplemente está señalando una característica importante y predominante de nuestra práctica jurídica: a saber, que "el derecho insiste en que la fuerza no se use ni se detenga excepto cuando esté autorizada o requerida por los derechos y responsabilidades individuales que surgen de discusiones políticas pasadas sobre cuándo está justificada la fuerza colectiva". 20 La práctica jurídica tiene un *elemento justificatorio* , no una función justificatoria -un elemento justificatorio, además, que es histórico. La estructura justificatoria y retrospectiva del derecho es una característica importante del mismo que cualquier análisis del derecho debe ser capaz de explicar. Entendida de esta manera, la afirmación de Dworkin de que la función del derecho es guiar y restringir el poder policial expresa una *condición de adecuación* para cualquier teoría sustantiva del derecho, no una restricción metodológica para teorizar sobre qué es el derecho.

Metodología

En efecto, esta lectura de Dworkin lo lleva a plantear el mismo tipo de puntos que Hart planteó contra Austin.

Hart sugirió que cualquier explicación del derecho tendría que dar sentido a la dimensión histórica de la autoridad legal, al tiempo que hacía inteligible el discurso del derecho sobre derechos y obligaciones. Contra Austin, Hart presionó estas características de la pretensión de autoridad del derecho como condiciones adecuadas de una explicación sustantiva del derecho, no como consideraciones que exigieran una metodología particular de jurisprudencia. Como sostuvo Hart, los recursos disponibles en la explicación del derecho de Austin, si bien eran adecuados para explicar cómo el derecho podía obligar a la acción, eran, sin embargo, inadecuados para explicar la pretensión del derecho de imponer obligaciones de cumplimiento de sus directivas. Además, al identificar el derecho con los mandatos, la explicación de Austin carecía de los recursos para explicar la dimensión histórica relevante de nuestras prácticas de autorización legal.

(p. 322) Hart criticó la teoría sustantiva del derecho de Austin, no su metodología. Según la interpretación sugerida por Waldron, Dworkin está presionando para que se establezcan condiciones de adecuación similares para una explicación del derecho. La justificación de cualquier decisión judicial particular depende en parte de su relación con acciones políticas pasadas. Cualquier teoría del derecho debe iluminar esta característica. Dworkin puede tener razón al insistir en esto como una condición de adecuación para una teoría sustantiva del derecho, pero al hacerlo, impone una carga sobre los recursos de una teoría, no sobre la manera de determinar cuáles son esos recursos.

Si leemos las afirmaciones de Dworkin sobre la función justificatoria del derecho como sugiere Waldron, entonces no figuran en una defensa de la jurisprudencia normativa. No imponen restricciones a la metodología y, por lo tanto, ninguna que exija una jurisprudencia normativa. Además, sin tales restricciones, esta lectura de las afirmaciones de Dworkin sobre la "función" justificatoria del derecho hace misteriosa la relación entre la primera y la segunda parte de El *imperio del derecho* . Si la afirmación metodológica no está establecida, ¿por qué el positivismo jurídico y el

pragmatismo tendrían que ser reformulados como teorías interpretativas? La afirmación de Dworkin de que deben serlo depende de que él establezca la jurisprudencia normativa.

Para establecer esto es necesario que la afirmación de Dworkin sobre la función justificatoria del derecho tenga más en cuenta de lo que esta interpretación le atribuye, es decir, que tratemos la afirmación de Dworkin sobre la función justificatoria del derecho como algo que limita el método de la jurisprudencia, no su sustancia.

En lugar de interpretar la afirmación de que el derecho tiene una función justificatoria como expresión de una condición de adecuación para una teoría sustantiva del derecho, podríamos interpretarla como una "propuesta" interpretativa. La idea es que para entender el derecho necesitamos atribuirle algún valor, función o propósito. No hay una función o valor esencial, mejor o más apto que atribuir al derecho. Diferentes atributos plausibles de las funciones dan lugar a diferentes interpretaciones, todas las cuales son en principio capaces de dar "fruto" teórico. Al menos en esta lectura, las afirmaciones de Dworkin sobre la función del derecho tienen relación con el método interpretativo de la jurisprudencia.

A continuación abordaré esta sugerencia con más detalle.2

1 Por ahora, basta con señalar que, leído de esta manera, el interpretativismo no conduce a una jurisprudencia normativa. El hecho de que la interpretación del derecho *requiera* que apelemos a una teoría moral o política sustantiva depende del valor, la función o el propósito que atribuyamos al derecho. Y según esta lectura de Dworkin, cualquier interpretación que dé frutos es plausible y perspicaz. En segundo lugar, si bien Dworkin puede tener una variedad de intereses en mente al perseguir una jurisprudencia interpretativa, sus partidarios más ardientes, como Nicos Stavropoulos, suelen interpretarlo como alguien comprometido con proporcionar las condiciones de verdad para las proposiciones del derecho. Esta lectura de las afirmaciones de Dworkin sobre la función del derecho es incompatible con ambos proyectos

con los que está explícitamente comprometido, y por razones obvias.

Esto nos deja con la interpretación que he ofrecido anteriormente. Esta lectura de las afirmaciones de Dworkin sobre la función del derecho es la única de las tres que respalda un argumento a favor de la jurisprudencia normativa. También es la única que es compatible con los proyectos semánticos del libro, y la que explica mejor la conexión **(p. 323)** entre las diversas partes del libro. Es sólo porque la jurisprudencia debe ser normativa en el sentido de Dworkin que todas las teorías jurisprudenciales –incluido el positivismo– deben ser reformuladas como teorías interpretativas.22

Hasta este punto, no tenemos ninguna razón para pensar que la función del derecho es justificar el poder coercitivo del Estado, ni una razón para pensar que necesitamos tratar la afirmación que el derecho hace como verdadera. Podríamos superar estos problemas si pudiéramos establecer de alguna otra manera que el derecho es el tipo de cosa que necesariamente posee una propiedad moral lo suficientemente fuerte como para imputarle una propiedad de estar generalmente justificada como tal. Si no fuera parte de nuestro concepto de derecho el que tenga alguna propiedad moral que justifique esa imputación, ¿cuál sería la razón para interpretar el concepto de esa manera? Por otra parte, si comenzamos asumiendo que el derecho como tal tiene el tipo de propiedad moral necesaria que orienta un análisis del concepto de él de una manera que apoyaría la afirmación central de la jurisprudencia normativa, puede resultar que la normatividad de la jurisprudencia sea incompatible con muchas teorías sustantivas

Metodología

del concepto. Esto significa que la metodología plantearía interrogantes sobre la verdad de las teorías sustantivas subyacentes al concepto. Esto violaría el segundo principio de la jurisprudencia normativa; a saber, su compatibilidad con una amplia gama de diferentes teorías sustantivas del derecho.

Parece que podemos seguir cualquiera de dos caminos en busca de una defensa de la jurisprudencia normativa, ambos con obvias barreras para su éxito. El primero es identificar una propiedad moral que el derecho necesariamente tiene que orientará un análisis del concepto a principios de moralidad política. La preocupación aquí es que la jurisprudencia normativa resultará no ser compatible con una gama de teorías sustantivas plausibles del concepto, y por lo tanto que los costos -desde un punto de vista teórico **(p. 324)** - de seguir esta estrategia de argumentación serán demasiado altos. La alternativa es ver si podemos construir un argumento para la normatividad de la jurisprudencia que no se base en que el derecho necesariamente posea alguna propiedad moral en absoluto. La preocupación aquí es que tal argumento no existe, porque si el derecho no es el tipo de cosa que necesariamente posee propiedades morales, ¿por qué un análisis de lo que es el derecho invocaría necesariamente premisas morales? ¿Nuestras explicaciones de la mesa, la silla, el conocimiento o similares requieren premisas morales? Se sospecha que no, y eso se debe a que nuestro concepto de cada uno de ellos no es el de algo que posea propiedades morales necesarias. ¿Por qué invocar premisas morales en nuestra explicación de algo que no tenemos motivos para pensar que tenga una propiedad moral esencial?

A menos que el derecho contenga una propiedad moral necesaria que oriente nuestro análisis de él, ¿por qué nuestro análisis de lo que es debe requerir un argumento moral? Por otra parte, si la jurisprudencia normativa depende de que el derecho tenga propiedades morales necesarias, entonces la jurisprudencia normativa como tesis metodológica puede no ser compatible con una amplia gama de puntos de vista sustantivos plausibles sobre la naturaleza del derecho. Aunque estos son motivos suficientes para el escepticismo sobre las perspectivas de éxito, veamos si podemos construir argumentos plausibles empleando ambas estrategias. Comencemos con un argumento a favor de la jurisprudencia normativa que no atribuye ninguna propiedad moral necesaria al derecho.

Un enfoque prometedor comienza con la afirmación de que un análisis de lo que es el derecho debe orientarse hacia la

autoconcepción de los participantes en el sistema jurídico. Después de todo, es una afirmación central incluso para el positivismo jurídico que para que exista el derecho deben existir prácticas de identificación (yo prefiero, validación), legislación y arbitraje que sean aceptadas desde un punto de vista interno por los funcionarios pertinentes. Aceptar estas reglas desde el punto de vista interno es comprometerse con ellas, tratarlas como razones para actuar, como estándares legítimos de conducta. Tal vez la concepción del derecho que informa las acciones de los funcionarios pertinentes —su comprensión del significado de sus acciones, de lo que están haciendo— sea la lente a través de la cual podemos ver mejor lo que es el derecho.

Podemos caracterizar la autoconcepción de los participantes en el derecho de diversas maneras, pero es plausible que cualquier caracterización adecuada enfatice la afirmación de que quienes ejercen el derecho lo entienden como un tipo especial de actividad centrada en la justificación, que busca justificar un poder policial coercitivo. Aquellos en cuya autoconcepción nos centramos ven el derecho como un intento sincero de seguir las exigencias de la legitimidad política. Sería difícil para ellos entender lo que están haciendo si no se vieran a sí mismos involucrados en una actividad que apunta a ofrecer una justificación genuina para el ejercicio del poder policial. Sin embargo, este objetivo solo es imperfectamente realizable en la práctica, ya que la práctica jurídica también está limitada por las fuentes autorizadas que constituyen la identidad, la historia y la cultura distintivas de un sistema jurídico particular. Los actores jurídicos relevantes entienden el derecho no solo como centrado en la justificación, sino también como limitado por la historia de una institución –su derecho– que es (al menos en cierta medida significativa) continua en el tiempo.

(p. 325) ¿Podemos llegar desde esta autocomprensión a una jurisprudencia normativa? He aquí una sugerencia. 23 Si no fuera por la peculiar historia institucional del derecho de cualquier comunidad particular, cada participante en su sistema legal creería que ejerce el poder de una manera que realmente sigue las demandas de la moralidad política o de la justicia, concebidas en sentido amplio. 24 Cuando surgen cuestiones de derecho, los participantes

simplemente van directamente a las normas morales/políticas aplicables. La historia institucional crea una brecha potencial entre lo que se requiere moralmente (o sería moralmente requerido en ausencia de cualquier historia institucional) y lo que el derecho de hecho requiere, porque lo que el derecho requiere debe "encajar" en la historia institucional: debe ser el caso de que los nuevos pronunciamientos legales y los antiguos sean vistos como pronunciamientos de una y la misma institución -el sistema legal- que es continuo a lo largo del tiempo. El derecho debe, en este sentido, mostrar una cierta integridad. El principio de caridad entra ahora de la siguiente manera. Para conciliar la creencia necesaria de que su práctica tiene un objetivo justificativo con la creencia necesaria de que se trata de una práctica continua en el tiempo, los participantes *deben* creer que los pronunciamientos anteriores estaban en gran medida moralmente justificados.

De lo contrario, tendrían que renunciar a la mayoría de los pronunciamientos anteriores o al objetivo justificatorio, y ambos Página 8 de 28

Metodología

son partes necesarias de su autocomprensión como participantes en un sistema *legal* . Por lo tanto, el concepto de derecho, visto a través de la lente de los participantes de cualquier institución legal, es el concepto de algo que está en general moralmente justificado.2

5 Por lo tanto, dondequiera que exista una ley, debe darse el caso de que la ley de esa comunidad sea, al menos en general, legítima, porque sus practicantes necesariamente la ven así. Esa es la hipótesis de trabajo de todos los participantes relevantes y, si hemos de entender la ley como el resultado de sus acciones, entonces debemos verla como ellos la ven.

Y por lo tanto debemos emprender un argumento moral para determinar si una comunidad tiene derecho en el sentido relevante.

La jurisprudencia debe ser normativa.

Si una de nuestras preocupaciones sobre el argumento anterior era que necesitaba, pero no podía, justificar ni la función justificatoria del derecho ni el principio de caridad, entonces una cosa que se puede decir en nombre del argumento de la autoconcepción es que ambos están justificados como componentes conceptuales de la autocomprensión de los participantes (al menos de algunos y quizás la mayoría de los participantes clave) en un sistema jurídico. Además, el argumento de la autoconcepción tiene la ventaja adicional de llevarnos a una jurisprudencia normativa a partir de premisas que no atribuyen ninguna propiedad moral necesaria al derecho.

Sin embargo, por muy seductor que pueda parecer a primera vista, el argumento de la autoconcepción es inadecuado para la tarea en cuestión. Sin duda, podemos exigir como condición de adecuación de un análisis del concepto de derecho que tenga recursos adecuados para **(p. 326)** explicar las autocomprensiones de los participantes;26 pero esto no significa que debamos *dar crédito* a esas autocomprensiones en el contexto de tratar de entender lo que es la práctica. De hecho, hay buenas razones para sospechar en este contexto, ya que podríamos preocuparnos de que los participantes en la práctica estén demasiado cerca de ella.

que han invertido demasiado en verlo de una manera que legitime sus vidas y acciones. Al dar crédito de esta manera al punto de vista interno de los funcionarios, en efecto excluimos la posibilidad de una falsa conciencia o mala fe.

Esto hace caso omiso de lo que parecería ser una presión psicológica natural para considerar justificada la participación en una práctica que implica el uso de la fuerza coercitiva para resolver disputas y hacer cumplir una distribución específica de cargas y beneficios sociales. La alternativa sería que los participantes se vieran a sí mismos como matones, extorsionadores y mafiosos. Pero no tenemos que suponer la posibilidad de mala fe o falsa conciencia para ver el problema de dar crédito a la autocomprensión de los participantes. Todo lo que tenemos que hacer es admitir su falibilidad, la posibilidad de que se hayan equivocado terriblemente y que, a pesar de sus

esfuerzos de buena fe, hayan adoptado patrones de conducta que no pueden justificarse moralmente.

Se podría argumentar, sobre la base de Davidson, que hay algo incoherente en la idea de que los profesionales de un sistema jurídico podrían equivocarse sistemáticamente acerca de los tipos de afirmaciones que harían (de hecho, deberían hacer) en relación con su práctica. Davidson ha presentado argumentos poderosos para la opinión de que, para entender la conducta de un individuo como lenguaje (es decir, como expresión de proposiciones con significados), debemos considerar verdaderas la mayoría de las afirmaciones que hace.27 La idea de que un usuario competente del lenguaje se equivoque sistemáticamente es incoherente. Tal vez se podría argumentar algo similar acerca de las afirmaciones que harían los profesionales de un sistema jurídico. Debemos dar crédito a la mayoría de sus afirmaciones si queremos aferrarnos a la idea de que están practicando el derecho.

Pero esto es seguramente una aplicación errónea del principio de caridad. Supongamos que hay razones a priori que muestran que todo el conjunto de afirmaciones que los miembros de una cultura o comunidad lingüística apoyarían debe ser considerado como mayoritariamente verdadero si hemos de considerarlas como afirmaciones en primer lugar. No se sigue de ello que las afirmaciones incorporadas en instituciones y prácticas culturales *específicas* deban ser consideradas como mayoritariamente verdaderas; de lo contrario, parecería que podríamos asegurar una prueba a priori de la existencia de Dios aplicando el principio de caridad a las afirmaciones que se hacen dentro de la práctica de la religión. 28 Es simplemente inverosímil afirmar que debemos *dar* crédito a la autocomprensión de **(p.**

327) los profesionales del derecho para dar sentido a la afirmación de que están practicando el derecho.29 Si buscamos un argumento que demuestre que un análisis de lo que es el derecho debe invocar premisas sustantivas de moralidad política sin atribuir primero ninguna propiedad moral necesaria del derecho, entonces el argumento de la autoconcepción que acabamos de considerar es del tipo correcto, pero no está a la altura de la tarea.30

(p. 328) Pero quizá hemos abandonado demasiado rápidamente los argumentos que comienzan por atribuir una propiedad moral necesaria al derecho. Yo, por mi parte, he sostenido durante mucho tiempo que lo que preocupa a los positivistas no es la afirmación de que el derecho tiene alguna propiedad moral necesaria, sino la afirmación más fuerte de que la propiedad moral que el derecho necesariamente tiene (o se dice que tiene) es suficientemente fuerte como para justificar una inferencia de legalidad a legitimidad. En otras palabras, simplemente rechazo la afirmación de que un positivista debe afirmar que no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad. El positivismo niega la afirmación muy diferente de que la legalidad de una norma debe depender de que tenga un cierto tipo de propiedad moral, una que implica su legitimidad . Si estoy en lo cierto -y supondré que lo estoy para construir un argumento en nombre de la jurisprudencia normativa- entonces puede ser posible en principio identificar una propiedad moral que el derecho tiene necesariamente (o se dice que tiene) como *legitimidad .*

Metodología

El concepto de derecho tiene necesariamente una propiedad moral y es lo suficientemente fuerte como para orientar el análisis del concepto hacia principios sustantivos de moralidad política, pero lo suficientemente débil como para no justificar una inferencia de legalidad a legitimidad. De esa manera, podríamos llegar a una jurisprudencia normativa a partir de la existencia de una propiedad moral necesaria que el derecho tiene, al tiempo que nos aferramos a la afirmación de que, al menos en principio, una jurisprudencia normativa es compatible con la gama de importantes teorías sustantivas del concepto de derecho, incluido, sobre todo, el positivismo jurídico.

Un argumento que podría tener éxito en ambos aspectos se basa en la idea de que el predicado "derecho" funciona en nuestro discurso normativo como lo que llamaré un "predicado de recomendación débil". Articular y desarrollar esta característica del "derecho" puede resultar la mejor manera de entender lo que impulsa el debate entre la jurisprudencia normativa y la descriptiva.

Cuando hablamos de derecho, nos referimos a una forma de gobierno que constituye una relación normativa distintiva entre los individuos o instituciones gobernantes y aquellos que son gobernados por ellos. La forma en que el derecho estructura esta relación es diferente de, y en cierto sentido moralmente preferible a, la relación entre, por ejemplo, los poderes gobernantes y la población sometida en el caso de una ocupación militar. En términos más generales, el gobierno por derecho es preferible al gobierno por la fuerza y el miedo. Cualquier explicación plausible del derecho no sólo debe dejar claras las diferencias entre estas formas de gobierno, sino que debe hacerlo de una manera que explique —o nos permita explicar— por qué creemos que el gobierno legal es moralmente atractivo. Podemos plasmar esta condición diciendo que el derecho es un "predicado de recomendación".31

Al caracterizar el derecho de esta manera, no queremos dar a entender que la autoridad legal sea siempre moralmente legítima o justificada, o incluso que cualquier instancia real de la misma lo sea. Ciertamente no necesitamos afirmar que el derecho en una comunidad particular está justificado simplemente en virtud de su condición de derecho. El derecho es, en este sentido, un predicado de recomendación *débil , y* **(p. 329)** podemos contrastarlo con un predicado de recomendación fuerte como la "justicia". Una teoría de la justicia sería inverosímil a primera vista si su extensión incluyera arreglos sociales, políticos o económicos moralmente indeseables. La propiedad de la legitimidad moral es una característica esencial o central de nuestro concepto de justicia, y un argumento en el sentido de que un análisis de la justicia selecciona algún arreglo social moralmente ilegítimo es un argumento sólido para la insuficiencia de ese análisis. En cambio, las leyes -y quizás incluso los sistemas jurídicos- pueden ser moralmente ilegítimos, y probablemente lo sean con más frecuencia de lo que nos gustaría creer. Sin embargo, parecemos inclinados a reconocer que hay algo encomiable en la gobernanza jurídica como tal.

Un argumento a favor de la jurisprudencia normativa comienza con esta característica de recomendación débil del predicado, la ley. Si la ley es un predicado de

recomendación débil, entonces se podría argumentar que la mejor explicación de cómo es que la ley desempeña este papel en nuestro discurso normativo es que la ley tiene una propiedad moral adecuada para justificar el papel lingüístico de la "ley". Es decir, debe haber alguna propiedad moral que tenga la ley que proporcione la explicación del hecho de que la "ley" desempeñe este papel de recomendación en nuestro discurso normativo. Cada instancia de la ley debe poseer esta propiedad moral, *M* —

Algo más débil, tal vez, que la legitimidad moral o la legitimidad prima facie. Si el derecho tiene una propiedad de este tipo, un análisis del concepto de derecho debería especificar cuál es esta propiedad *M* y, al hacerlo, el análisis debe apelar al argumento moral de dos maneras: al especificar el contenido de *M , el análisis debe revelar cómo o por qué esa propiedad es moralmente atractiva ;* y el análisis general debe ser tal que seleccione solo cosas que tengan la propiedad *M.*

Así, al seleccionar los demás elementos del análisis del derecho, los teóricos se ven obligados a seleccionar un conjunto de elementos que sean suficientes para, o al menos consistentes con, *M.* Tener éxito en eso es una condición de adecuación para un análisis del derecho, y necesariamente implica involucrarse en un argumento moral sustantivo.

Esto parece un caso de jurisprudencia normativa, así que consideremos el punto con más cuidado. Ya hemos aceptado la primera premisa, que el derecho es un predicado de recomendación débil. Esto es simplemente un hecho sobre el papel que

El "derecho" desempeña un papel en nuestro discurso normativo. Al reconocer esto, dejamos abierta la cuestión de cómo el "derecho" desempeña este papel. Una respuesta es la proporcionada en el argumento anterior, a saber, que existe una propiedad moral, *M* , que el derecho necesariamente tiene, y es la existencia de esa propiedad la que explica cómo el "derecho" podría servir como predicado de recomendación en nuestro discurso normativo. El "derecho" desempeña un papel de recomendación en nuestro discurso normativo porque el

concepto de derecho es el concepto de algo con una cierta propiedad moral atractiva.

Claramente, la propiedad de ser moralmente legítimo sería suficiente para explicar la función de recomendación de la "ley", pero pocos jurisprudentes normativos desearían respaldar la inferencia de la legalidad a la legitimidad moral. Hay otros valores para M que también podrían explicar la característica de recomendación. Antes de explorar varios valores posibles para M , primero debemos considerar si la existencia de una propiedad moral esencial es la única forma en que podemos dar sentido a la Página 10 de 28

Metodología

del papel encomiable que desempeña la “ley” en nuestro discurso normativo.

(p. 330) Se podría argumentar, por ejemplo, que la característica de recomendación del derecho es simplemente una inducción sobre la experiencia. El registro histórico nos proporciona ejemplos de una variedad de diferentes tipos de gobernanza, legales y de otro tipo, y los legales parecen ser preferibles en general. O tal vez sea algo aún menos loable: una inducción miope. Tal vez los sistemas legales recientes hayan sido mejores que sus alternativas. Por una razón u otra, hemos formado asociaciones positivas sobre el concepto, y eso es lo que explica el papel que

El término "derecho" forma parte de nuestro discurso normativo, pero es sólo una característica accidental del derecho y no tiene ninguna incidencia en el contenido del concepto ni en el método adecuado de la jurisprudencia.

El punto es discutible, pero no quiero defenderlo aquí. La réplica inmediata será que si tenemos creencias basadas inductivamente sobre el atractivo moral del derecho, estas creencias no se pueden explicar por la mera contingencia histórica, por hechos brutos sobre cómo han funcionado las diversas formas de gobierno. Si el derecho se asocia históricamente con una forma de gobierno más humana o justa que sus alternativas, ese hecho se debe a algo

inherente a la naturaleza del derecho. De hecho, no está claro que debamos siquiera aceptar la afirmación de que nuestras creencias sobre el atractivo del derecho se basan inductivamente en primer lugar. No es obvio que el registro histórico...

Ya sea desde una perspectiva a largo o corto plazo, presenta una imagen inequívocamente atractiva de la gobernanza legal, o que la característica de elogio realmente depende de que el registro lo haga. Parece más probable que la explicación de la característica de elogio no resida en lo que las leyes y los sistemas legales han sido realmente, sino más bien, en lo que *pueden potencialmente ser* . Es decir, inherente a la naturaleza del derecho está el potencial para un tipo de gobierno que es moralmente más atractivo que las alternativas. Nuestro concepto de derecho es el concepto de algo que tiene el potencial inherente de alcanzar, realizar o tomar la forma de un cierto ideal de gobierno.

La sugerencia ahora es que la propiedad moralmente atractiva de la ley es *su potencial inherente para realizarse o manifestarse. Un ideal de gobierno* . Como potencial, no necesita realizarse en cada caso de derecho, y eso explica de una vez por todas por qué el argumento en favor de la jurisprudencia normativa no necesita respaldar la inferencia de la legalidad a la legitimidad. Sin embargo, al mismo tiempo, si este potencial es una característica esencial o central de nuestro concepto de derecho, un análisis del derecho debe apelar al argumento moral.

Una forma de distinguir las distintas formas de gobierno es en función de la estructura de la relación entre, por así decirlo, "gobernante" y "gobernado". La idea de la ley impone restricciones no sólo a los gobernados, sino también al gobernante.

Sin duda, un sistema jurídico no tiene por qué ser eficaz para limitar el ejercicio del poder del gobernante, e incluso puede estipular que la ley no impone tales restricciones; pero en la medida en que un gobernante ejerce un poder puramente arbitrario, no gobierna por la ley. La ley, por tanto, implica una especie de reciprocidad entre gobernante y gobernado. Las normas jurídicas son, como

tales, generales en su alcance y aplicación, conocibles de antemano y susceptibles de cumplimiento. Estas características indican que, bajo la ley, los gobernados son tratados, en un sentido quizás muy modesto y limitado, como agentes autónomos capaces de deliberar y actuar sobre la base de razones. Esta relación normativa entre gobernante y gobernado bajo la ley es moralmente preferible a las alternativas, y esta característica inherente de la ley explica por qué la "ley" es una regla que se aplica a los gobernantes y **gobernados.**

funciona dentro de nuestro discurso normativo como un predicado de elogio.

Podemos entender una serie de importantes teorías jurídicas como intentos alternativos de explicar el potencial inherente del derecho para hacer realidad un ideal de gobierno moralmente atractivo. La afirmación de Dworkin de que el derecho es una práctica que apunta a justificar el ejercicio de la fuerza coercitiva por parte del Estado podría verse como una forma de explicar un potencial moralmente atractivo del derecho: ciertamente, un Estado que reconoce una obligación de justificar sus acciones coercitivas es capaz de ser mejor, moralmente, que un Estado que no reconoce tal obligación. La visión de Raz del derecho como algo que necesariamente pretende mediar entre las personas y las razones que se aplican a ellas contiene recursos similares, pues concibe la relación del derecho con los ciudadanos como capaz de servir a su interés en satisfacer las demandas de la razón correcta, concibe el derecho como figurando en las deliberaciones de agentes autónomos, etcétera. Cualesquiera que sean sus diferencias, Dworkin y Raz nos permiten entender el atractivo moral de un tipo de gobierno que el derecho tiene el potencial inherente de hacer realidad. Al mismo tiempo, ninguna de las dos visiones se basa en la afirmación de que la ley debe siempre realizar este potencial y, por lo tanto, ninguna de ellas sucumbe a la trampa de aceptar una inferencia de la legalidad a la legitimidad moral.

Incluso el análisis de Hart nos permite explicar el potencial inherente del derecho para realizar una forma atractiva de gobierno.

Al postular como función del derecho la guía de la conducta mediante reglas que son razones, Hart postula una función que puede entenderse, tal vez de diversas maneras, como moralmente atractiva. El atractivo moral de la supuesta función de guía del derecho se encuentra tal vez en un nivel de generalidad más alto que las explicaciones de Dworkin o Raz sobre lo que es moralmente atractivo.

Metodología

No solo hay un atractivo moral en la gobernanza legal, sino que también son adecuados para revelar que la ley es necesariamente el tipo de cosa con el potencial inherente de realizar una forma de gobernanza moralmente atractiva.

El argumento de la recomendación puede resumirse ahora de la siguiente manera: la ley es un predicado de recomendación débil.

Esto se debe a que forma parte de nuestro concepto de derecho el que éste sea moralmente atractivo como tal, de lo que se sigue que cada instancia del derecho tiene alguna propiedad moralmente atractiva *M.* Esa propiedad es el potencial inherente del derecho para realizar un ideal de gobierno. El ideal relevante puede especificarse de maneras diferentes, tal vez en competencia, y en diferentes niveles de generalidad; pero cualquier análisis del concepto de derecho debe invocar premisas morales sustantivas para explicar la naturaleza de *M* y orientar el análisis sólo hacia aquellas prácticas que tienen *M.* Por lo tanto, toda jurisprudencia debe ser normativa.

Aunque sumamente esclarecedor, el argumento está plagado de dos defectos fatales. El primero radica en la manera en que debemos entender la idea del potencial inherente del derecho. Supongamos que el derecho tiene el potencial inherente de realizar una variedad de ideales morales que otras formas de gobierno no pueden realizar, y que esto distingue al derecho de otras formas de gobierno. ¿Es este potencial inherente realmente parte de nuestro concepto de derecho? No deberíamos dejarnos llevar por la resonancia metafísica de una expresión como "potencial inherente". Hay maneras de entender esa expresión que sí

tienen implicaciones metafísicas, pero la plausibilidad inicial del argumento anterior depende **(p.**

332) en un sentido más directo, metafísico e inocente del "potencial inherente" de la ley.

La ley es simplemente el tipo de cosa que puede hacer realidad algunos ideales atractivos. Ese hecho sobre la ley no es necesariamente parte de nuestro concepto de ella. Después de todo, un martillo es el tipo de cosa que puede ser un arma homicida, un pisapapeles o una mercancía.

La religión es el tipo de cosa que puede despertar pasiones asesinas. La medicina es el tipo de cosa que puede formar la base de un sector económico lucrativo; hacerlo es, en ese sentido, un "potencial inherente" de la medicina. Sin embargo, el hecho de que una cosa, por su naturaleza, tenga ciertas capacidades o pueda usarse para diversos fines o como parte de diversos proyectos no implica que todas o algunas de esas capacidades, fines o proyectos sean parte de nuestro concepto de esa cosa. El único punto que debemos conceder sobre el "potencial inherente" de la ley para realizar un ideal moral atractivo de gobierno es el hecho de que la ley es el tipo de cosa con la capacidad de hacerlo. Pero eso por sí solo es suficiente para explicar el papel de elogio que cumple

El "derecho" juega un papel en nuestro discurso normativo. De esto no se sigue nada acerca del contenido de nuestro concepto de derecho. Por lo tanto, el argumento de la recomendación se equivoca cuando supone que una capacidad particularmente interesante del derecho es, de hecho, parte de nuestro concepto de él. Se necesita un argumento para demostrar que ese es el caso, y no parece que se presente ninguno.

Por supuesto, si hiciéramos un análisis del concepto de martillo que no arrojara luz sobre su capacidad para ser usado como pisapapeles, eso sería una insuficiencia prima facie del análisis. Si hiciéramos un análisis del concepto de religión de una manera que no diera cuenta de la capacidad de la religión para despertar pasiones asesinas, tendríamos motivos para criticar también ese análisis. De ello no se sigue que un análisis de cualquiera de los dos conceptos

deba basarse en, invocar o apelar a estas capacidades para identificar las características centrales de los conceptos. Por la misma razón, un análisis del derecho debería ayudarnos a entender lo que encontramos moralmente atractivo en él, y un análisis que no lo hiciera sería deficiente. Pero esta condición no implica que debamos apelar al argumento moral para proporcionar un análisis adecuado del derecho. Es suficiente si, al final del día, el análisis que ofrecemos nos ayuda a entender las capacidades moralmente atractivas del derecho.

En mi propio trabajo, especialmente en *The Practice of Principle* , he ofrecido una teoría del derecho que involucra una variedad de elementos, algunos familiares, otros no, que pueden combinarse de una manera que explica por qué el gobierno por ley es preferible a formas alternativas de gobierno. Si uno se deja llevar por los ideales morales de autonomía y dignidad, entonces puede ver cómo los elementos de mi análisis constituyen una cosa (el derecho) que tiene la capacidad de acomodar esos ideales de maneras que otras formas de gobierno no pueden o no pueden hacerlo tan bien. Si uno se deja llevar por las formas en que una organización efectiva puede mejorar el bienestar humano, entonces es evidente que el derecho, entendido en términos del análisis que ofrezco, puede ser propicio para esos fines. Pero la autonomía, la dignidad y el bienestar no entran en ningún punto en el análisis que ofrezco, ni tampoco ninguna otra propiedad moral. Estos ideales son externos al concepto de derecho; el derecho resulta ser el tipo de cosa que puede servirles bien. La capacidad de hacerlo es, en un sentido metafísico inocente, un potencial inherente al derecho. Esto no implica nada acerca de cómo debe proceder el análisis del derecho **(p. 333)** , y el análisis que he ofrecido no apela a ninguno de los valores que hacen atractivo al derecho.

Estas consideraciones ilustran el segundo defecto, relacionado con el argumento de la recomendación. Que el derecho sirva como predicado de la recomendación es un hecho sobre su uso que cualquier teoría del derecho bien podría verse obligada a hacer inteligible de la misma manera que una teoría del derecho debe contener recursos adecuados para hacer inteligible la normatividad de la ley.

Metodología

Discurso jurídico. Se puede hacer ambas cosas sin atribuir propiedades morales al derecho en sí; tampoco los valores a los que el derecho es capaz de servir ni las formas de gobierno que es capaz de ejemplificar deben dirigirnos hacia las características más prominentes o centrales del derecho. Cualesquiera que sean esos elementos en una teoría particular, deben ser capaces de explicar una variedad de hechos sobre el derecho, siendo uno de ellos el papel de recomendación del "derecho" en nuestro discurso normativo.

Ni el argumento de la autoconcepción ni el argumento de la recomendación son adecuados para establecer las afirmaciones de la jurisprudencia normativa. Ninguno tiene éxito donde el aguijón semántico ha fallado. Aunque ninguno de ellos alcanza el objetivo que se proponen, reflejan diferentes tipos de enfoques filosóficos que uno podría adoptar para explorar la naturaleza de la jurisprudencia: sus objetivos, sus fundamentos filosóficos y los criterios adecuados para evaluar sus teorías. El aguijón semántico intenta extraer una conclusión sobre cómo se debe teorizar el concepto de derecho a partir de afirmaciones sobre las condiciones de significado de los conceptos en general. El argumento de la autoconcepción sugiere que si queremos entender o captar el concepto de derecho, necesitamos observar primero las autocomprensiones de aquellos que son participantes centrales en la práctica, una categoría especial de lo que podríamos considerar (para usar una frase familiar de la filosofía del lenguaje) "usuarios competentes del lenguaje". El argumento de la recomendación comienza con la sugerencia de que si queremos entender el derecho (la cosa), deberíamos investigar los roles que "derecho" (la palabra) desempeña en nuestro lenguaje.

Antes de pasar a considerar los argumentos más "particularistas" de Perry en el sentido de que Hart es un jurisprudente normativo, permítanme presentar un último argumento general a favor de una jurisprudencia normativa. Como se señaló anteriormente, al analizar la afirmación de que la función del derecho es justificar y limitar la autoridad coercitiva del Estado, Dworkin escribe:

Nuestras discusiones sobre el derecho en general suponen, sugiero, que el punto más abstracto y fundamental de la práctica jurídica es guiar y restringir el poder del gobierno de la siguiente manera. El derecho insiste en que no se utilice ni se detenga la fuerza excepto cuando esté autorizado o requerido por los derechos y responsabilidades individuales que surgen de decisiones políticas pasadas sobre cuándo está justificada la fuerza colectiva.32

En lugar de entender que Dworkin atribuye al derecho una función que es una característica esencial de éste y que, por lo tanto, exige que orientemos nuestro análisis del derecho en torno a ella —una función que es discernible a priori o, de otro modo, defendible trascendentalmente como condición previa de nuestra capacidad para discutir y evaluar el derecho— podemos atribuirle una estrategia de argumentación algo diferente **(p. 334)** . En esta lectura, Dworkin presenta un caso plausible para orientar un análisis o teoría del concepto de derecho en torno a una concepción particular de su función. El argumento para atribuir esta función al derecho es que nos ayuda a entender las discusiones sobre el derecho: cómo es que estamos hablando de lo mismo tanto cuando expresamos nuestros acuerdos como nuestros desacuerdos al respecto: qué es, qué valor tiene, cuándo está justificado, etc.

Se podría argumentar que hay otras maneras de pensar sobre el propósito, el objeto o la función del derecho que pueden recomendarse sobre bases similares. Así, podríamos pensar que el derecho tiene la función de coordinar el comportamiento, de sostener la interacción cooperativa o de permitir una cierta realización del yo, etc. Al atribuir una función o un propósito al derecho en este sentido, orientamos nuestro análisis del concepto en consecuencia y vemos qué imagen emerge del tipo de práctica del derecho. Así, en lugar de leerlo como si afirmara que la función de justificar y limitar la autoridad coercitiva del Estado es una característica esencial del derecho, discernible a priori al reflexionar sobre nuestro concepto de él, podemos leer a Dworkin como si hiciera sólo una afirmación provisional sobre el concepto de derecho. Esta afirmación podría ser parte de una explicación que reconozca que hay muchas funciones o

valores posibles que podemos asociar con el derecho. Atribuir una u otra función al derecho orientará el análisis del concepto de una manera particular, identificando características particulares del derecho como salientes, mientras que relegamos otras a papeles secundarios. De esta manera, a partir de distintas atribuciones de una función, finalidad o valor, se desprenderán diferentes teorías del concepto. A continuación, se elegirá entre las diferentes concepciones según los criterios adecuados para evaluar las teorías del concepto de derecho.

Sin duda. El problema es que la aplicación de esta línea de argumentación no produce una jurisprudencia normativa. En todo caso, elegiríamos entre esas teorías del concepto a la luz del papel que éste desempeña en nuestra teoría general del mundo. ¿Considerar el derecho como orientado principalmente hacia la orientación de la conducta, la relación entre agentes y razones, por ejemplo, encaja mejor con otros conceptos afines al derecho y con otras prácticas humanas en, por así decirlo, el entorno social inmediato del derecho? ¿O encaja mejor pensar en el derecho en términos de poder y obligación políticos? En este caso, las normas para evaluar las teorías son pragmáticas, teóricas, epistémicas y discursivas.

Es muy claro que, entendido de esta manera, no hay razón alguna para que todas las teorías jurisprudenciales

Metodología

No es necesario invocar argumentos morales. Espero que esté más claro aún que la elección entre concepciones conflictivas del concepto no se hace sobre la base de la moralidad política. Los motivos son, en términos generales, epistémicos y discursivos.

Elegimos una teoría del concepto —la mejor teoría del concepto— como parte de la construcción de una teoría general del mundo y de los conceptos que empleamos para estructurarla. Diferentes teorías del concepto nos permiten anidar el derecho y el concepto de éste de manera diferente: algunas enfatizan su centralidad para la guía de la conducta; otras, para la teoría de la obligación política;

otras, para un ideal de la persona que sólo puede realizarse dadas ciertas formas e instituciones sociales. Si seguimos este camino, no nos dedicamos a esculpir el universo en sus junturas; no tratamos de acceder o seleccionar **(p. 335)** propiedades metafísicas esenciales del derecho que son anteriores a nuestro análisis del concepto y que sirven para orientarlo. Más bien, este proyecto parece comprometido en líneas generales con una ontología del derecho que se desprende de la epistemología relevante del mismo. Y si bien es natural leer a Dworkin, por ejemplo, como si tuviera una ontología constructivista del derecho, dudo que seguir este proyecto en las líneas que acabo de describir pueda justificar una jurisprudencia normativa. En efecto, aunque el interpretativismo sea una epistemología normativa en el sentido de Dworkin, no llega a exigir argumentos morales y políticos. Pasemos ahora de un conjunto de consideraciones abstractas en favor de una jurisprudencia normativa a argumentos diseñados para demostrar que HLA Hart —claramente el ejemplo de jurisprudencia descriptiva de todos— era, de hecho, un jurisprudente normativo encubierto.

1.2 Perry y Hart

Podemos distinguir entre tres argumentos relacionados pero distintos que Perry presenta en apoyo de su afirmación de que Hart apela al argumento moral y político sustantivo desde el principio, con frecuencia y de manera destacada al desarrollar su teoría del concepto de derecho. Estos son: (1) el "argumento de la materia"; (2) el "argumento del punto de vista interno"; y (3) el "argumento de la teoría del derecho".

'Argumento de función'. Consideremos cada uno de ellos por separado.33

La afirmación de que la jurisprudencia es normativa podría entenderse como la afirmación de que antes de que pueda siquiera comenzar el análisis conceptual, necesitamos apelar a alguna norma o estándar para seleccionar las características del derecho a las que debe responder el concepto de derecho. Necesitamos identificar, aunque sea de forma provisional y revisable, qué características del derecho son centrales para el concepto de derecho.34

Necesitamos razones para incluir la pretensión de autoridad del derecho y su naturaleza institucional, al tiempo que excluimos el hecho de que los jueces suelen llevar togas. Este proceso de selección de las características sobresalientes del derecho a las que se espera que responda el concepto es inevitablemente normativo. No solo refleja intereses filosóficos diferentes y distintos, sino que también puede reflejar concepciones diferentes y distintas del objeto o propósito del derecho.

Una cosa es afirmar que las consideraciones normativas figuran en el proyecto de identificar las características del derecho que cualquier teoría del derecho debe tener en cuenta; otra muy distinta es afirmar que las normas a las que uno debe apelar son las de la moralidad política. Hart apela claramente a las normas epistémicas para identificar las características del derecho a las que el concepto debe responder. Esto es obvio a partir del capítulo 1 de *El concepto de derecho* , donde Hart nos dice que una teoría adecuada del derecho nos permitirá ver las conexiones y diferencias entre el derecho y los sistemas de sanciones por un lado; y entre el derecho y la moral por el otro; y que una explicación de este tipo revelará también la relación entre el derecho y las reglas. Porque si queremos entender el papel del derecho en nuestras vidas deliberativas **(p. 336)** , entonces necesitamos entender mejor la forma en que las reglas gobiernan la conducta. En efecto, Hart está afirmando que una gama de normas teóricas, como la consiliencia y la unificación, gobiernan la construcción de teorías en el derecho. Una teoría del derecho debe explicar la relación del derecho con una serie de conceptos afines en los ámbitos normativo y práctico. Por eso los conceptos de coerción, regla, institucionalidad, deliberación y agencia son importantes para una teoría filosófica del derecho, mientras que el uso de togas por parte de los jueces no lo es. Aunque otros teóricos podrían apelar a principios de moralidad política para identificar las características de la práctica jurídica que una teoría del concepto debería explicar, Hart no lo hace.

En este contexto, puede que valga la pena volver a examinar por un momento la provocativa afirmación de Hart de que la jurisprudencia analítica es una especie de "sociología descriptiva". Quiero considerar dos posibles

interpretaciones de esta afirmación, las cuales explican el sentido en que hay un aspecto científico social en el proyecto de Hart, pero ninguna de las cuales reduce la afirmación de que la jurisprudencia analítica es sociología descriptiva al crudo proyecto descriptivista que típicamente se le atribuye. Identificaré una tercera interpretación más adelante. Para Hart, la investigación del uso no está orientada, como algunos han afirmado, a identificar algún conjunto de criterios compartidos que fijen las condiciones de aplicación del término "derecho". Más bien, la investigación del uso sirve para proporcionar, de manera provisional y revisable, ciertos casos paradigmáticos del derecho, así como para ayudar a señalar qué características del derecho necesitan ser explicadas. La sociología descriptiva entra no en la etapa de proporcionar la teoría del concepto, sino en la etapa preliminar de proporcionar las materias primas sobre las que uno debe teorizar.

Metodología

La investigación del uso común puede permitir a un teórico construir una "teoría popular" del concepto de derecho, una comprensión más o menos integral (aunque articulada o racionalizada de manera incompleta) de las características importantes del derecho: reglas, mecanismo judicial, coerción y similares. El análisis conceptual debe responder a la teoría popular:

A veces, reivindicando sus afirmaciones, mostrando la conexión entre los elementos y sus relaciones entre sí, y otras veces, exigiendo revisiones del mismo.

La referencia de Hart a la sociología descriptiva puede transmitir también una afirmación más audaz e interesante, que recuerda la importante discusión de Hilary Putnam sobre la división del trabajo lingüístico. En cualquier cultura caracterizada por discursos de expertos, lo que los hablantes ordinarios quieren decir con una expresión dada puede ser simplemente lo que los expertos relevantes quieren decir; de hecho, la mayoría de los hablantes ordinarios pueden incluso estar equivocados, si tienden a

hacer suposiciones falsas sobre lo que los expertos quieren decir con palabras como "haya", "linfoma" o "sistema operativo". En otras palabras, puede resultar que el uso ordinario carezca de los recursos para construir algo parecido a una teoría popular del concepto de derecho; el uso puede, en cambio, revelar solo un amplio desacuerdo y confusión sobre la extensión del término "derecho". Esto no significaría que el filósofo no tenga otra opción que sustituirlo por una concepción discutible del derecho que solo pueda defenderse apelando a juicios morales y políticos sustantivos. Más bien, el análisis conceptual puede orientarse a partir de discursos de expertos como la investigación científica social.

Los economistas, historiadores, sociólogos, politólogos y antropólogos estudian el derecho, tanto desde el punto de vista interno como externo. Al hacerlo, trabajan **(p. 337)** con sus propios paradigmas del derecho, que pueden revisar a la luz de las teorías que construyen y de maneras que respondan a los intereses que motivan sus investigaciones. Al prestar atención a estas investigaciones fuera o más allá de la filosofía, podemos obtener un panorama rico y valioso de las formas de gobierno y organización que se han caracterizado como constituyentes del derecho en diferentes épocas y lugares, y en circunstancias muy diferentes. Una investigación filosófica sobre el concepto de derecho debería poder iluminar algo sobre las prácticas que se han identificado como derecho en las ciencias sociales, al tiempo que explica la importancia y las conexiones entre las características que han figurado de manera prominente en los relatos de varias ciencias sociales.

Al final, los propósitos de la investigación filosófica no necesitan, y probablemente no lo harán, coincidir plenamente con todos los propósitos de las ciencias sociales;3

5 Pero una explicación filosófica satisfactoria debería ser una continuidad con estas investigaciones más naturalistas. Así, Hart parece tener amplios recursos normativos para identificar las características del derecho que una teoría jurisprudencial adecuada debería explicar: apela a las normas epistémicas de unificación, consiliencia,

sistematicidad y similares; y también puede apelar a las ciencias sociales como investigaciones teóricas independientes que una teoría filosófica del derecho debería tener en cuenta. Sin embargo, nada de esto implica apelar al argumento moral.

Según Perry, los argumentos de Hart contra Holmes y Dworkin se basan en la visión de que la ley tiene una función propia:

En concreto, la guía de la conducta a través de reglas que son razones para actuar. Como notación abreviada, diremos que según Perry, Hart pensaba que la función del derecho era la guía de la conducta. Según Perry, este compromiso a su vez moldeó la visión de Hart sobre cómo pensar acerca de lo que es el derecho, la importancia de las reglas para el derecho, etc. En contraste, Dworkin parece no atribuir ninguna función de guía al derecho (excepto a los funcionarios). En cambio, afirma que la función del derecho es limitar y justificar la autoridad coercitiva del estado. Holmes probablemente estuvo de acuerdo con Hart en que el derecho cumple una función de guía, pero enfatizó el uso de sanciones por parte del derecho, en lugar de su compromiso con las reglas, como algo central para su cumplimiento de esa función. Está claro, según Perry, que los argumentos de Hart contra Holmes y Dworkin deben depender de resolver estas disputas de una manera particular: estableciendo -contra Dworkin- que la función apropiada del derecho es la guía; y -contra Holmes- que la función del derecho es guiar mediante reglas que son razones, y no mediante sanciones que no lo son. En la lectura de Perry, entonces, la explicación de Hart sobre lo que necesita ser explicado acerca del derecho depende de su visión sustantiva acerca de la función apropiada del derecho, una concepción que debe ser defendida mediante un argumento político sustantivo.

Las afirmaciones de Perry sobre Hart son más claras en su interpretación de la objeción de Hart a Holmes.36 Cualquier teoría del derecho tendrá que dar cuenta del papel que desempeña en las vidas de **(p. 338)** individuos que se relacionan con el derecho tanto desde la perspectiva de primera como de tercera persona. La perspectiva de primera persona es la del individuo que es un participante

en la práctica legal. Una explicación del derecho que busque emplear los métodos de las ciencias naturales pasará por alto el papel que desempeñan los estándares legales en las vidas deliberativas y prácticas de aquellos gobernados por la ley. Buscará regularidades de comportamiento, asociando varios incentivos o sanciones con cambios en el comportamiento. Tales enfoques para el estudio del derecho son típicamente reductivos. Toman un concepto como "norma legal" y le dan contenido en términos de regularidades estadísticas que asocian la probabilidad de sanciones y la probabilidad de cierto comportamiento. Por lo tanto, decir que hay una regla legal es una forma de regularización estadística.

Metodología

es una regla legal que dice que las personas no deben hacer *X,* es decir que si los individuos hacen *X* , existe una probabilidad *P* de que se les imponga alguna sanción legal *S*.

La queja de Hart sobre estas formulaciones del derecho no es que sean poco esclarecedoras o inadecuadas; pueden ser útiles para una variedad de propósitos científicos, incluida la formulación de hipótesis sobre cómo la conducta se verá afectada por cambios en la frecuencia o calidad de las sanciones, etc. La queja de Hart es más bien que, cualesquiera que sean sus virtudes, estas explicaciones carecen de los recursos necesarios para explicar varios aspectos de la perspectiva en primera persona sobre el derecho, ya que al reducir las reglas a probabilidades de sanciones, no dejan lugar para comprender el cumplimiento de la ley por la razón de que la ley lo exige. Para usar su frase, definen el punto de vista interno hasta dejarlo sin existencia.

El blanco principal de Hart eran los realistas escandinavos, como Alf Ross. Los escandinavos no eran sólo reduccionistas; también eran escépticos morales o evaluativos, y su escepticismo sobre el contenido de los juicios evaluativos surgía de su positivismo lógico, no de su positivismo jurídico. Tal como lo entendían, las únicas proposiciones significativas eran aquellas con contenido empírico y, por lo tanto, las que se podían comprobar ante

el tribunal de la experiencia. El lenguaje moral y normativo generalmente carece de contenido cognitivo y, en cambio, debe analizarse de manera no cognitiva como prescripciones o como expresiones de actitudes. Para cientificar el derecho y su discurso normativo, encontraron necesario reinterpretar el lenguaje del derecho de una manera que le atribuyera contenido cognitivo. Así, las normas jurídicas se consideraban formas elípticas de expresar la probabilidad de que una conducta tuviera ciertos resultados desafortunados. En lugar de expresar algo fundamental sobre el derecho, el lenguaje jurídico de los derechos, deberes, privilegios y libertades se reduce a declaraciones que informan probabilidades de sanción. Hart sostuvo que un análisis de la ley de este tipo carece de los recursos necesarios para dar cuenta del hecho de que al menos algunos individuos cumplen con la ley porque así lo exige la ley. La ley tiene una dimensión interna que estos análisis simplemente no pueden captar, y es en ese sentido que definen el punto de vista interno y lo hacen desaparecer. Entender la ley es entender la forma en que puede y a menudo figura en las deliberaciones sobre lo que uno debe hacer, y no simplemente como una forma abreviada de hacer predicciones a las que tienen acceso los observadores externos sobre lo que harán los jueces y otros funcionarios.

La jurisprudencia de Oliver Wendel Holmes, tal como la entiende Hart, se limita a los mismos escasos recursos:

sanción y comportamiento—como los que estaban al alcance de los realistas escandinavos **(p. 339)** . A diferencia de los realistas escandinavos, que sólo buscan descubrir conexiones causales y regularidades legales adecuadas para una investigación científica, Holmes busca desenmascarar el papel que desempeña la ley en el proceso deliberativo de quienes ven la ley desde la perspectiva de primera persona. Para este fin, introduce el concepto del "hombre malo". La preocupación del hombre malo no es identificar las razones que proporciona la ley, sino más bien evitar las sanciones con las que la ley lo amenaza. Así, aunque los enunciados legales siguen siendo reducibles a predicciones de sanciones, se entiende que las sanciones mismas entran en los procesos deliberativos del "hombre malo".

A pesar de este elemento de primera persona en el relato de Holmes, Hart le plantea la misma objeción con la que critica a los realistas escandinavos: reprende a Holmes por definir el punto de vista interno como algo que no existe. Perry considera que esto es, en el mejor de los casos, desconcertante. Después de todo, los escandinavos tratan de descubrir regularidades legales en el comportamiento que están al alcance del observador externo, científico-social. Holmes, en cambio, trata de entender la ley desde la perspectiva de quienes se rigen por ella. De hecho, todo el proyecto de Holmes parecería estar dirigido a dar un contenido distintivo al punto de vista interno. Perry concluye que la objeción de Hart no es realmente que Holmes defina el punto de vista interno como algo que no existe; más bien, Holmes tiene "el tipo equivocado" de punto de vista interno. Según la explicación de Hart, la propia norma jurídica -que representa un juicio social sobre lo que se debe hacer- es la razón para actuar, mientras que Holmes sitúa la razón que proporciona la ley en la amenaza de sanción. La primera teoría capta una forma de orientación moralmente más atractiva, una forma que presupone una concepción de la persona como un agente autónomo capaz de actuar sobre la base de reglas que son razones, y no meramente como un animal calculador, sensible a las amenazas.37

La crítica de Perry a Hart confunde un argumento conceptual con uno moral. Hart tiene dos motivaciones conceptuales principales para rechazar las explicaciones basadas en sanciones. En primer lugar, no se puede negar que los individuos a veces actúan porque la ley así lo exige, y Holmes carece de los recursos conceptuales para explicarlo. Hart no critica a Holmes por tener una explicación moralmente poco atractiva del punto de vista interno; critica con bastante justificación a Holmes por no ser capaz de explicar hechos obvios sobre la forma en que la ley a veces figura en la deliberación y la acción humanas.38

(p. 340) Además, para Hart, el papel teórico del punto de vista interno va más allá de la necesidad de hacer

El espacio conceptual para un hecho empírico obvio acerca de la experiencia de vivir bajo la ley; el punto de vista interno también es necesario para explicar la posibilidad misma del derecho, pues Hart sostiene que el derecho depende de la existencia de criterios de legalidad que se practican desde el punto de vista interno. Todas las teorías de sanciones y de predicción carecen de los recursos para explicar la posibilidad de la autoridad legal, pues no pueden explicar las condiciones de existencia de las reglas legales que autorizan las sanciones, o la existencia de reglas que especifican las reglas a las que pueden adherirse las sanciones. Las teorías de las sanciones no son meramente indeseables o incompletas; son incoherentes. Dependen de la afirmación de que las leyes son sanciones, pero no pueden explicar cómo es posible sancionar.39

En suma, mientras Perry sostiene que Hart debe estar defendiendo una concepción particular del punto de vista interno contra Holmes sobre la base de argumentos morales o políticos sustantivos, el hecho es que las consideraciones morales y políticas no tienen nada que ver ni con el argumento que Hart presenta ni con los argumentos que un positivista necesitaría o querría presentar contra Holmes. Si Hart realmente se basa en la afirmación de que el derecho tiene una función propia para derivar los elementos de su teoría sustantiva del derecho, entonces tendremos que buscar en otra parte para encontrar evidencia de ello.

Para ello, Perry introduce lo que yo llamo el argumento de la "función del derecho".40 Hart afirma explícitamente que es inútil buscar una función del derecho más específica que la de guiar la conducta. Por el contrario, Dworkin sostiene que el derecho tiene la función de emplear y restringir el uso de la autoridad coercitiva del Estado de una manera que al menos dé sentido a la pretensión de legitimidad del derecho. Esta diferencia entre Hart y Dworkin puede arrojar luz sobre sus respectivas teorías del concepto de derecho y sus diferentes puntos de vista sobre el contenido jurídico. Para Dworkin, cualquier interpretación de la práctica jurídica debe operar dentro de los parámetros de intentar mostrar el derecho en su mejor luz; el positivista no está comprometido con tal pretensión. Por otra parte, el desacuerdo entre positivistas jurídicos inclusivos y

excluyentes tiene sentido sólo en el contexto de la afirmación de que las normas jurídicas deben ser capaces de marcar una diferencia práctica en términos de guía, es decir, una diferencia en las razones que el derecho proporciona a quienes están sujetos a sus demandas. No podemos elegir entre el positivismo y el interpretativismo de Dworkin sin determinar quién tiene razón acerca de la función propia del derecho. Sin embargo, esa disputa no es en sí misma fáctica. Si el desacuerdo entre Hart y Dworkin no es fáctico acerca de la función real del derecho, entonces debe ser normativo acerca de la función propia del derecho. Por lo tanto, las consideraciones sustantivas que sustentan una u otra concepción de la función propia del derecho son parte de toda teoría del concepto de derecho y determinan su contenido.

(p. 341) La ley es una construcción humana capaz de satisfacer una variedad de intereses y necesidades humanas (aunque puede servir tanto para fines malos como para fines deseables o valiosos). Sin embargo, una cosa es afirmar que la ley puede generar ciertos estados de cosas deseables o que puede lograr ciertos fines, y otra muy distinta es afirmar que la ley tiene una función. No todo objetivo, fin o producto de un proceso es su función. La idea de la función de una cosa puede especificarse de diversas maneras; podemos asignar funciones a las cosas, como cuando el martillo en mi escritorio funciona como pisapapeles. Podemos diseñar cosas o tipos de cosas para que tengan funciones; por ejemplo, los martillos tienen la función de clavar clavos. Estas son historias en las que las cosas obtienen sus funciones de los usos que pretendemos para ellas. Sin embargo, las cosas pueden tener funciones que no están relacionadas con las intenciones de esa manera; por ejemplo, la mano tiene la función de agarrar, o de permitirnos agarrar cosas. La historia que conecta las manos con su función puede invocar intenciones (diseño divino); pero también podemos contar una historia causal que explica cómo un determinado resultado —la capacidad de agarrar cosas— es parte de una explicación causal/evolutiva de la existencia y la forma de la mano.

Al atribuir a la ley la función de guiar la conducta, Shapiro sugiere (y yo coincido) que no deberíamos interpretar a Hart como si propusiera algún tipo de argumento moral

sobre la función adecuada de la ley, sino como si ofreciera un cierto tipo de explicación funcional de la ley.4

1 Este tipo de explicación es familiar en las ciencias sociales,

y es una especie de híbrido que incorpora elementos intencionales y no intencionales. Hart nunca elaboró la estructura formal de la explicación, pero la idea básica es que la capacidad del derecho para guiar la conducta de manera efectiva es parte de la explicación de su existencia y persistencia, así como de la forma que adopta el derecho en sus formas maduras.

Los elementos de tal apelación explicativa a la función orientadora del derecho están presentes en el capítulo 5 del *Concepto de Derecho* . Si el derecho consistiera únicamente en reglas primarias que imponen obligaciones (reglas que guían epistemológicamente al marcar ciertos estándares como aquellos a los que uno debe atenerse), entonces la guía sería "ineficiente" en al menos tres formas. Primero, habría incertidumbre acerca de qué reglas tendrían la marca autoritativa; un esquema de guía más efectivo tendría una forma confiable de identificar qué estándares llevarían la marca relevante. En segundo lugar, la guía legal sería estática e insensible a circunstancias e intereses cambiantes; la capacidad de enmendar, alterar y abandonar ciertas reglas e introducir otras nuevas permite una forma más efectiva de guía. Finalmente, no estaría claro en algunas circunstancias qué requieren las reglas de nosotros; sería más efectivo si las disputas sobre los requisitos de la ley se resolvieran de manera más clara.

Metodología

Podría resolverse de manera autoritaria. Es plausible pensar que la eficacia de estos elementos para orientar la conducta es parte de la explicación de por qué son características generalizadas y duraderas de los sistemas jurídicos maduros.

Los individuos que actúan a lo largo del tiempo han desarrollado las **(p. 342)** estructuras de la ley para servir a esos diversos fines.

Tanto las moralmente dignas como las moralmente indignas, porque el derecho puede servir a esos fines con mayor eficacia que otras formas de gobierno. Las sociedades que pueden funcionar eficazmente de diversas maneras han tendido a perdurar y sus instituciones se han difundido a través de diversos procesos de difusión. Así, pues, atribuir al derecho la función de guiar la conducta nos permite entender por qué los sistemas jurídicos maduros adoptan la forma de una unión de normas primarias y secundarias.

Es posible leer el argumento de Hart en el capítulo 5 de *El concepto de derecho* como una especie de explicación funcionalista/científica social del derecho. Esta explicación refuerza el análisis filosófico del derecho como una unión de normas primarias y secundarias, y hace que la teoría filosófica sea una continuación de una explicación científica social estándar.

Dondequiera que surja el derecho, sin importar las diferencias históricas y culturales, sin importar los fines humanos particulares a los que pueda servir, podemos esperar que adquiera aproximadamente la misma estructura en su forma madura. Esta generalidad es una de las fortalezas notables de la explicación de Hart. Contrariamente a Perry, no hay nada en el argumento de Hart que sugiera que el atractivo moral de guiar la conducta mediante reglas sea la base de su opinión de que esa guía es la función del derecho.42

Sea cual fuere su interés general, ninguno de los argumentos de Perry demuestra realmente que Hart haya realizado una argumentación moral y política sustantiva al identificar las características más salientes de su teoría del concepto de derecho. Hart identifica de manera preliminar aquellas características del derecho a las que debe responder un análisis del concepto aplicando normas conocidas de construcción de teorías, no aplicando las de la moralidad política. Su concepción de la centralidad del punto de vista interno se basa en afirmaciones conceptuales sobre la posibilidad de la autoridad jurídica y la lógica de las razones. Una vez más, no hay nada en su argumento que sugiera un fundamento moral o político para el punto de vista interno. Por último, su afirmación no

es que el derecho tenga una función de orientación adecuada que deba defenderse por su atractivo moral o político; más bien, al atribuirle al derecho una función de orientación, podemos entender más adecuadamente por qué surge el derecho, persiste en el tiempo y adopta la forma que adopta en sus formas maduras. Si los argumentos de Perry no logran capturar los argumentos reales que sustentan los compromisos de Hart con estas características salientes del derecho (su compromiso con las reglas, el punto de vista interno y la función de guía), no pueden sustentar una reivindicación de una jurisprudencia normativa más general.

(p. 343) 2 Análisis conceptual y naturalismo

2.1 Análisis conceptual

Hart y muchos filósofos del derecho que lo han seguido se consideran comprometidos en un proyecto filosófico familiar de análisis conceptual. Los epistemólogos analizan los conceptos de conocimiento y justificación epistémica; los filósofos del lenguaje, los conceptos de verdad y significado; los metafísicos, el concepto de lo real; los especialistas en ética, el concepto de valor; los filósofos políticos, los conceptos de justicia y autoridad, y así sucesivamente. Los filósofos del derecho no son diferentes; analizan el concepto de ley (y otros conceptos centrales para la práctica legal). Como sugerí antes, los críticos de la metodología de Hart han presentado dos tipos diferentes de argumentos en su contra. Críticos como Dworkin y Perry rechazan las afirmaciones de Hart sobre el descriptivismo. Estos críticos niegan que la austeridad normativa sea apropiada para la jurisprudencia. El concepto de ley, a diferencia de los conceptos de conocimiento, verdad, objetividad, significado y lo real, requiere un argumento moral y político controvertido. En este sentido, el concepto de ley se parece más al concepto del bien, o mejor, al concepto de justicia. La interpretación que Perry hace de esta objeción consiste en argumentar que el análisis del concepto de derecho no sólo es un ejercicio de moralidad política, sino que los propios argumentos de Hart contradicen su compromiso declarado de lo contrario.

Nadie niega que el derecho es importante en la vida práctica de las personas, y nuestra explicación de lo que es el derecho debería poder arrojar luz sobre su importancia y su valor para quienes se rigen por él. Pero, como he argumentado antes, es sencillamente un error pensar que esto implica algo sobre la naturaleza de cómo debe proceder la jurisprudencia. Establece una especie de condición de adecuación para una teoría, y no una restricción metodológica para la teorización.

Es hora de centrar nuestra atención en la segunda objeción al método de la jurisprudencia, asociada no sólo con Hart sino con la gran mayoría de quienes lo siguieron, tanto críticos como defensores del positivismo jurídico. Aquellos como Dworkin y Perry que defienden una jurisprudencia normativa tienen la carga de explicar en qué se diferencia el análisis del derecho del análisis de los conceptos que son centrales para las áreas centrales de la filosofía, como el significado, la verdad y la

Metodología

En cambio, quienes, como Brian Leiter, rechazan la metodología de Hart, lo hacen porque, en su opinión, el derecho no es diferente del conocimiento, la verdad y el significado. La objeción de Leiter no es, por tanto, al compromiso de Hart con el descriptivismo; su objeción es al compromiso de Hart con una filosofía del Análisis Conceptual. Tal como lo ve Leiter, el Análisis Conceptual es tan infructuoso para el filósofo legal como para el epistemólogo o el semanticista. La diferencia es que mientras los epistemólogos, los filósofos del lenguaje, la mente y la ciencia, así como los metafísicos e incluso los especialistas en ética, han visto que el progreso en filosofía sólo puede lograrse reemplazando los proyectos conceptuales por proyectos naturalistas, los filósofos del derecho siguen atrapados en una distorsión temporal. Se puede disculpar a Hart, o al menos perdonarlo **(p. 344)** por perseguir el proyecto lingüístico del Análisis Conceptual; no lo interpretamos de manera justa si no apreciamos la influencia del giro lingüístico en su erudición. Por otra parte, si la jurisprudencia actual ha de progresar, tiene que abandonar los proyectos conceptuales en favor de los naturalistas, o así lo sostiene Leiter.

La filosofía del derecho debe liberarse de las garras de un análisis conceptual fallido.

El proyecto de Leiter tiene dos componentes. El primero se refiere al rechazo del análisis conceptual y, con él, de las principales corrientes de la jurisprudencia analítica. El segundo se refiere a las perspectivas de una jurisprudencia naturalizada. Estoy de acuerdo con Leiter en que debemos abandonar el proyecto específico del análisis conceptual, pero rechazar el análisis conceptual no es rechazar ni el análisis conceptual ni la jurisprudencia analítica. Además, tengo serias dudas sobre las perspectivas de una jurisprudencia naturalista. Ambos puntos están vinculados por el hecho adicional de que la posibilidad misma de una jurisprudencia naturalizada depende de un componente no trivial de la jurisprudencia analítica, precisamente el tipo que el naturalista querría que abandonáramos.

Consideremos ambas partes de su proyecto, empezando por el rechazo de la jurisprudencia analítica. Para Leiter, la jurisprudencia analítica se identifica con los proyectos del Análisis Conceptual. El objetivo del Análisis Conceptual es descubrir verdades interesantes e informativas sobre los conceptos que empleamos para hacer que el mundo sea racional e inteligible para nosotros. La idea básica es que los conceptos son objetos reificados del pensamiento que estructuran nuestra experiencia y hacen que el mundo sea racional e inteligible para nosotros, y que, como son compartidos, son esenciales para nuestra capacidad de comunicarnos unos con otros. Hoy en día es un lugar común en filosofía que Quine haya presentado varios argumentos convincentes adecuados para socavar los proyectos del Análisis Conceptual.

Tal vez valga la pena resumir cómo funciona el más poderoso de estos argumentos. Se trata del argumento del holismo confirmatorio. Supongamos que uno plantea una hipótesis empírica, " *H* ", y busca probarla mediante evidencia empírica. Supongamos que normalmente se pensaría que " *H* " *está confirmada por* " *E* ", pero la evidencia reunida es "no- *E* ". Uno podría haber pensado que "no- *E* " refuta " *H* ", y dado "no- *E* ", alguien que previamente había creído que " *H* "

Ahora tendría que revisar sus creencias y abandonar " *H* ". Quine muestra que, de hecho, es posible que alguien que sostiene " *H* " mantenga tanto " *H* " como "no -*E* ", siempre que esté dispuesto a hacer ajustes o revisiones en otras partes de su sistema de creencias. La evidencia confirma o desmiente las teorías de uno (visiones del mundo o sistemas de creencias) tomadas en su conjunto, no individualmente. Esto es holismo de confirmación. Y en una visión natural y relacionada del significado, el holismo de confirmación implica holismo de significado.

Las teorías del mundo que se formulen incluirán supuestas verdades analíticas, así como afirmaciones sintéticas. Todas ellas, por tanto, están sujetas a confirmación mediante pruebas. Esto significa que tanto los enunciados analíticos como los sintéticos están sujetos al tribunal de la evidencia empírica. Así, los llamados enunciados analíticos, así como los sintéticos, están sujetos a revisión a la luz de la experiencia recalcitrante. En lugar de decir que las verdades analíticas son inmunes al tribunal de la experiencia, deberíamos decir, en cambio, que se encuentran a una mayor distancia o alejadas de la experiencia que otras creencias.

(p. 345) Este argumento tiene dos consecuencias para el proyecto de análisis conceptual, ambas consideradas a menudo como devastadoras para él. En primer lugar, como todas las afirmaciones están sujetas al tribunal de la experiencia, no hay un dominio filosófico especial no empírico de análisis: no hay una manera especial en la que la filosofía pueda iluminar la naturaleza de las cosas. Si no hay verdades analíticas, entonces no hay verdades conceptuales: nada necesariamente verdadero acerca de nuestros conceptos; nada que sea necesariamente verdadero acerca de nuestros conceptos de mesa, arte, música o ley. En segundo lugar, en la medida en que la verdad de varias afirmaciones está incrustada en teorías o sistemas de creencias, tenemos que renunciar a la idea de que hay conceptos reificados que son los portadores de significado, a partir de los cuales se debe determinar el significado de las proposiciones. Es un lenguaje en su conjunto el que tiene significado, y las partes componentes de un lenguaje obtienen su significado en el contexto de su lugar en un lenguaje. Por lo tanto, no sólo debemos

abandonar la búsqueda de verdades analíticas o conceptuales; En una filosofía post-quineana también tenemos que abandonar la visión de los conceptos como objetos reificados y portadores atomizados de significado.

Metodología

Es importante señalar, por supuesto, que la filosofía avanza a buen ritmo después de Quine, y lo hace en muchos frentes.

Los epistemólogos siguen ofreciendo análisis del conocimiento; los filósofos del lenguaje ofrecen análisis del significado y la verdad, y así sucesivamente. Si aceptamos la idea principal de las objeciones de Quine, la cuestión no es si tenemos derecho a hacer lo que hacemos, sino cómo hemos de conceptualizar lo que estamos haciendo. Nadie que persiga proyectos analíticos en jurisprudencia o en cualquier otro ámbito de la filosofía debe abandonarlos. Simplemente debemos ser cuidadosos en la forma en que expresamos lo que estamos haciendo.43

La forma ambiciosa del naturalismo afirma que el análisis conceptual a priori del derecho es una actividad infructuosa en la que el progreso es, en el mejor de los casos, ilusorio. Un naturalismo más modesto sólo niega que ciertos aspectos importantes de la teoría jurídica puedan abordarse de manera fructífera **(p. 346)** mediante un análisis a priori. Los naturalistas ambiciosos pretenden que abandonemos por completo la jurisprudencia filosófica en favor de una ciencia social del derecho; el naturalismo modesto sostiene que no es necesario abandonar la jurisprudencia analítica, ya que puede desempeñar un papel secundario dentro de un proyecto naturalista global.

En el campo de la jurisprudencia propiamente dicha, Leiter se centra en la teoría de la adjudicación y, más específicamente, en la cuestión de la determinación con respecto al contenido de la adjudicación. Una teoría de la adjudicación busca identificar las normas que, si son correctamente seguidas por los jueces, producirán todos y sólo aquellos resultados que están garantizados por el

conjunto de estándares legales autorizados que los vinculan. Para cada disputa, hay tres posibles resultados garantizados por la ley. Estos son: "gana el demandante", "gana el demandado" o "indeterminado", es decir, la ley no determina quién gana.44

Una teoría de la adjudicación, entonces, apunta a identificar la función, si existe, que toma como entrada el conjunto de estándares vinculantes o autoritativos y produce como salida la respuesta correcta para cada disputa legal para la cual existe una respuesta correcta como cuestión de derecho. La teoría debería dar la respuesta "el demandante gana" en todos y sólo aquellos casos en los que el demandante tiene el mejor argumento como cuestión de derecho; la respuesta "el demandado gana" cuando esto es cierto para el demandado; y la respuesta "indeterminada" cuando los materiales legales disponibles no garantizan de manera única ninguno de los dos resultados.

Leiter sostiene que ninguna reflexión filosófica sobre los conceptos de derecho y arbitraje, o sobre la idea de una respuesta correcta, revelará esa función, si es que en verdad existe una función tan única en nuestro sistema jurídico o en cualquier otro. Si hay normas que determinan cuándo determinadas respuestas son correctas, no se puede acceder a ellas mediante la reflexión sobre conceptos; si tales normas existen, son internas a la práctica misma del arbitraje.

Gran parte del argumento de Leiter se basa en las afirmaciones del holismo de confirmación. Según este último, la relación entre la evidencia y la creencia (o teoría) es holística, en el sentido de que toda evidencia pone a prueba (es decir, confirma o refuta) un conjunto de creencias en su conjunto, y no una creencia o hipótesis individual. Esto se debe a que al hacer ajustes o revisiones en otras partes del acervo o red de creencias de uno, cualquier evidencia puede reconciliarse con la creencia o hipótesis que de otro modo se podría pensar que refutaría. La disposición de uno a abandonar una creencia particular frente a una evidencia recalcitrante es una función de cuán central sea la creencia para la red de creencias de uno (es decir, cuántas otras creencias apoya y en qué medida lo

hace) y de las ventajas relativas de la nueva teoría para permitirle a uno abrirse camino en el mundo.

Consideraciones como éstas sugieren que no tiene sentido buscar a priori normas que regulen el razonamiento adecuado.

En lugar de emplear la reflexión de sillón para determinar la prueba de la creencia justificada, deberíamos investigar los procesos por los cuales los conocedores llegan a sostener las creencias que tienen y los factores que contribuyen a su confiabilidad.

El proyecto filosófico analítico de la epistemología es reemplazado por un proyecto científico (social) **(p. 347)** (en este caso, psicológico). La analogía con la teoría de la adjudicación es razonablemente sencilla. La teoría de la adjudicación es la actividad filosófica de tratar de determinar, mediante la reflexión sobre los conceptos de derecho, contenido, interpretación y similares, el conjunto de normas de la adjudicación adecuada. Su aplicación producirá resultados garantizados de manera única cuando tales resultados existan. La afirmación de la jurisprudencia naturalizada es que una teoría analítica de la adjudicación encuentra las mismas dificultades que las que condenan a la epistemología analítica. Cualquier número de resultados inconsistentes es compatible con el conjunto de insumos adjudicativos, y hay un gran número de principios interpretativos o formas de organizar los insumos que son en sí mismos consistentes internamente y que garantizan diferentes resultados. No hay principios interpretativos únicos y no hay una manera filosóficamente respetable de elegir uno como correcto.

Leiter concluye que necesitamos reemplazar o complementar la filosofía jurídica con la sociología, la psicología, la antropología o la economía del derecho. Deberíamos alejarnos de la filosofía y dedicarnos a una investigación científica social adecuada.

—una que busque descubrir regularidades jurídicas en la toma de decisiones, o una que busque identificar qué normas, si las hay, son internas a la práctica de la adjudicación. Leiter no niega que pueda haber tales

normas, solo que la filosofía tiene un papel que desempeñar en determinar cuáles son o en justificarlas.

Metodología

No hay nada objetable en una jurisprudencia sociológica, psicológica o psicosocial. Ningún filósofo del derecho podría oponerse a un proyecto que pretendiera descubrir regularidades jurídicas en la toma de decisiones judiciales.

Si pudieran descubrirse leyes científicas sociales del juicio, podrían volverlo más predecible, lo que podría tener el efecto saludable de facilitar la coordinación y la planificación; una ciencia social del juicio también sería valiosa desde un punto de vista puramente teórico, como una forma de hacer que el derecho y la práctica jurídica sean más racionalmente inteligibles.

Sin embargo, existen varias objeciones importantes a la sugerencia de que la jurisprudencia analítica debe dar paso a una jurisprudencia naturalizada: que la filosofía del derecho debe ser reemplazada por la ciencia social del derecho o subordinada a ella. La primera es que un proyecto naturalizado sólo puede avanzar después de que se haya realizado una buena cantidad de trabajo filosófico preliminar. La segunda es que no hay razón para suponer que las teorías de las ciencias sociales intentarán explicar los fenómenos de especial interés para la jurisprudencia; menos razón para creer que tendrán éxito si lo hacen. Menos razón todavía, me temo, para pensar que la ciencia social logrará esclarecer incluso aquellos enigmas a los que se dedica. Consideremos estas objeciones una por una.

El propio Leiter es consciente de que el proyecto de una jurisprudencia naturalizada requiere un componente jurisprudencial analítico, pero subestima su alcance. La idea misma de una función adjudicadora que opera sobre estándares jurídicos autoritativos presupone que tenemos criterios para determinar cuáles son esos estándares. Así, el naturalista se compromete, como cuestión conceptual, con la existencia de un test de legalidad. Además, no toda visión sobre la naturaleza del test de legalidad es coherente

con el proyecto naturalista. El naturalista no puede, por ejemplo, aceptar la teoría dworkiniana **(p. 348)** de los criterios de legalidad, porque esa explicación se sale de la teoría de Dworkin del contenido jurídico.4

5 Si Dworkin tiene razón en que el contenido de la ley está completamente determinado, entonces el naturalista no puede tener razón. Esto le impone al naturalista la carga de presentar un argumento filosófico contra todo el proyecto jurisprudencial de Dworkin. El naturalista se encuentra, por lo tanto, en el mismo barco que cualquier otro filósofo analítico del derecho:

Su proyecto requiere una filosofía jurídica analítica tanto como el de Raz o el mío.

Estas consideraciones sugieren –aunque no demuestran– que la jurisprudencia naturalizada presupone una concepción positivista de cómo pensar acerca de los criterios de legalidad. Pero eso coloca al naturalismo dentro del positivismo, y el positivismo, por atractivo que sea, es, por supuesto, una concepción jurisprudencial sustantiva controvertida. Más importante aún, estas consideraciones sugieren que el naturalismo será plausible sólo si lo es el positivismo. Y, por lo tanto, en lugar de escapar al trabajo de la jurisprudencia analítica tradicional, el naturalismo se apoya en ella. En ese caso, el naturalismo no podría considerarse una alternativa seria a la jurisprudencia analítica.

Otra cuestión, por supuesto, es si el naturalista debe defender una visión particular sobre el contenido de los criterios de legalidad y, al hacerlo, situarse en uno u otro lado de la división entre positivismo inclusivo/exclusivo.46

En uno de sus ensayos, Leiter sugiere que los realistas jurídicos norteamericanos —naturalistas proféticos según su lectura— eran implícitamente excluyentes, o lo que él llamaba positivistas "duros". 47 No me resulta obvio por qué los realistas jurídicos o cualquier otro supuesto naturalista tendrían que pronunciarse a favor del positivismo jurídico excluyente, pero si Leiter tiene razón, entonces su naturalismo se basa en una resolución específica de otro debate, en este caso, bastante sutil y

especializado, en la jurisprudencia analítica entre el positivismo jurídico inclusivo y el excluyente: uno que implica puntos de vista particulares sobre cómo entender la normatividad jurídica. Esto me parece una gran cantidad de filosofía jurídica analítica como condición previa para una visión jurisprudencial que se supone que es una alternativa a la filosofía jurídica analítica —una disputa, además, que invoca la importancia de la diferencia entre validez jurídica y legalidad en la que los científicos sociales del derecho no están interesados ni son particularmente adecuados para juzgar.

Sea cual fuere la postura del naturalista respecto de la cuestión del positivismo jurídico inclusivo/exclusivo, se mantiene firme en la afirmación de que la regla de reconocimiento (o, concebida de manera más general, la prueba de legalidad) tiene un contenido determinado. Si la regla de reconocimiento no tuviera un contenido determinado, sería imposible identificar el conjunto de elementos de juicio. Pero si la regla de reconocimiento tiene un contenido jurídico determinado, ¿cómo es posible que las reglas que son válidas en virtud de ella no lo tengan? Si la regla de reconocimiento puede distinguir ciertos estándares de conducta como oficiales o legalmente autorizados, ¿por qué las reglas jurídicas válidas en virtud de ella no pueden distinguir **(p. 349)** actos como legalmente obligatorios, prohibidos o permisibles? 48 No sirve de nada decir que, si bien la regla de reconocimiento y las reglas válidas en virtud de ella tienen un contenido jurídico determinado, el derecho no lo tiene. Eso implicaría defender una afirmación sobre la naturaleza del contenido jurídico que sería, a primera vista, controvertida, si no inverosímil. De hecho, si las normas jurídicas particulares son extremadamente indeterminadas, entonces podríamos inferir tal vez que el contenido de la orientación jurídica es a menudo indeterminado, es decir, las normas no ofrecerían una orientación adecuada a los ciudadanos y a otras personas cuyo comportamiento está regulado por ellas. Pero esto no nos diría nada sobre el contenido *de la adjudicación jurídica.49* Porque puede haber prácticas muy arraigadas en las comunidades 50

50 Sin duda, esas prácticas o normas no se disciernen mediante una reflexión a priori sobre la naturaleza del contenido o la adjudicación. Pero eso es precisamente lo que ya nos dice una teoría positivista del contenido de la adjudicación: que la "función" que toma como insumos "pronunciamientos jurídicos oficiales" y da como resultados "decisiones en casos particulares como una cuestión de derecho" dependerá de las prácticas particulares de diferentes sistemas jurídicos. El positivismo implica la visión de que no podemos determinar el contenido de la adjudicación a priori. En este sentido, el naturalismo no reemplaza al positivismo jurídico; una forma limitada de naturalismo es, en todo caso, un corolario de una teoría positivista del contenido jurídico.

Cualquiera que sea la función que, en una comunidad particular, produce resultados judiciales a partir de insumos legales, no podemos descubrir ni presentar una teoría de esa función a menos que primero tengamos una teoría del derecho que nos diga qué es verdad acerca del derecho como tal.5

1 Así, **(p. 350)** el naturalista no puede, simplemente centrándose en la adjudicación, evitar la cuestión fundamental de la jurisprudencia analítica a la que se dirige toda teoría del derecho.

Habiendo argumentado que no podemos abandonar la jurisprudencia analítica para seguir una jurisprudencia naturalista, pasemos ahora a las perspectivas de éxito de una jurisprudencia naturalizada. Existe, por supuesto, una manera rápida y sucia de pasar del holismo confirmatorio al naturalismo. Todas las creencias deben enfrentarse al tribunal de la experiencia. Todas son revisables a la luz de la evidencia empírica recalcitrante. No queda ningún lugar privilegiado para la filosofía. Si hay normas que regulan la investigación, son normas que son internas a la práctica de la investigación, y así sucesivamente. La verdad de todas las afirmaciones depende en última instancia de la evidencia empírica. ¿Por qué no dejar toda la investigación en manos de las ciencias empíricas? Esta es la lectura de

Quine que nos lleva no sólo al naturalismo, sino también al fin de la filosofía.

Una razón para dejar la investigación en manos de la ciencia es que las teorías científicas proporcionan explicaciones más convincentes y esclarecedoras de los fenómenos empíricos. Se trata de explicaciones en términos de leyes naturales y causales. El primer problema es que no todos los hechos naturales o empíricos se pueden explicar mediante leyes naturales. No todos los hechos están amparados por una ley.

En segundo lugar, y mucho más importante, no hay absolutamente ninguna razón para creer que los hechos que nos interesan como filósofos y teóricos sociales son los hechos que las teorías de las ciencias sociales y naturales están interesadas en abordar o están diseñadas para abordar. ¿Existe una teoría de las ciencias sociales que se interese por la diferencia entre validez y legalidad, entre las reglas que son vinculantes para un funcionario y las que son vinculantes porque son parte de la ley de la comunidad? ¿Qué investigación de las ciencias sociales exige una explicación de esa diferencia?

Además, no todas las explicaciones de una teoría naturalista son una explicación para nosotros. No todas las explicaciones naturales aumentan o profundizan nuestra comprensión. Las explicaciones a nivel micro de la física de partículas o la teoría de campos no es probable que aclaren gran parte de nuestra experiencia, incluso si son buenas explicaciones en el sentido formal.

Por último, en lo que respecta a las prácticas jurídicas, ¿qué motivos tenemos para confiar en el éxito de las teorías de las ciencias sociales? ¿Qué paradigma de las ciencias sociales ha logrado ofrecer resultados (para utilizar una de las frases favoritas de Leiter) como lo ha hecho la ciencia natural?

En otras palabras, hay muy buenas razones para no dejar toda la investigación del derecho en manos de los científicos sociales.

No hay nada de lo que Leiter ha argumentado que sugiera que debamos hacerlo. Podemos estar de acuerdo con Leiter en que los proyectos anticuados de análisis conceptual se vuelven infructuosos, si no literalmente imposibles, después de Quine. Es discutible si alguien en la filosofía jurídica moderna podría quedarse atascado con el proyecto de análisis conceptual en el sentido indeseable. Ningún proyecto jurisprudencial contemporáneo del que yo tenga conocimiento debe interpretarse de esa manera: ni el de Raz, ni el de Dworkin, y ciertamente no el mío. Si estoy en lo cierto, el tipo de filosofía analítica o conceptual que **(p. 351)** informa nuestro trabajo es parte de lo que es necesario para que el propio e interesante e importante proyecto de jurisprudencia naturalizada de Leiter despegue. Leiter no nos da ninguna razón para abandonar el análisis conceptual; al mismo tiempo, da todas las indicaciones de que él mismo se apoya en él. Y eso es bueno, ya que no hay motivos para pensar que la investigación filosófica y los enigmas que la motivan puedan iluminarse, y mucho menos resolverse, si se los deja en manos de las ciencias sociales.

Notas:

(1) En esencia, he tratado de presentar y explorar las cuestiones metodológicas de la jurisprudencia en los términos en que los participantes centrales (por ejemplo, Dworkin, Perry y, póstumamente, Hart) las han formulado. Éstos no son los términos en los que he llegado a conceptualizarlas. Creo que no podemos apreciar plenamente las preocupaciones centrales de la jurisprudencia sin desenredar primero las cuestiones de la metasemántica y la semántica del "derecho" de las de la jurisprudencia. Si bien estoy convencido de que tal enfoque es significativamente más prometedor que cualquier otra cosa,

Metodología

Como se refleja en las formulaciones familiares de las cuestiones, presentarlas desde mi propia perspectiva en el contexto de este ensayo habría sido inadecuado por dos razones. En primer lugar, establecer un marco alternativo y desconocido habría requerido tantos preliminares

analíticos que el ensayo se habría vuelto inmanejablemente largo. En segundo lugar, en general, las cuestiones todavía pueden ser útiles si se exploran y se ordenan dentro del marco actual. Cuando ese no es el caso, lo indico en notas a pie de página sustantivas. El lector interesado en el enfoque alternativo de la jurisprudencia puede consultar "Law" con Ori Simchen (ensayo en archivo con los autores) y Jules Coleman y Ori Simchen, *The Language of Law* (próximamente, Harvard University Press, 2002).

(2) Es difícil identificar quién es responsable de introducir las frases "normativo" y "descriptivo" como formas de caracterizar las diferencias en los enfoques del análisis filosófico del derecho. Si bien es claro que hay dos enfoques aparentemente diferentes sobre el proyecto de la jurisprudencia, es menos claro cuán significativa es la formulación de la diferencia y por qué es importante. Uno de los objetivos de este capítulo es igualar el nivel de pasión que ha engendrado el debate con un nivel de claridad acorde.

(3) En cambio, Scott Shapiro sostiene que hay pruebas suficientes de que Hart tenía ciertas ambiciones en el campo de las ciencias sociales. En particular, Shapiro considera que Hart está comprometido con una explicación funcionalista del derecho que es en gran medida científica social en sus objetivos y métodos. Shapiro sostiene que el funcionalismo de Hart ofrece la mejor explicación del argumento del capítulo 5 de *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press) de que todos los sistemas jurídicos en su forma madura consistirán en una unión de normas primarias y secundarias. Véase S. Shapiro, 'On Hart's Way Out', *Legal Theory* , 4/4

(1998), y 'Derecho, moralidad y la guía de la conducta', *Legal Theory* , 6/2 (2000). Véase también Jules L. Coleman, *The Práctica del principio* (Oxford University Press, 2001), cap. 10.

(4) Los naturalistas, como Leiter, tienden a identificar todas las formas de teorización distintivamente filosófica sobre el derecho con afirmaciones a priori.

"bombeo de la intuición". Al hacerlo, el "naturalista" se apoya en una concepción demasiado estrecha del naturalismo y ofrece una concepción reducida del proyecto filosófico. No puedo abordar estas cuestiones en detalle aquí, pero tendré ocasión de decir algo más sobre los proyectos de la filosofía analítica más adelante.

(5) *El imperio de la ley* (Cambridge, Mass.: Belknap Press de Harvard University Press), 31.

(6) Esta es una de las razones por las que podríamos interpretar el Aguijón Semántico en la línea que me sugirió Mark Greenberg. En esta lectura, el objetivo del Aguijón Semántico es eliminar una especie de competencia natural para el interpretativismo. Si la semántica criterial fuera correcta, eso haría inútil seguir una estrategia interpretativista. El Aguijón Semántico no establece el interpretativismo; ayuda a motivarlo.

(7) Joseph Raz, 'Dos visiones de la naturaleza del derecho: una comparación parcial', en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

(8) Este argumento se desarrolla en profundidad en Coleman y Simchen, *The Language of Law* . Allí también explicamos por qué incluso la concepción comunitaria del criterialismo no logra dar el significado de sustantivos como "derecho".

(9) Véase Coleman y Simchen, *Contenido y lenguaje del derecho* .

(10) *El imperio de la ley* , 31.

(11) ibíd. 31.

(12) ibíd. 41.

(13) ibíd. 41.

(14) Kenneth Himma plantea un argumento muy similar. Véase Kenneth Himma, 'Ambiguously Sting', *Legal Theory* , 7/1

(2001).

(15) A este respecto, véase Coleman y Simchen, *The Language of Law* .

(16) Tenemos dos maneras de interpretar a Dworkin. Podemos leerlo como alguien que simplemente no entiende una distinción familiar entre lo que es *el derecho* y lo que es *el* derecho. Tal interpretación está ampliamente justificada por el texto. O podemos interpretarlo como alguien que se resiste a la afirmación de que hay una distinción significativa que debe establecerse entre los dos. En esta última interpretación, Dworkin debe ser leído como alguien que sostiene que la distinción familiar entre lo que es el derecho y lo que es el derecho es una distinción que no puede ser entendida.

Metodología

La ley aquí es significativa sólo dentro de una postura filosófica arquimediana que debería abandonarse.

Hay un amplio apoyo textual en los ensayos de Dworkin publicados después de *Law's Empire* (así como indicios de ello en LE) para esta interpretación. Dada la opción entre interpretar a Dworkin como alguien que pasa por alto una distinción filosófica familiar o como alguien que se resiste a su importancia a la luz de una postura filosófica particularmente interesante, opto por lo segundo. Pero no simplemente por una cuestión de caridad. Es la mejor interpretación en todo, pero una que requiere que renovemos nuestra comprensión ordinaria del argumento en *Law's Empire* . Estos son algunos de los temas abordados en detalle en *The Law's Empire. Lenguaje del Derecho* , y en 'Derecho'.

(17) Para un debate sobre la pertinencia de atribuir a Dworkin la afirmación de que el derecho tiene una función justificatoria esencial, véanse más adelante las páginas 321-323.

(18) *El Imperio de Law* , 218.

(19) Dworkin no afirma explícitamente que la función *esencial* del derecho sea justificar la coerción. De hecho, rechaza, como es debido, el esencialismo sobre el derecho. Por otra parte, sin tal afirmación, su defensa de la jurisprudencia normativa estaría condenada al fracaso. Por lo tanto, no estoy diciendo que Dworkin atribuya explícitamente una función justificatoria esencial al derecho: simplemente estoy sugiriendo que tal *afirmación* debe ser presupuesta por la mejor interpretación del argumento en *Law's Empire* para la jurisprudencia normativa. Para una discusión más completa, véase más adelante.

(20) *El imperio de la ley* , 93.

(21) Véanse las págs. 333–5.

(22) No es que esta interpretación de Dworkin no tuviera respaldo en el texto mismo. Escribe:

La concepción del derecho debe explicar cómo lo que se considera derecho proporciona una justificación general para el ejercicio del poder coercitivo por parte del Estado (*Law's Empire* , 218).

Debo confesar que me encuentro ante un dilema al evaluar los argumentos de Dworkin a favor de la jurisprudencia normativa. El argumento de *Law El imperio* tiene dos problemas básicos: uno metodológico y otro sustantivo. El libro comienza con Dworkin preguntando cómo entender las teorías jurisprudenciales. Una vez que establece que todas las teorías jurisprudenciales son interpretativas, reformula las teorías competidoras del "derecho como integridad" (es decir, el positivismo y el pragmatismo) como teorías interpretativas. Los dos problemas son los siguientes: primero, el argumento que ofrece a favor de la jurisprudencia como interpretativa es erróneo y parece basarse en una confusión entre "derecho" y ley. Segundo, el antiarquimedianismo de Dworkin que sale a la luz en sus ensayos posteriores es completamente incoherente con la forma en que se construye el argumento a favor de la jurisprudencia normativa en *la obra de Dworkin. Imperio* . Ese argumento se basa en distinguir las cuestiones metodológicas de las sustantivas, pero la afirmación central

del antiarquimedianismo es que no podemos hacer preguntas sobre el método adecuado de la jurisprudencia aparte de una defensa sustantiva de una jurisprudencia particular. De modo que si interpretamos *El imperio de Law* en sus propios términos, tenemos un argumento inadecuado para la jurisprudencia normativa que es, de hecho, inconsistente con lo que resulta ser la postura filosófica básica de Dworkin. Por otro lado, si leemos *El imperio de Law* a través de la lente de su antiarquimedianismo, tendríamos que revisar sustancialmente nuestra lectura del mismo. Aquí y en La *práctica del principio* , opto por la lectura convencional de *El imperio de Law* y me opongo en consecuencia. Liberado de las formulaciones convencionales, defiendo la mejor interpretación, una que hace a Dworkin consistente y filosóficamente sutil, incluso radical, pero a expensas de la lectura estándar de *El imperio de Law* . Véase Coleman y Simchen, 'Law' y *The Language of Law. Ley* .

(23) En este capítulo se considera sólo una versión de lo que llamo el argumento de la autoconcepción. En otro lugar se tratan dos versiones más sofisticadas y relacionadas. Véase Coleman y Simchen, *The Language of Law* .

(24) Dentro de los límites de sus capacidades cognitivas.

(25) "En general" es intencionalmente vago. No hay nada que se pueda decir al respecto.

(26) Así como también podríamos exigir que se explique la dimensión histórica del argumento justificatorio en la adjudicación.

(27) Abordo la mejor manera de entender el principio de caridad en Coleman y Simchen, *op . cit .*, *The Language of Ley* .

(28) Se podría argumentar que, como cuestión empírica, las personas no adoptan y mantienen una práctica en pos de un fin determinado a menos que la práctica sea generalmente confiable, es decir, tienda a tener éxito en su objetivo. Pero, por supuesto, el derecho, como la

Metodología

La religión puede tener muchos objetivos diferentes, aunque el derecho siempre debe tener como objetivo justificar y la religión como objetivo adorar o apaciguar de algún modo a un ser sobrenatural. Pero es posible que el éxito en algunos de los objetivos *contingentes* haga que valga la pena mantener una institución de este tipo y, en ese sentido, explique su persistencia, incluso si a menudo, habitualmente o incluso necesariamente, no logra su objetivo esencial. Por ejemplo, la práctica de quemar animales para hacer feliz a Dios duró (o ha durado) bastante tiempo, pero podría decirse que nunca hizo feliz a Dios (aunque puede haber fomentado la solidaridad grupal y producido la creencia de que Dios estaba siendo feliz, posibles contribuciones al florecimiento humano). Incluso si la práctica del derecho en alguna comunidad no logra sistemáticamente su objetivo supuestamente esencial de justificar el uso de la fuerza, es posible que los beneficios para algunos de poder guiar el comportamiento de otros (o los beneficios comunes de la coordinación que proporciona el derecho) permitan que un sistema legal tan equivocado se reproduzca y persista en el tiempo.

(29) Los puntos del párrafo anterior fueron todos sugeridos por Eric Cavalier.

(30) En una conversación, Seana Shiffrin me sugirió una variante sumamente novedosa e interesante del argumento de la autoconcepción. Tal como lo he formulado, el argumento de la autoconcepción comienza con la siguiente pregunta:

(Los funcionarios) autocomprensión del derecho. En la variante de Shiffrin, no empezamos con la comprensión del derecho por parte de los funcionarios, sino con la concepción que los miembros de una comunidad política tienen de *sí mismos* . Al hacerlo, aplicamos lo que Shiffrin llama un principio de caridad moral, lo que quiere decir que nuestros actores se ven a sí mismos bajo la mejor luz como agentes morales. Esto significa, por ejemplo, que se ven a sí mismos como reguladores de los asuntos entre ellos en términos respaldados por principios apropiados de justicia. Buscan que estos principios y otros ideales

reguladores se reflejen en sus instituciones políticas, incluida la ley. Luego se preguntan: "dada mi autoconcepción, ¿en qué tipos de instituciones puedo participar?". Sea lo que sea, la ley es una institución coercitiva; las sentencias que alcanza, la conducta que prohíbe y exige, son ejecutables por la fuerza y la violencia. ¿Qué tendría que ser cierto -al menos como una cuestión aspiracional- de las instituciones legales para que un individuo que se concibe a sí mismo como un agente moral en el sentido relevante participe en ellas? Podría argumentarse que un individuo así (auto)concebido participaría en instituciones legales sólo en la medida en que el ejercicio del poder coercitivo se aproximara o siguiera tolerablemente las condiciones de legitimidad política.

Por supuesto, ninguna institución jurídica podrá seguir perfectamente esas condiciones. Las desviaciones del ideal pueden tener muchas causas. Los agentes morales, en nuestro sentido, son meras idealizaciones de nosotros mismos; no somos ángeles, ni tampoco lo son las idealizaciones de nosotros mismos. Nuestros motivos pueden ser, al menos en parte, egoístas. Además, incluso los ángeles pueden sufrir limitaciones cognitivas. Los mejores planes de los mejores de nosotros actuando con las mejores intenciones pueden, no obstante, salir mal. Todo esto (y más) puede llevar a que cualquier sistema jurídico real no esté a la altura de sus ideales. Sin embargo, el que un conjunto de normas de aplicación coercitiva constituya o no una ley o un sistema jurídico es, en parte, una cuestión moral y no simplemente fáctica. La respuesta depende necesariamente del grado en que la práctica satisfaga las condiciones de legitimidad política. Esta línea de argumentación sugiere, además, que la legalidad no es una cuestión de todo o nada.

La sugerencia de Shiffrin equivale a lo que yo llamaría "jurisprudencia como teoría ideal". Al referirme a ella de esta manera, pretendo llamar la atención sobre la idea de que si queremos entender qué son las instituciones y prácticas jurídicas, debemos verlas como expresiones parcialmente aspiracionales de formas de asociación -esquemas de cooperación y coordinación- con los que versiones "idealizadas" de nosotros mismos podrían

comprometerse y en las que podrían participar. En lugar de que la jurisprudencia comience con la aplicación de un principio de caridad interpretativa por parte de los funcionarios al conjunto de pronunciamientos autorizados a los que están obligados y que deben interpretar, la jurisprudencia comienza con un principio de "caridad moral": una autoconcepción aspiracional de los miembros de la comunidad política.

La jurisprudencia como teoría ideal no sólo explica la dimensión normativa de la jurisprudencia, sino que también explica por qué, al determinar el contenido de la ley, los jueces aplican el principio interpretativo de caridad al conjunto de "actos políticos pasados". Al igual que otros que están dispuestos a participar en instituciones jurídicas y comprometerse con ellas, los jueces están dispuestos a hacerlo sólo en la medida en que las instituciones se aproximen razonablemente a las condiciones de legitimidad política. Esto sugiere que, al interpretar los textos autorizados pertinentes, los "jueces morales" tratarán de hacer de la ley lo mejor que pueda ser. Al hacerlo, pretenden hacer realidad las dimensiones aspiracionales de la ley y reducir la brecha entre la ley tal como es y como una institución con la que los agentes morales pueden comprometerse y en la que pueden participar plenamente.

(31) "Ley" no es, por supuesto, un predicado; "es ley" sí lo es. Me estoy tomando algunas libertades sintácticas para facilitar la exposición.

(32) *El imperio de la ley* , 93.

Metodología

(33) Las etiquetas son mías, no de Perry. Están diseñadas principalmente para facilitar la exposición.

(34) Véase Stephen R. Perry, 'Interpretación y metodología en la teoría jurídica', en Andrei Marmor (ed.), *Derecho y Interpretación: ensayos de filosofía jurídica* (Oxford: Clarendon Press, 1995), 97–135.

(35) Más adelante se hablará más sobre este tema en el contexto de la llamada jurisprudencia naturalista.

(36) El análisis que aquí se presenta sigue la estructura del debate entre Perry y Shapiro en sus ensayos que aparecen en Stephen J. Burton (ed.), *The Path of the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000). Muchas de las objeciones que planteo a la explicación de Perry aparecieron por primera vez en la crítica que Shapiro le hizo a Perry, y se desarrollan allí con más detalle.

(37) De hecho, Hart no presupone más que Holmes sobre la naturaleza de la persona o la motivación humana. Hart supone únicamente que las personas son capaces de actuar sobre la base de razones. Si el hombre malo de Holmes es un agente deliberativo —como debe serlo en la explicación de Perry—, Holmes presupone tanto sobre la naturaleza de la persona como Hart. Por supuesto, Hart tampoco niega que los individuos que viven bajo la ley a veces actúen con el propósito de evitar sanciones.

(38) El argumento de Perry se desvía debido a una cierta ambigüedad en la frase "el punto de vista interno". Podríamos querer decir con esa expresión, en términos generales, "el punto de vista del que está dentro" o "el punto de vista de la primera persona". Por otra parte, podríamos querer decir "el punto de vista comprometido", o el punto de vista de quien adopta la regla como razón para la acción. No hay nada más claro en *El concepto de derecho* que el hecho de que Hart entienda por punto de vista interno el segundo de estos sentidos. Hay muchos puntos de vista que son internos en el primer sentido. El punto de vista del hombre malo de Holmes es interno en el primer sentido, pero no en el segundo. Al acusar tanto a los realistas escandinavos como a Holmes de definir el punto de vista interno como algo que no existe, tiene en mente este segundo sentido. El argumento hasta este punto sigue la crítica de Scott Shapiro a Perry.

(39) Para un desarrollo completo de esta línea de argumentación, véase *La práctica del principio* , especialmente el capítulo 7.

(40) Véase Stephen R. Perry, 'Las variedades del positivismo jurídico', en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* , 9 (julio de 1996), 361-381.

(41) Este es el tercer y más importante sentido en el que el proyecto de Hart tiene una dimensión de ciencia social. Gran parte del mérito por haber notado y desarrollado la importancia de esta línea de pensamiento para la teoría general de Hart debe atribuírsele a Scott Shapiro. Véanse sus dos ensayos citados anteriormente.

(42) La afirmación de que Hart se apoya en un argumento moral no toma en serio sus compromisos explícitamente positivistas. Es irónico que los comentaristas que adoptan un proyecto interpretativo dworkiniano a veces parezcan poco dispuestos a aplicar los principios caritativos que gobiernan tal proyecto a su lectura de Hart. Uno pensaría que esos principios nos obligarían a leer a Hart de una manera que fortalezca y profundice sus temas consistentemente positivistas. Aunque los positivistas pueden ser meros Agatha Christies frente al Shakespeare de Dworkin, es poco caritativo interpretar un proyecto positivista como una producción de segunda categoría de Hamlet cuando podría interpretarse como una novela de misterio perfectamente satisfactoria.

(43) Supongamos que el criterialismo sostiene que existen reglas correctas para aplicar términos como "derecho". Estas reglas proporcionan el significado de los términos y son, en efecto, definiciones que enuncian verdades analíticas, verdades que se basan en el significado de los términos. Al identificar el positivismo con el criterialismo, Dworkin lo asocia con una concepción familiar de la filosofía según la cual su objetivo es descubrir verdades analíticas que revelen las características esenciales de las cosas a las que nos referimos con los términos. Las reglas para aplicar el "derecho" especifican así lo que debe ser verdad para que algo caiga dentro de su extensión. Estas verdades analíticas o conceptuales revelan la esencia del derecho. Al rechazar el criterialismo en favor de la jurisprudencia normativa, Dworkin está rechazando una imagen de la empresa filosófica que se basa en la distinción analítico/sintético. Su proceder encaja muy bien con muchas de las características quineanas de su filosofía

(salvo el conductismo de Quine). Nótese ahora que el rechazo de Leiter a la jurisprudencia analítica tiene el mismo fundamento: el rechazo de la distinción analítico/sintético. Mientras que Dworkin toma el rechazo de la distinción analítico/sintético para reclamar la filosofía como teoría normativa —lo que creo que alguna vez llamó "filosofía como interpretación"—, Leiter toma el rechazo de la analiticidad para implicar una concepción de la filosofía como ciencia (o en el caso del derecho, de la filosofía como ciencia social). Tanto la concepción de Dworkin como la de Leiter del proyecto filosófico son reacciones exageradas al rechazo de la distinción analítico/sintético. Ambas se basan en visiones demasiado estrechas de las posibilidades de los proyectos descriptivos dentro de la filosofía a raíz del rechazo de la distinción analítico/sintético.

Metodología

Distinción. Una vez que aclaramos la relación entre la jurisprudencia y la metasemántica del "derecho", se nos presenta una serie de proyectos descriptivos y normativos para la jurisprudencia. Estos puntos se desarrollan en profundidad en *The El lenguaje del derecho* y en 'Derecho': la similitud básica entre Leiter y Dworkin me fue señalada por primera vez por mi coautor, Ori Simchen.

(44) Esta última posibilidad es negada por quienes sostienen que siempre hay respuestas correctas como cuestión de derecho.

(45) Este punto se desarrolla en *La práctica del principio* , cap. 11.

(46) Véanse los capítulos 8-10 de *La práctica del principio .*

(47) Véase Brian Leiter, 'Realismo, positivismo duro y análisis conceptual', *Legal Theory* , 4/4 (1998).

(48) La primera vez que oí esta objeción contra Leiter fue por parte de Scott Shapiro y Roberta Romano. En respuesta, Leiter podría argumentar que no hay nada inverosímil en la sugerencia de que la Regla de Reconocimiento tiene un contenido determinado mientras que las reglas válidas bajo ella no lo tienen; después de

todo, son diferentes tipos de reglas. Una selecciona reglas, la otra selecciona comportamientos que se ajustan o no a las reglas. De modo que la primera selecciona objetos proposicionales mientras que la segunda selecciona acciones. Eso podría explicar cómo los primeros pueden ser determinados mientras que los segundos no. No es obvio a priori por qué seleccionar reglas debería ser más fácil que seleccionar actos que caen bajo las reglas; en parte porque en el contexto legal las reglas que se seleccionan son creadas por acciones, y por lo tanto lo que uno realmente está seleccionando son actos de creación de reglas; de modo que no hay una diferencia real.

Sin embargo, Leiter podría responder que no está en la naturaleza de las reglas en general o de las reglas jurídicas en particular que si algunas son determinadas, todas deben serlo. Algunas reglas pueden ser determinadas y otras no. De hecho; pero la carga de la explicación recae claramente sobre Leiter para explicar por qué la regla de reconocimiento debería ser determinada mientras que las reglas subordinadas a ella no lo son. La carga es grande, ya que el argumento de Leiter sobre la indeterminación de las reglas subordinadas a la regla de reconocimiento se basa en la gama de principios interpretativos no únicos disponibles. Esa cuestión se aplica igualmente a la regla de reconocimiento.

(49) Véase el capítulo 11 de *Práctica del Principio* para esta importante distinción.

(50) En otras palabras, la indeterminación de los elementos jurídicos particulares puede significar que la gente común no puede determinar de manera fiable qué acciones les exige la norma o qué libertades y derechos les confiere. Desde su perspectiva, las normas son fundamentos inadecuados. Pero esto no nos dice nada en absoluto acerca de si el contenido judicial de la ley es indeterminado, ya que no nos dice nada acerca de cómo los funcionarios deben resolver las disputas en virtud de las normas. Una gran parte de la indeterminación de la orientación es compatible con la determinación judicial. La tesis de Leiter se refiere a este último tipo de indeterminación, no al primero.

(51) En otras palabras, como señalé en el capítulo 11 de *Practice of Principle* , no podemos inferir del "contenido adjudicativo" al " contenido adjudicativo *legal* ". Hay una premisa que falta, a saber, que todo lo que los jueces están obligados a decidir en un caso -o todo lo que deciden en un caso- enuncia o expresa el derecho. Podemos tener buenas razones para reservar la categoría de derecho a un subconjunto de actos oficiales -incluso aquellos ordenados por fuentes legales. Raz, por ejemplo, afirma que sólo aquellos actos o reglas que pueden ser autoridades prácticas son derecho, y dada su teoría de la autoridad práctica, no todas las reglas o decisiones ordenadas por fuentes autorizadas serán derecho. Y esto requiere una explicación de lo que es conceptualmente cierto del derecho.

Julio L. Coleman

Jules L. Coleman es profesor de Jurisprudencia Wesley Newcomb Hohfeld en la Facultad de Derecho de Yale y profesor de Filosofía en la Universidad de Yale.





Filosofía jurídica y política

Manuales de Oxford en línea

Filosofía jurídica y política

Jeremy Waldron

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho, Derecho y

Política

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0009

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo trata de la relación entre el objeto de estudio (el derecho como un aspecto de la política) que parece dictar la relación entre disciplinas. Analiza la cultura política considerando el papel que desempeñan los jueces en la articulación de los valores públicos. Menciona que un estudio integral de las instituciones políticas debe prestar atención al derecho. Este artículo describe brevemente una serie de conexiones entre la filosofía jurídica y la política. Examina qué leyes deben promulgarse, qué decisiones deben confirmarse y cuáles deben revocarse, qué enmiendas constitucionales deben contemplarse y qué esquemas generales para la reforma legal deben adoptarse. Este artículo analiza además la importancia de las reglas de reconocimiento en la teoría de Hobbes. Finalmente, el artículo termina con una visión de que la filosofía política se desvanece en la filosofía moral por un lado, y por el otro, está asociada con algo ligeramente diferente llamado teoría política.

Palabras clave: derecho, política, teoría jurídica, teoría política, filosofía política **1 Derecho y política**

¿Podría la filosofía jurídica concebirse como una rama de la filosofía política? Es evidente que existe cierta conexión entre ambas. El sistema jurídico es parte del sistema político, y sería extraño que el estudioso de la política no profesara ningún interés en su funcionamiento. Las leyes y su aplicación, las constituciones, las legislaturas, los tribunales, la adjudicación, el razonamiento jurídico, el

imperio de la ley, etcétera, son temas respetables de investigación política.

Las legislaturas y los tribunales son instituciones *políticas ;* el Estado de derecho es un ideal *político ; la adjudicación y el razonamiento jurídico son prácticas y técnicas que forman parte de la cultura política* de las sociedades en las que florecen. Por supuesto, no son los únicos temas de interés para los estudiantes de política: a los estudiantes de política también les interesan las instituciones no legales, como los partidos, los ideales no legales, como la libertad y la prosperidad, las prácticas no legales, como la campaña electoral y el cabildeo, así como los fenómenos no legales, como el poder y la guerra. Aun así, los temas estudiados por los académicos del derecho son un subconjunto formidable de los temas que deberían ser de interés para un estudiante de política.

Así pues: del hecho de que las instituciones jurídicas son un subconjunto de las instituciones políticas y deben ser tomadas en cuenta por cualquiera que estudie las instituciones políticas, no sería ilógico inferir que la teoría jurídica es, o debería representar, una parte sustancial **(p. 353)** de la teoría general de la política. La relación entre los temas

—el derecho es un aspecto de la política—parece dictar la relación entre disciplinas—la teoría jurídica debe ser una rama o un subconjunto de la teoría política.

No pretendo ser provocador cuando digo que el derecho y las instituciones, ideales y prácticas jurídicas son "políticos". A veces, cuando la gente dice "el derecho es político", quiere decir que los casos se deciden sobre la base de las opiniones partidistas de los jueces sobre cuestiones de política pública o sobre la base de las afiliaciones partidarias o ideológicas de los jueces. O, en una versión ligeramente más abstracta de la acusación, quiere decir que la gente se las arregla para evadir la fuerza de los mecanismos

Los principios y doctrinas jurídicas están diseñados para garantizar que las decisiones controvertidas sean adoptadas por legislaturas o convenciones constitucionales y no por funcionarios como los jueces. O pueden significar que, a pesar de todas sus pretensiones de neutralidad y objetividad, los principios y doctrinas jurídicas ocultan compromisos políticos sustantivos y controvertidos. Pero nada de esto es lo que quise decir en mi párrafo inicial (aunque seguramente todas estas cosas *pueden* ser ciertas).

Sólo quise enfatizar que una comprensión —ya sea empírica, analítica o normativa— de las instituciones y prácticas en una sociedad dada a la que nadie negaría el término "política"

El análisis de la democracia está destinado a ser incompleto sin una comprensión de las instituciones y prácticas a las que nadie negaría el término "legal". No podemos entender la cultura política sin considerar el papel que desempeñan los jueces en la articulación de los valores públicos. Y no podemos entender el poder político en una sociedad dada sin captar (entre otras cosas) las restricciones que las instituciones y prácticas legales imponen a las elecciones y decisiones de los líderes políticos. Esto es cierto para la comprensión empírica y también es cierto para la teoría normativa: por ejemplo, no se puede utilizar el concepto de democracia en el mundo real sin considerar el equilibrio que debe lograrse entre las cuestiones decididas por instituciones representativas y las cuestiones decididas por los tribunales; y un análisis de valores como la libertad, la justicia y la igualdad, si no ha de ser imposiblemente abstracto, tendrá en cuenta el carácter legalista de las estructuras en las que estos valores se encarnan más familiarmente.

2 Interdependencia

Una cosa es decir que un estudio exhaustivo de las instituciones políticas debe prestar atención al derecho, pero de ello no se sigue que el estudio del derecho (doctrinal o filosófico) implique el estudio de la política. El derecho puede ser parte de la política, pero, a pesar de todo lo que se ha dicho, puede ser una parte relativamente

autónoma. El jurista y el teórico del derecho pueden realizar su trabajo de manera bastante independiente de la ciencia política y la teoría política. Si lo que dije en la Sección 1 es correcto, el politólogo y el teórico político **(p. 354)** deberían prestar atención al trabajo de sus homólogos en derecho, pero no necesariamente al revés. La relación puede ser como la de la historia naval con la historia militar: la historia naval es parte de la historia militar, y los profesionales de esta última necesitan entender lo que está sucediendo en la primera. Pero es perfectamente coherente con esto que los historiadores navales piensen que su competencia es relativamente limitada, informada sólo por la comprensión más amplia o esquemática de los aspectos no marítimos de la historia militar. El historiador naval puede decir:

"Existe una división del trabajo entre los historiadores. Mi amigo, el historiador militar, tiene la responsabilidad de un panorama más amplio que el mío: tiene que reunir lo que yo hago y lo que hacen los historiadores de las campañas terrestres y aéreas. Pero mi trabajo -como historiador naval- consiste en asumir la responsabilidad de sólo una pequeña pieza del rompecabezas". 1

Permítanme que me quede con esta analogía por un momento. Lo que he imaginado que diría el historiador naval no es inverosímil, pero es fácil ver cómo podría criticárselo. Alguien podría decir: "Aunque es sensato cierto grado de especialización, no es sensato que el historiador naval se ciegue a los aspectos de la historia militar general que tienen relación con la forma en que se constituye el poder naval y se llevan a cabo las campañas navales. Por un lado, las armadas, los ejércitos y las fuerzas aéreas compiten por recursos de los mismos presupuestos nacionales. Por otro lado, la estrategia naval es ininteligible al margen de su contribución a la gran estrategia, que involucra a todos los elementos de las fuerzas armadas de un país. Incluso por debajo del nivel de la gran estrategia, las operaciones navales a menudo están específicamente orientadas a apoyar otras operaciones militares no navales, como las invasiones marítimas o el bombardeo de ciudades y fortificaciones costeras. Dado que las cuestiones que no son específicamente navales impregnan de estas maneras la comprensión de los asuntos navales, es bastante

improbable suponer que se pueda conseguir experiencia en el campo de la historia naval sin una experiencia considerable en la historia militar en general.

Algo similar puede suceder con la relación entre el derecho y la política, y entre la teoría jurídica y la teoría política. A menos que el estudioso del derecho comprenda la relación entre las doctrinas y las instituciones jurídicas, por un lado, y el contexto político más amplio, por el otro, su comprensión del derecho y de la forma en que funcionan determinadas doctrinas jurídicas será inconcluyente o pobre, en un sentido formalista. Permítanme dar un par de ejemplos preliminares.

1. La jurisprudencia presta mucha atención a las diferencias entre reglas y estándares, las diferentes exigencias que imponen al razonamiento judicial y las diferentes dificultades que plantean.2 Las reglas dan lugar a cuestiones sobre la vaguedad y la textura abierta **(p. 355)** , y su aplicación plantea problemas sobre la infra o sobreinclusión en relación con los propósitos que se les pueden imputar. Los estándares ocasionan disputas sobre el ejercicio del juicio evaluativo por parte de los jueces y otros aplicadores de normas, y plantean preguntas difíciles sobre quiénes son los responsables de la aplicación de las normas.

Filosofía jurídica y política

¿Qué valores debería utilizar el juez al aplicar un término como "razonable" a alguna situación controvertida: sus propios valores, o los valores de la persona o institución que estableció el estándar, o los valores que él considera prevalecientes en la sociedad (esté o no de acuerdo con ellos)?

A veces es una cuestión de elección o de juicio si se debe interpretar una disposición dada como una regla o como un estándar.3 Quiero decir que es una cuestión de elección o de juicio sobre cuál de estos conjuntos de dificultades, exigencias y enigmas debe aceptar un juez en su interpretación de una disposición dada. Ahora bien, sabemos que, desde la perspectiva del legislador, una forma de abordar la elección entre reglas y estándares es

plantear preguntas sobre dónde se ubican mejor los diversos poderes de decisión. Las reglas se eligen, por ejemplo, cuando hay razones para pensar que el legislador hará un mejor trabajo al determinar qué casos deberían estar sujetos a una consecuencia legal dada mediante una determinación *ex ante* de lo que lo hará el aplicador de la ley sobre la base de una respuesta a los casos individuales tal como se presentan.4 En otras palabras, la decisión se toma comparando la competencia de la institución *A para realizar la tarea T* por medios *M* con la competencia de la institución *B para realizar la tarea T* por medios *N*. La competencia institucional no es la única consideración. Preferimos que las tasas impositivas sean especificadas numéricamente por el Congreso, en lugar de que el Director del Servicio de Impuestos Internos revise los expedientes individuales según un estándar general como el de "contribución razonable", por razones que tienen que ver con la legitimidad más que con la competencia. Incluso si el Congreso tiene que pedir consejo sobre cuál sería el efecto de diferentes tasas, todavía creemos que las tasas establecidas por otros medios que no sean la autoridad de la legislatura representativa serían ilegítimas. Este es quizás un caso fácil. En otras situaciones, sin embargo, puede haber una incertidumbre genuina sobre si la importancia de la legitimidad se respeta adecuadamente mediante la especificación de un estándar por parte del organismo representativo (indicándole a una agencia subordinada, por ejemplo, qué factores tomar en cuenta, pero dejando el equilibrio detallado a la agencia), o si requiere la especificación de una regla.

Decisiones como éstas no pueden tomarse sin prestar mucha atención a cómo son las instituciones existentes y cuáles son y deberían ser las condiciones de su legitimidad **(p. 356)** . Se trata de cuestiones de política, cultura política y filosofía política. Parecería seguir de ello que un juez o un jurista que argumenta que una disposición particular, incluso una establecida hace mucho tiempo, debería leerse ahora (o seguir leyéndose) como una regla en lugar de como un estándar o viceversa, debe valerse de recursos políticos similares.

5 Y yendo un paso más allá:

La jurisprudencia general en este campo, que aborda la forma en que los jueces deben abordar cuestiones como la que se acaba de plantear, también debe estar informada por el conocimiento y la comprensión sobre la competencia institucional en general, o sobre la legitimidad política en general, que la teoría jurídica no puede proporcionar por sí sola.6

2. Mi segundo ejemplo preliminar es más esotérico. Se refiere a una cuestión que se plantea en el debate filosófico entre positivistas jurídicos como Joseph Raz y antipositivistas como Ronald Dworkin. La cuestión es si puede haber criterios morales de validez jurídica. Supongamos que alguna disposición, *T* , de una ley tributaria pudiera interpretarse de dos maneras, *T*

1 y *T* 2, en la medida en que

Se trata de su impacto en un conjunto dado de circunstancias. Según Dworkin, la forma de identificar la respuesta correcta a la pregunta "¿Es *T?*"

1 ¿la ley o *T* ? 2 ¿es elegir entre ellas sobre la base de cuál representa *a T* (o al sistema impositivo en su conjunto) de la mejor manera: cuál hace que *T* sea el mejor requisito o el más justo? 7 Decidimos cuál es mejor; y sobre la base de eso decidimos cuál es la ley. Raz responde que si procedemos de esta manera no podemos considerar sensatamente que la ley pretenda resolver *con autoridad* la cuestión de cuál sería un sistema impositivo bueno o justo (o el mejor o el más justo). Uno ya debe haber resuelto eso por sí mismo para utilizar el enfoque de Dworkin. 8 Al insistir en este tipo de criterio moral para la validez legal **(p. 357) ,** el enfoque de Dworkin no presenta la ley como una posible fuente de orientación con respecto a las cuestiones morales que aborda, dice Raz.

¿Es ésta una objeción convincente a la teoría de Dworkin? Raz cree que sí, porque en su opinión el derecho reclama autoridad para sí mismo para resolver cuestiones como éstas. Cree que la autoridad es uno de los aspectos más importantes de la autopresentación del derecho. Por supuesto, dice Raz, un derecho o un sistema jurídico puede *de hecho* carecer de autoridad legítima: ese puede ser el

resultado de nuestra aplicación a él del test normativo de autoridad explicado, por ejemplo, en su propia "tesis de justificación normal".9 Pero necesariamente *reclama* autoridad. Para que esta afirmación no sea absurda, dice Raz, entonces el derecho debe tener ciertas características estructurales: sus directivas deben poder ser identificadas de una manera que sea independiente de las razones en las que se supone que se basan. "[L]os sujetos de cualquier autoridad... pueden beneficiarse de sus decisiones sólo si pueden establecer su existencia y contenido de maneras que no dependan de plantear las mismas cuestiones que la autoridad está allí para resolver".10

Sin embargo, la objeción de Raz se vería socavada si la ley no hiciera ese tipo de afirmación de autoridad, o si –aun cuando la hiciera– nadie tomara en serio ese aspecto de la ley, es decir, si no fuera un aspecto prominente o importante del concepto de ley en el uso ordinario. Ahora bien, Raz dice:

Las pretensiones que la ley hace de sí misma se hacen evidentes por el lenguaje que adopta y por las opiniones expresadas por sus portavoces, es decir, por las instituciones jurídicas. La pretensión de autoridad de la ley se manifiesta por el hecho de que las instituciones jurídicas son designadas oficialmente como "autoridades". ... 11

Todo esto lo puede discernir un filósofo (o cualquier observador superficial). Pero, ¿deberían tomarse en serio estas afirmaciones? ¿Qué papel desempeñan en la vida del derecho y en la determinación del lugar que éste ocupa en la sociedad?

Ninguna de estas cuestiones puede resolverse excepto prestando atención a asuntos que pertenecen al dominio de la ciencia política (cómo se considera de hecho el derecho) o la filosofía política (cómo se debe considerar el derecho).12 Así, una vez más, vemos que una cuestión de jurisprudencia no puede evaluarse sin prestar atención a

asuntos fuera de la jurisprudencia en el sentido más estricto.

Los ejemplos que presenté en la Sección 2 fueron diseñados para mostrar que algunas cuestiones jurídicas no pueden ser analizadas ni teorizadas adecuadamente, excepto de una manera que tome en serio el trabajo empírico y teórico centrado en el contexto político e institucional más amplio. El derecho es parte de un sistema político y funciona como parte de ese sistema. No es como un componente prefabricado autónomo que simplemente se conecta, por así decirlo. Funciona de una manera que es sensible a otros aspectos del funcionamiento del sistema político.

(p. 358) Este punto no debe interpretarse como una manera de subordinar el derecho a la ciencia política o la teoría jurídica a la teoría política. Por el contrario, implica que la teoría jurídica a veces puede ayudar a establecer la agenda para la teoría política, ya que los teóricos del derecho identifican importantes preguntas no jurisprudenciales que ellos (*en su calidad de* teóricos del derecho) necesitan respuesta. En este sentido, pueden reforzar la importancia del trabajo que ya se está haciendo en la ciencia política -por ejemplo, sobre la competencia institucional- o impulsar nuevos trabajos que requieran que los estudiantes de política y sociedad se concentren en características de los fenómenos que estudian - características como las afirmaciones de autoridad que hace el derecho- que podrían haber escapado a ellos, si no hubiera sido por el discernimiento del teórico del derecho sobre su significado.

Más allá de los ejemplos particulares que he mencionado (y otros similares), se puede argumentar que también existen algunas conexiones más generalizadas y programáticas entre las agendas de la teoría jurídica y la teoría política. En la Sección 4, quiero decir algo sobre lo que algunos pueden considerar la relación mínima entre la jurisprudencia positivista y la teoría política: los aspectos de la estabilidad y la eficacia políticas que deben considerarse parte de los criterios para la existencia de un sistema de derecho. En la Sección 5, quiero considerar las conexiones (si las hay) entre la filosofía jurídica y la política

indicadas por el hecho de que "el imperio de la ley" es ampliamente considerado como un ideal político importante, y relacionaré eso también con la controversia entre los filósofos del derecho sobre si la teoría jurídica debería tener alguna contribución que hacer a nuestra discusión sobre la cuestión de la obligación política. Finalmente, las Secciones 6 y 7 abordarán algunas cuestiones de metodología que surgen de esta discusión.

3 Valores sustantivos

Antes de continuar con cualquier aspecto de este tema, quisiera decir algo brevemente sobre una serie de conexiones entre la filosofía jurídica y la política (y, de hecho, también entre la filosofía jurídica y la moral) que son casi demasiado obvias para ser discutidas en un artículo "meta" como este.

Los términos "filosofía jurídica" y "teoría jurídica" se utilizan a veces para referirse a la discusión de lo que debería ser la ley: me refiero a la discusión de qué leyes deberían promulgarse, qué leyes deberían derogarse, qué decisiones deberían confirmarse y cuáles deberían revocarse, qué enmiendas constitucionales deberían contemplarse y qué esquemas generales de reforma jurídica deberían adoptarse. La mayoría de quienes se dedican a ello creen que esta tarea es impensable sin la invocación de valores y principios que también se estudian en la filosofía política y moral, como la libertad, el bienestar, la justicia, la igualdad y el respeto (por no mencionar una serie de conceptos evaluativos de nivel medio como necesidad, daño, dignidad, merecimiento, comunidad, etc.).

(p. 359) Ahora bien, cuando en un debate legislativo se opone a una ley con el argumento de que socava la libertad, o cuando se favorece una interpretación doctrinal particular en un escrito o en una opinión judicial con el argumento de que presta más atención a consideraciones de mérito que las interpretaciones alternativas, no es necesario que haya mucho que hacer en materia de *filosofía* . La filosofía moral no se produce cada vez que alguien menciona un principio o apela a un valor. Y, a la inversa, gran parte de lo que ocurre en la filosofía moral -y

creo que también en la filosofía política13- ocurre y debería ocurrir en una forma que está bastante alejada de las preocupaciones del legislador o del juez. No quiero decir simplemente que los filósofos morales se interesan principalmente por la virtud personal, que es algo de lo que los legisladores deberían mantenerse alejados14

Filosofía jurídica y política

Creo que es muy importante, por las razones que explico en la Sección 6, que haya una relación mediada en lugar de directa entre la filosofía moral y la filosofía jurídica, incluso en las áreas en las que las ideas morales son evidentemente relevantes.

Pero lo que quiero decir principalmente es que, incluso en lo que respecta a los valores morales, los filósofos tienen un conjunto distinto de tareas que abordar (cuestiones de metaética, cuestiones sobre las condiciones de verdad, la objetividad y los análisis cognitivistas versus no cognitivistas), cuya relevancia práctica directa para las opciones políticas y legales puede ser bastante limitada.

En los últimos años, sin embargo, se ha dedicado mucha energía filosófica a la exploración sistemática de los valores exactos a los que los legisladores podrían apelar, en un nivel de discurso no mucho más abstracto que el nivel en el que se desarrolla el discurso político y jurídico de la vida real. El ejemplo de *Una teoría de la justicia de John Rawls* inspiró no sólo el desarrollo de otras "grandes teorías" del valor político y la moralidad política,1

5 que ofreció

El derecho de familia ha proporcionado una base filosófica bien elaborada para pensar en los derechos básicos y los fundamentos del Estado de bienestar. También ha inspirado, en un nivel un poco menos grandioso, un tipo de examen filosófico paciente y riguroso de conceptos y cuestiones que prometían verdaderas recompensas en la toma de decisiones jurídicas de nivel medio.16 Nuestras opiniones sobre "los mejores intereses del niño" en el

derecho de familia ahora podrían remitirse a discusiones filosóficas sobre los intereses y el bienestar, y nuestras discusiones sobre la supuesta "nocividad" de la pornografía ahora podrían remitirse a discusiones filosóficas sostenidas sobre el daño y el principio del daño.

No se trataba de un fenómeno sorprendentemente nuevo. El gran precedente fue la influencia del utilitarismo como teoría integral de la reforma jurídica en Inglaterra en las primeras décadas del siglo **XIX** . Lo distintivo del renacimiento de la filosofía y los asuntos públicos a finales del siglo XX fue que representó, primero en la teoría de Rawls, pero también en muchas de las respuestas a Rawls, el desarrollo de alternativas filosóficamente bien elaboradas a la teoría utilitarista (no sólo variaciones sobre un tema sino alternativas genuinas).

Además, no sólo los trabajos de este tipo han llegado a impregnar la filosofía moral y política, sino que los estudiosos del derecho también son cada vez más receptivos a ellos. Las propuestas de reforma jurídica que no hacen referencia al debate filosófico se consideran en algunos círculos jurídicos como insuficientemente teorizadas y, por esa razón, se las condena por insatisfactorias.

Y no se trata de una mera comparación externa o sintética. Quienes se encargan del análisis doctrinal están abiertos a la idea de que se pueden encontrar en el derecho doctrinas y conceptos inmanentes que podrían coincidir con las ideas que se estaban desarrollando en la filosofía moral. Esta "comparación", por supuesto, no sería una coincidencia. En el aspecto jurídico, podría reflejar la influencia histórica de las ideas morales sobre el derecho, y en el aspecto filosófico, también podría reflejar la influencia inversa, de la práctica jurídica sobre la construcción de teorías filosóficas, mediada tal vez bajo los auspicios del equilibrio reflexivo.17

La correspondencia puede darse en el nivel de la sustancia o de la forma.18 Y puede darse no sólo en el nivel de las normas, sino también en el nivel de las ideas de fondo que informan nuestro pensamiento sobre las normas, ideas como la causalidad y la responsabilidad. Así, por ejemplo,

en la jurisprudencia del derecho de responsabilidad civil, los académicos han podido demostrar que las doctrinas sustantivas, los ideales de fondo y las estructuras formales se explican mejor en términos de teorías normativas de justicia correctiva que en términos (por ejemplo) de ideales económicos cuasi-utilitarios como la maximización de la riqueza.19 Es cierto que estos académicos también quieren resistirse a cualquier reducción simplista de las normas específicas de justicia correctiva a alguna teoría general de justicia social distributiva.20 Pero sus fundamentos para resistirse a esto son en sí mismos teoremas de filosofía política, tesis sustantivas sobre la justicia por derecho propio.

Esta sección se ha ocupado de lo que en el ámbito profesional llamamos *jurisprudencia especial* , es decir, jurisprudencia centrada en temas específicos del derecho, como la responsabilidad civil extracontractual o los intentos de cometer delitos.2

1 Para el resto de este capítulo quiero volver a

el tema de la jurisprudencia general y la cuestión de qué relación podríamos esperar entre las discusiones generales **(p. 361)** sobre el derecho como tal —la idea misma del derecho— y los conceptos y valores que se estudian en la filosofía política.

4 Condiciones de existencia

Una de las preguntas más difíciles que se plantea el filósofo del derecho es: ¿qué es lo que hace que exista el derecho? La pregunta puede hacerse sobre un derecho en particular o sobre un sistema jurídico en su conjunto, aunque normalmente respondemos a una pregunta sobre las condiciones de existencia de un derecho en particular remitiendo al interrogador a las condiciones de existencia de un sistema jurídico y luego a las condiciones de ese sistema jurídico para reconocer algo como derecho válido dentro de ese sistema.

Cuando hablamos de la existencia de una ley positiva, es decir, de que existe una ley que rige algún ámbito de acción, o

En el caso de la interacción o el conflicto, tenemos en mente la existencia en un tiempo y lugar determinados, en relación con una comunidad o un grupo específico de personas reales. Esa referencia es crucial, en varios sentidos. Es importante para entender el contenido, el significado y las implicaciones de la disposición en cuestión: ¿qué pretende hacer la ley, en sus propios términos? ¿La conducta de quién pretende regir? Pero igualmente importante, si no más, para el positivista jurídico, es la *realidad* de la conexión entre la disposición en cuestión y el tiempo, el lugar y las personas a las que se supone que se aplica. ¿Tiene la disposición algún efecto real en el mundo real, o es simplemente "ley" en el papel? Sin la conexión real apropiada, la ley tiene solo una realidad nocional.

Por ejemplo, si quisiera hacerle perder el tiempo, podría formular ahora mismo una disposición normativa de la que se podría inferir, como una cuestión estrictamente textual, el tiempo, el lugar y la clase de sujetos a los que se supone que se aplica la "ley":

Ley de Dedo en la Oreja : (1) Esta Ley se aplica a todos los hombres que residen en Nueva Inglaterra. (2) En algún momento de su vigésimo primer cumpleaños, toda persona a la que se aplique esta Ley se pondrá un dedo en la oreja y lo mantendrá allí durante dos minutos. (3) Cualquiera que no lo haga pagará una multa de $100 al Hogar de Perros Callejeros de New Haven. (4) Esta Ley comenzará a regir el primer día de abril de 2001.

Por sí solo, este "estatuto" es anómalo, por supuesto. Pero se podría pensar que fue promulgado de conformidad con una norma legislativa de algo que llamaré "el sistema legal de Nueva Inglaterra":

Principio de supremacía legislativa de Nueva Inglaterra : toda disposición promulgada en Nueva Inglaterra, al estar escrita en un artículo filosófico publicable y revisada ortográficamente dos veces, será ley en Nueva Inglaterra tan pronto como llegue a conocimiento

de cualquier residente de Nueva Inglaterra que no sea la persona que la redactó.

(p. 362) Y si quisiera hacerle perder más tiempo del que ya le he dedicado, podría desarrollar este "sistema jurídico" con cierta extensión, anidando normas dentro de normas, mostrando cómo algunas normas entran en las condiciones de validez de otras normas, añadiendo normas subsidiarias para interpretar y hacer cumplir las normas primarias, y así sucesivamente. Todo esto, sin embargo, sería un ejercicio idiota e inútil. No tendría ningún interés, ya que el sistema de normas es puramente nocional y no tiene la relación real apropiada con las personas, lugares y tiempos a los que sus diversas disposiciones pretenden aplicarse.

¿Cuál es esa relación en el caso del derecho? ¿Qué hace que una ley sea *realmente* derecho? La respuesta a esta pregunta debería ayudarnos no sólo con la tonta tarea de desestimar la Ley del Dedo en la Oreja, sino también a abordar cuestiones importantes sobre las supuestas leyes y sistemas jurídicos en situaciones del mundo real que son marginales desde el punto de vista de la teoría jurisprudencial y política: el derecho en el ámbito internacional; las leyes de la guerra; el derecho *del antiguo régimen* durante un período revolucionario; el derecho en tiempos de conflicto civil; la obsolescencia jurídica; el desafío generalizado y la inaplicabilidad de una ley en particular; y así sucesivamente.

Las formas tradicionales del positivismo jurídico utilizaban la noción de *soberanía* para especificar la relación externa apropiada entre las disposiciones de un sistema jurídico consideradas nocionalmente como normas y la realidad independiente de las personas, el poder y el comportamiento en el mundo. «Toda ley positiva», decía Austin, «es establecida por una persona soberana, o un cuerpo soberano de personas, para un miembro o miembros de la sociedad política independiente en la que la persona o el cuerpo es soberano o supremo».22 Esa *soberanía* o *supremacía mencionada en último* lugar se entiende no en términos de una norma postulada —como mi Principio de Supremacía Legislativa de Nueva Inglaterra — sino en términos de una cierta realidad política: La superioridad que se denomina soberanía... se distingue de

otra superioridad... por las siguientes marcas o caracteres: 1. la mayor parte de una sociedad dada tiene el hábito de obedecer o sumitir a un superior *determinado* y *común* : sea ese superior común una cierta persona individual, o un cierto cuerpo o agregado de personas individuales. 2. Que cierto individuo, o cierto grupo de individuos, *no tenga* el hábito de obedecer a un superior humano determinado.23

Se trata de pruebas fácticas, vagas, por cierto, como reconoce Austin (y quiero hablar más sobre esto en un momento),24 pero vagas como un predicado fáctico en la ciencia política como "poderoso" o "influyente".

"soberano" no es, para Austin, un predicado cuyo uso refleja la aplicación de una norma jurídica (como "autoritario" o

"válido"). Su uso de "soberanía" es, por lo tanto, diferente del uso de "soberanía legal" en la jurisprudencia constitucional de AV Dicey, en la que la soberanía del parlamento británico se entiende como el resultado de un principio legal, no la aplicación de una prueba fáctica.25

(p. 363) Algunos pueden decir que esto es sólo una cuestión empírica. Pero la importancia del hecho de que la tradición Página 6 de 22

Los positivistas siempre invocan un sentido de "soberanía" en el mundo real como eje de su jurisprudencia, pero no es sólo que puedan necesitar la ayuda del politólogo para aplicar ese término empíricamente en ciertos casos. Es cierto, puede haber un problema empírico.26 Pero el punto importante es sobre el *significado* de la vaga expresión empírica: ¿qué significa?

¿Qué implica realmente el término "soberano"? En lugar de implicar que *la mayoría* de una sociedad dada tiene el hábito de obedecer a un superior común, se podría interpretar que implica que *todos, salvo unos pocos* , los miembros de una sociedad dada tienen el hábito de obedecer a un superior común. Ambos términos enfatizados son empíricos y vagos; pero la elección entre ellos sigue

siendo significativa y no es en sí misma una cuestión empírica. Ahora bien, ¿por qué optar por el primer criterio (obediencia de *la mayoría*) en lugar del segundo (obediencia de *todos, salvo unos pocos*) como prueba fáctica de la soberanía? La respuesta sólo puede ser: porque nuestra teoría política o nuestra filosofía política indican la prominencia de la "mayoría" en lugar de la de "todos, salvo unos pocos". Por ejemplo, nuestra teoría política puede tener entre sus teoremas el siguiente: las instituciones pueden sobrevivir, mantener la paz, garantizar las expectativas, etcétera, incluso si una proporción menor de los miembros de una comunidad dada obedece habitualmente, siempre que la mayoría de ellos lo haga. Y, dado un cierto tipo de enfoque hobbesiano o humeano de la política, podemos considerar que el cumplimiento de estas tareas es suficiente para los fines de la eficacia en el mundo real.

Alguien podría decir que esto es demasiado obvio para que se lo considere una conexión entre la filosofía jurídica y la política. Si quieren decir que podemos llegar a la misma conclusión implícitamente sin pensarlo mucho ni argumentar mucho, entonces supongo que tienen razón. Pero, por supuesto, eso no indicaría que la teoría política no estuviera haciendo ningún trabajo; indicaría solamente que el trabajo que hacía se daba por sentado.

No es difícil ver cómo la definición de "soberano" puede volverse controvertida. Aunque su prueba es vaga, Austin está dispuesto a decir que ni la sumisión de un pueblo a un ejército de ocupación (por ejemplo, Francia ocupada por los Aliados en 1815), ni la sumisión del gobernante de un pequeño estado a un hegemón regional (por ejemplo, la deferencia de Sajonia a la Santa Alianza después de 1815), constituyen soberanía. "Como las órdenes y la obediencia eran comparativamente raras y transitorias" en estas situaciones, "no eran suficientes para constituir la relación de soberanía y sujeción".27 Puede haber deferencia y cumplimiento, pero no hay *hábito* de obediencia. Bien, podemos preguntar **(p. 364) : ¿por qué es tan importante** *el hábito* ? Una vez más, es una cuestión filosófica, no empírica. La respuesta debe ser algo como lo siguiente: las tareas distintivas e importantes del derecho – tareas como la creación de instituciones y la estructuración

económica– no pueden llevarse a cabo sin un modo regular y confiable de presentación. En ausencia de una respuesta de este tipo, que sin duda es una contribución de la filosofía política, el filósofo del derecho no sabría qué decir sobre este término tan fundamental.

La situación no es diferente en la jurisprudencia del siglo XX. La idea del soberano se abandona en las teorías jurídicas positivistas de Hans Kelsen, HLA Hart y Joseph Raz. Pero los tres juristas reconocen la necesidad de una prueba empírica de la efectividad o eficacia de la ley. En el caso de Kelsen, esto se hace a costa considerable de la "pureza" de su teoría (que, si se deja a su suerte, no le daría ninguna base para descartar una versión adecuadamente elaborada de mi sistema jurídico de Nueva Inglaterra, con su propia " *norma fundamental* " presupuesta y una prueba de validez que la Ley Finger-in-the-Ear satisfaría). 28 La teoría de Kelsen sostiene que, aunque "[u]n mínimo de efectividad es una condición de validez", y "la efectividad tiene que acompañar a la postulación de una norma jurídica para que la norma no pierda su validez",29 la condición general de eficacia es sistémica:

[U]n orden jurídico no pierde su validez cuando una sola norma jurídica pierde su eficacia. Un orden jurídico se considera válido si sus normas son *en general* eficaces (es decir, se aplican y se obedecen efectivamente). ...

La eficacia es una condición de la validez, pero no es la validez. ... [E]l problema de la relación entre validez y eficacia del orden jurídico coincide con el problema más conocido de la relación entre ley y poder o derecho y fuerza. [L]a solución que se intenta aquí es meramente la formulación científicamente exacta del viejo tópico de que el derecho no puede existir sin fuerza y, sin embargo, no es idéntico a la fuerza. El derecho (la ley), según la teoría aquí desarrollada, es un cierto orden (u organización) de fuerza.30

Creo que Joseph Raz tiene razón al observar que Kelsen no explica adecuadamente cómo se debe determinar el grado de eficacia requerido.3

1 Kelsen simplemente anuncia un estándar —" *en general* efectivo (esto es, realmente aplicado y obedecido)"— sin explicación ni elaboración. En otro lugar, Raz señala que de todas las condiciones para la existencia e identidad de los sistemas jurídicos, la eficacia es "la menos estudiada y menos comprendida", y sugiere que esto podría deberse a que "no hay mucho que la filosofía jurídica pueda aportar a este respecto"32 —o al menos aportar por sí sola. Él **(p. 365)** piensa que la sociología del derecho debe hacer mucho trabajo a este respecto.33 Pero sospecho que *esa* contribución a su vez depende de un sentido elaborado de las condiciones en las que se basan y los auspicios bajo los cuales se desarrollan los sistemas jurídicos.

Filosofía jurídica y política

La eficacia parcial de un sistema de normas en una sociedad nos interesa. Los sociólogos y los filósofos del derecho estudian y clasifican, a su manera, fenómenos interesantes; y al menos una parte de nuestra teoría de lo que es *interesante* en este campo (quizá la parte objetiva) está construida en la filosofía política.34

libro de HLA Hart *El concepto de derecho* propone una prueba de eficacia en dos partes como condición necesaria para la existencia en una sociedad de un sistema de derecho positivo:

> Por una parte, las reglas de conducta que son válidas según los criterios últimos de validez del sistema deben ser generalmente obedecidas y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez legal y sus reglas de cambio y adjudicación deben ser aceptadas efectivamente como normas públicas comunes por sus funcionarios. ... La primera condición es la única que los ciudadanos privados deben satisfacer: pueden obedecer cada uno sólo por su parte y por cualquier motivo. ... La segunda condición también debe ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Deben considerarlas como normas comunes de conducta oficial y evaluar críticamente sus propias desviaciones y las de los demás como fallas.35

Esta explicación tiene dos características notables que podrían dar lugar a controversia. En primer lugar, está la sugerencia de que un sistema jurídico puede existir en una comunidad incluso cuando quienes se rigen por él (los miembros ordinarios de la comunidad) no saben nada de las reglas secundarias que rigen la validez, el reconocimiento jurídico, etc. Hart reconoce que «la sociedad en la que esto sucediera podría ser deplorablemente borrega, y las ovejas podrían acabar en el matadero».36 Pero ve pocas razones para no utilizar el término «sistema jurídico» en una situación de ese tipo.

Sin embargo, alguien podría disentir de esto, argumentando que hablar de la ley de una comunidad debe significar algo más que la existencia de un conjunto de principios ajenos a la misma que la población, por la razón que sea, cumple. El debate sobre esto sin duda involucraría cuestiones de filosofía política y jurídica.

En segundo lugar, se sugiere que un sistema jurídico sólo existe cuando los funcionarios se orientan internamente a las mismas reglas secundarias, como una cuestión de aceptación común de los estándares incorporados en esas reglas. Ahora bien, no está claro a qué equivale esto: ¿significa que los jueces deben tratar las reglas secundarias como convenciones y que no es suficiente que haya una convergencia de juicios independientes entre ellos acerca de (por ejemplo) la conveniencia de reconocer a un cuerpo representativo como una legislatura? 37 Tampoco está claro cómo defenderíamos cualquier interpretación particular de este requisito **(p. 366)** sin aventurarnos más allá de los confines bastante estrechos de la teoría jurídica, considerada como algo separado de la teoría general de la organización política y social.

Sospecho que Hart pensó que todas estas cuestiones podrían resolverse como una cuestión de pragmática abierta, pues dice que sería "inútil" hacer afirmaciones sobre los derechos y deberes de las personas basándose en las reglas primarias y secundarias de un sistema jurídico si no se diera la condición de eficacia.38 Pero hay preguntas que deben hacerse sobre este pragmatismo implícito. ¿Se sigue de ello que hay tantas condiciones de eficacia como puntos distintos o propósitos inteligibles para hacer

afirmaciones sobre derechos y deberes legales? ¿O adaptamos nuestra (única) condición de eficacia al nivel pragmático más bajo (la razón para hablar sobre deberes legales que más se aproxima a la inutilidad sin perder realmente su sentido)? ¿O estamos más bien privilegiando un subconjunto de los puntos o propósitos inteligibles que las personas pueden tener para hablar sobre derechos y deberes legales, y orientando nuestra condición de eficacia hacia ellos? Si es así —y creo que esta tercera alternativa es mucho más plausible que las otras dos— entonces, para llegar a la mejor explicación de *por qué* ese subconjunto es privilegiado, tal vez tengamos que recurrir a la explicación de un filósofo político sobre por qué la ley es importante en la sociedad.

Hasta ahora me he centrado en la soberanía y la eficacia, como ingredientes conceptuales de la filosofía jurídica, cuyo análisis puede requerir aportes de la filosofía política. Sin embargo, los puntos que he señalado pueden generalizarse para cubrir también otros conceptos jurisprudenciales. En general, se esperaría que una teoría política completa (que incluya una teoría del derecho) haga transparente la relación entre los conceptos jurídicos y los conceptos políticos. La explicación de Thomas Hobbes sobre el papel de las reglas de reconocimiento para el derecho positivo proporciona un buen ejemplo. Estamos familiarizados con la idea de una regla de reconocimiento, como una de las reglas secundarias que constituyen un sistema jurídico, a partir de la jurisprudencia de HLA Hart en *The Concepto de Derecho* .39 Pero la idea también jugó un papel en la filosofía del derecho de Thomas Hobbes, escrita unos 300 años antes que la de Hart.

Al igual que Hart, Hobbes distinguió entre el juicio que una persona puede hacer sobre la moralidad de una norma y el juicio que puede hacer sobre su validez legal. Para Hobbes, la importancia de esta distinción radica en el valor social de tener un único marco compartido para la resolución de disputas incluso en medio de un desacuerdo moral: las personas que no están de acuerdo sobre lo correcto y lo incorrecto, lo justo y lo injusto, pueden, no obstante, estar de acuerdo sobre la necesidad de organizarse.

La vida social se basa en un conjunto de respuestas determinadas a esas preguntas, aun cuando muchos de ellos individualmente juzguen que esas respuestas determinadas son imprudentes o moralmente incorrectas. El hecho de que la medida que uno considera perversa sea, no obstante, *una ley válida* es un juicio que alerta a una persona dispuesta a desobedecer la medida (por ejemplo, por razones morales) sobre los peligros de la acción unilateral y descoordinada en un contexto de desacuerdo.40

Sobre esta base, se puede ver la importancia de las reglas de reconocimiento en la teoría de Hobbes. La actividad de legislar aborda el problema de la competencia entre **(p. 367)** puntos de vista e intereses rivales. Diferentes personas sostienen y están dispuestas a luchar por definiciones rivales de justicia y bien común (ya sea porque su definición particular promueve sus intereses materiales o simplemente porque están, de alguna otra manera, apegadas a una definición particular). Ese es el contexto que hace necesaria la legislación, pero también es el contexto que hace necesarias las reglas secundarias como las reglas de reconocimiento. Necesitamos una regla de reconocimiento según Hobbes principalmente porque hay desacuerdo en la comunidad sobre lo que debe tomarse como punto de coordinación para la acción de los individuos en la comunidad. La práctica de aceptar y obedecer las órdenes soberanas no funcionará para mitigar el estado de naturaleza hobbesiano a menos que haya alguna manera confiable de desenredar la pregunta "¿Qué ordenó el soberano?" de la pregunta "¿Cuál es la mejor base sobre la cual podemos coordinar?" Dice Hobbes: Tampoco es suficiente que la Ley esté escrita y publicada; Pero también es necesario que haya signos manifiestos de que procede de la voluntad del soberano. Los particulares, cuando tienen o creen tener fuerza suficiente para lograr sus injustos designios y conducirlos con seguridad a sus ambiciosos fines, pueden publicar como leyes lo que quieran sin la autoridad legislativa o en contra de ella. Por lo tanto, se requiere no sólo una declaración de la ley, sino también signos suficientes del autor y de la autoridad.

Tales signos, dice Hobbes, dependerán de criterios accesibles de validez tales como "registros públicos, consejos públicos, ministros públicos y sellos públicos". 42 Por esta razón, el aparato de reconocimiento legal está orientado a un fin político convincente y sustantivo: el fin de asegurar que cuando alguien se enfrenta a lo que pretende ser una demanda legal, pueda determinar si esa demanda realmente *está* desempeñando el papel que el derecho hobbesiano y la validez legal hobbesiana aspiran a desempeñar en lo que respecta a la disminución del conflicto social. En otras palabras, tiene que haber alguna manera de distinguir la legislación real de la legislación falsificada, las leyes reales de las leyes falsas. Si alguien llega a mi pueblo y anuncia: "Ahora es la ley que todos tenemos que adorar como presbiterianos", insistiré en examinar la autenticidad del "texto estatutario" que está agitando. Si lo reconozco como auténtico, entonces entenderé que estamos adoptando formas de culto presbiterianas para poner fin a nuestros conflictos religiosos que de otro modo serían intestinos. Pero si la persona que hizo el anuncio no puede proporcionar la autenticación, entonces su

La "proclamación" tendrá que ser descartada como una mera estratagema en las guerras religiosas, no (como lo sería una ley) una forma de ponerles fin.

El punto general que ilustra la discusión de Hobbes es que la explicación que uno hace de las reglas de reconocimiento está necesariamente conectada con la explicación que uno hace de lo que en última instancia importa acerca del proceso de elaboración de leyes. Para Hobbes, lo que en última instancia importa en la elaboración de leyes **(p. 368)** es la univocidad, la determinación, la decisión y la resolución del conflicto social; sin eso, piensa, no estamos mejor con la ley de lo que estaríamos sin ella. Lo que uno necesita saber, por lo tanto, en cuanto al reconocimiento, es que la supuesta ley realmente tiene las características de univocidad, determinación, etc. asociadas con la soberanía hobbesiana. Si todos están anunciando leyes por su propia autoridad sin referencia a un soberano, bien podríamos no tener ley en absoluto en lo que respecta a la teoría hobbesiana. El estado de naturaleza simplemente se reproduciría a sí mismo como una guerra de pseudoleyes

rivales y volveríamos a estar donde comenzamos, antes de que hubiera cualquier elaboración de leyes autoritarias en absoluto. Este es el contexto de la filosofía política que explica la importancia sustantiva, no sólo formal o sistémica, de esta, la más prominente de las ideas jurisprudenciales modernas. 43

A esto, alguien podría objetar que la teoría política de Hobbes nos dice solamente qué tipo de *sistema de mando* es deseable para una sociedad; podrían decir que es una cuestión *aparte* -que debe ser tratada en jurisprudencia, no en filosofía política- si ese sistema de mando, presentado como deseable por Hobbes, corresponde al *concepto de Derecho* . Esta objeción me parece poco convincente. Presupone que el concepto de derecho puede elaborarse sin tener en cuenta las funciones que cumple el derecho o el bien del derecho y del sistema jurídico para las sociedades que lo tienen. Supone que podríamos dar primero una explicación del concepto de derecho y luego sorprendernos gratamente cuando resultara —de manera totalmente contingente— que el derecho cumplía algún propósito útil. De hecho, supone que la explicación que uno haga del concepto de derecho podría ser exhaustiva y completa —sin que le falte nada— aun cuando no se hubiera hecho ningún intento de plantear o responder preguntas sobre qué podría contribuir el derecho o el sistema jurídico a la creación de un sistema jurídico.

Filosofía jurídica y política

En la sección siguiente analizaré este tema como una cuestión general de metodología. Por el momento, sin embargo, permítanme decir que me resulta difícil imaginar qué motiva un enfoque tan decididamente estrecho, a menos que se trate de algún tipo de terror a que, si se introducen consideraciones políticas en *cualquier* etapa de la jurisprudencia, éstas abrumen toda la empresa y nos muestren tal vez que los críticos del derecho tenían razón después de todo, y que todo ha sido siempre político en todo momento; y que debemos prevenirlo a toda costa. Como indiqué al final de la Sección 1, esta especie de "mentalidad de la Línea Maginot"44 parece estar basada en una terrible incomprensión de la fuerza de la palabra "político".

(p. 369) 5 Positivismo normativo

Sea como fuere, la controversia sobre si la filosofía del derecho puede permitirse el lujo de descuidar este elemento político se ha convertido en una importante línea divisoria en la jurisprudencia moderna. Por supuesto, siempre ha existido la oposición entre los defensores del positivismo jurídico y los defensores del derecho natural. Estos últimos están comprometidos dogmáticamente con la idea de que el derecho, en su esencia, está orientado al bien humano, de modo que no se trata de ninguna separación de las disciplinas. La disputa sobre esa posición del derecho natural es perfectamente conocida. Equivale a un debate sobre la tesis positivista de la separabilidad: "que no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproduzcan o satisfagan ciertas exigencias de la moralidad". 45

Lo notable del debate actual, sin embargo, es que ahora también es un debate *dentro* del positivismo. Varios positivistas jurídicos se han convencido de que las principales afirmaciones de su tradición –incluida la propia tesis de la separabilidad– sólo pueden comprenderse y esclarecerse sobre la base de ciertos compromisos normativos. En esto se inspiran en Hobbes y Bentham, positivistas que dieron gran importancia en su filosofía jurídica a los males que cabía esperar que afligieran a las sociedades cuyos miembros fueran incapaces de desenredar sus juicios sobre lo que exigía o permitía la ley de su sociedad de sus juicios individuales sobre la justicia y la moralidad.

Teóricos como Gerald J. Postema,46 y otros que adoptan este punto de vista,47 ya no están dispuestos a suscribir el orden de prioridades establecido por HLA Hart:

Mi explicación es *descriptiva* en el sentido de que es moralmente neutral y no tiene fines justificativos: no busca justificar ni recomendar por razones morales o de otro tipo las formas y estructuras que aparecen en mi explicación general del derecho, aunque una comprensión clara de éstas es, creo, un paso preliminar importante para cualquier crítica moral útil del derecho.48

Por el contrario, están de acuerdo con algunos de los críticos del positivismo (como Ronald Dworkin) en que lo que uno aporta a la crítica moral del derecho es un concepto de derecho ya impregnado de comprensión normativa.49

Los positivistas que se oponen a esta visión "normativa" lo hacen por varios motivos. En primer lugar, niegan que el hecho de que la extensión de un concepto sea incierta o controvertida signifique que se deban importar consideraciones normativas de la filosofía política para **(p. 370)** resolver la cuestión.50 En segundo lugar, niegan la equivalencia de una investigación sobre la esencia del derecho con una investigación sobre lo que es interesante e importante acerca del derecho. O si hay alguna equivalencia aquí, dicen que se da en un nivel tan amplio de generalidad —por ejemplo, lo que es interesante acerca del derecho es que "proporciona orientación"— que deja todo en la filosofía política como estaba antes. Una analogía puede ayudar a iluminar esta línea de argumentación. En "La política como vocación", Max Weber sostuvo que el Estado no puede definirse en términos de sus fines. No hay casi ninguna tarea que no haya asumido alguna asociación política, y no hay ninguna tarea que se pueda decir que siempre haya sido exclusiva y peculiar de aquellas asociaciones que se designan como políticas: el Estado actual o, históricamente, las asociaciones que han sido las predecesoras del Estado moderno. En última instancia, sólo se puede definir sociológicamente al Estado moderno en términos de los *medios específicos* que le son propios. ... 51

Weber prosiguió dando su famosa definición del Estado como «una comunidad humana que (con éxito) reclama el monopolio del uso legítimo de la fuerza física dentro de un territorio determinado». 52 Weber piensa que este tipo de definición es más esclarecedora que una teleológica, porque deja abierta la cuestión, con respecto a cualquier función postulada, *F* : «¿Debe el Estado asumir *F* ?». Porque incluso si la búsqueda de *F* ayuda a explicar por qué las personas crean organizaciones con esta forma y con este tipo de medios a su disposición, de ello no se sigue que tales organizaciones estén ligadas a *F* o restringidas a *F.* De manera similar, se podría argumentar, en el caso del derecho: incluso si el derecho positivo moderno se

configura como lo hace por el tipo de razones que Hobbes pensó que eran importantes o el tipo de razones que Bentham pensó que eran importantes, Página 10 de 22

Filosofía jurídica y política

Sin embargo, podría apartarse de estos objetivos y seguir siendo considerada como derecho. Por esta razón, es importante -creen estos positivistas- mantener cierta distancia lógica entre la jurisprudencia analítica y la filosofía política o al menos aquella parte de la filosofía política que pregunta qué objetivos vale la pena perseguir por medio del derecho.

No es de sorprender que muchas de estas cuestiones se manifiesten en forma de controversia sobre la naturaleza de los conceptos (y el análisis conceptual) en la jurisprudencia. Todo el mundo está de acuerdo en que la tarea del filósofo del derecho (al menos en la jurisprudencia general) es hacer avanzar nuestra comprensión del *derecho, el sistema jurídico, la constitución, la validez, la adjudicación, la interpretación jurídica y la interpretación de los conceptos. obligación* , etc., como conceptos. Mucha gente infiere de esto que no es tarea del filósofo del derecho determinar qué debe ser la ley o qué valores o ideologías deben estar plasmados en la constitución o el código legal de un país.

Si ésa *es* la tarea de un filósofo, dicen, es la tarea del filósofo moral o del filósofo político; la tarea de la jurisprudencia general es velar por que tengamos una comprensión clara de los conceptos jurídicos, que luego puedan aplicarse a la tarea normativa o evaluativa (completamente separada). Por este motivo, existe *una* clara división del trabajo entre las disciplinas.

(p. 371) ¿Puede sostenerse esta línea clara? Todo depende de cuáles sean los conceptos en cuestión: *derecho, sistema* , etcétera—resultan ser como. Supongamos que *la ley* es un concepto como *hospital* , en lugar de un concepto como *estado* (en el sentido de Weber). Uno de los significados dados para 'hospital' en el *Oxford English Dictionary* es '[a]ny institution or establishment for the care of the sick or injured, or of those who require medical treatment'.53 En

base a esta explicación del significado, nadie entiende el término 'hospital' a menos que entienda *para qué sirven los hospitales* . Describir el establecimiento de uno como un hospital es ofrecer la promesa de curación y cuidado.54 De manera similar, algunos han argumentado que el concepto *de ley* ofrece una promesa de justicia o atención al bien común. Esto no se limita necesariamente a la tradición de la ley natural.5

5 Philip Selznick, un eminente sociólogo del derecho, ha insistido en que, aunque el derecho no es necesariamente justo, "sí promete justicia", y cometemos un grave error en teoría jurídica, dice Selznick, si no somos capaces de notar o explicar esa promesa.56

Las implicaciones de esta línea de argumentación (que llamaré la tesis del "hospital") para la relación entre la filosofía jurídica y la política son bastante complicadas. En un extremo, se podría argumentar que la tesis del hospital rompe la barrera entre el análisis conceptual en la jurisprudencia y una parte sustancial del argumento normativo en la filosofía política. Si aceptamos la versión más fuerte de una conexión conceptual entre el derecho y la justicia, podríamos concluir (con san Agustín) que "una ley que fuera injusta no parecería ser derecho".57 Y si se acepta eso, entonces una propuesta política para cambiar una disposición justa en una disposición injusta equivaldría a una propuesta para pasar del no-derecho al derecho.58 La teoría de la justicia, entonces, sería una preocupación sustancial de la jurisprudencia, y habría, por lo tanto, una gran superposición entre las disciplinas. Incluso si sólo aceptáramos la versión menos ambiciosa de Selznick, todavía tendríamos que poner a prueba las aspiraciones de un sistema frente a una explicación de la justicia para establecer si el sistema debe ser considerado derecho. Es decir, tendríamos que analizar a qué aspira el sistema (por ejemplo, la eficiencia económica) y preguntarnos si eso podría considerarse plausiblemente como una aspiración a la justicia.

(p. 372) En el otro extremo, la tesis del hospital podría ser persuasiva en una forma que conecte el derecho con valores (como la justicia formal o la coherencia jurídica o el debido proceso) que no se estudian en ninguna otra

disciplina o que siempre se han estudiado principalmente en la jurisprudencia, en lugar de valores como la justicia o el bien común. Estas conexiones intrajurídicas pueden tener pocas o ninguna implicación para el cambio jurídico normativo o la política jurídica, o si las tienen, pueden complementar en lugar de duplicar cualquier trabajo normativo que se esté realizando en la filosofía política.

Entre estos extremos, existe la posibilidad de que un análisis de los conceptos de derecho revele una conexión con valores que son en *primera* instancia internos a la jurisprudencia en la forma que acabamos de describir, pero que también tienen un significado que va más allá de eso. La tesis de Lon Fuler sobre la "moralidad interna del derecho" parece estar en esta categoría intermedia. Fuler sostiene que el análisis del *derecho* revela conexiones con valores o principios como la generalidad, la prospectividad, la transparencia y la previsibilidad.59 Estos son en sí mismos valores estrictamente legalistas -parte de la moralidad *interna del derecho*- , pero también encarnan el respeto por ciertos valores que no están confinados de esa manera: Toda desviación de los principios de la moralidad interna del derecho es una afrenta a la dignidad del hombre como agente responsable. Juzgar sus acciones por leyes no publicadas o retrospectivas, u ordenarle que haga un acto que es imposible, es transmitirle nuestra indiferencia hacia sus poderes de autodeterminación.60

En opinión de Fuler, el respeto por estos valores está asociado con la renuencia a infligir ciertos tipos de crueldades e inhumanidades; no es casualidad que la tiranía entusiasta y asesina del partido nazi en Alemania estuviera acompañada por un catastrófico declive en la observancia de estas demandas internas de legalidad. 6

1 Corazón de HLA

admite la conexión entre los principios de Fuler y el concepto de derecho, pero desestima el significado moral de la conexión sobre la base de que el respeto por estos

valores legales no proporciona garantía de respeto por valores no legales como la justicia y la humanidad: la moralidad interna del derecho de Fuler, dice, "es desafortunadamente compatible con una iniquidad muy grande".62

Algo así como esta posición intermedia —conectar la ley con los valores jurídicos, que luego se revelan también como poseedores de un significado no jurídico— también puede desarrollarse desde la dirección opuesta, desde el lado de la filosofía política.

El "estado de derecho" se considera a veces como el nombre de un ideal *político importante, que por supuesto menciona el derecho y lo considera importante, pero que no suele elaborarse como una cuestión de análisis jurisprudencial. Sin embargo, un análisis del ideal del estado de derecho debe inevitablemente extenderse desde la filosofía política a la jurisprudencia. El análisis de este ideal* **(p. 373)** implica tres cosas: (i) selecciona un conjunto complejo (y a veces controvertido) de ideas conectadas sobre la gobernanza, como la sujeción del estado a restricciones legales, la idea de igualdad legal ("una ley para todos"), los requisitos procesales del debido proceso y la importancia del gobierno sobre la base de reglas públicas y relativamente estables establecidas de antemano; (i) explica la importancia de esas ideas, por ejemplo, en términos de la conexión entre publicidad y previsibilidad, por un lado, y autonomía, por el otro; y (ii) las asocia, entendidas desde esta perspectiva, con la caracterización del sistema de gobernanza en cuestión como un sistema de derecho. 63 Los pasos (i) y (ii) pueden limitarse a la filosofía política, pero si el paso (ii) no encuentra resonancia en la jurisprudencia, el carácter distintivo del ideal del Estado de derecho se vería seriamente socavado.64 Esto no significa necesariamente que el análisis jurisprudencial del derecho deba realizarse teniendo en mente el ideal del Estado de derecho (aunque, como he sostenido en otras ocasiones, esa no es una metodología inverosímil).6

5 Pero sí indica la

importancia de cierto intercambio entre la estrategia analítica en una disciplina y la estrategia analítica en la otra.

Una conexión más obvia entre las dos disciplinas se refiere al problema de la obligación política. Una de las tareas centrales de la filosofía política es determinar la naturaleza, la base y los límites de la obligación de una persona (si la hay) de obedecer las leyes que se le aplican. La mayoría de los juristas de la tradición positivista se han esforzado en insistir en que existe un abismo de separación entre el análisis de este problema en la filosofía política y el análisis del derecho en la jurisprudencia. Han rechazado la afirmación de Lon Fuler, por ejemplo, de que necesitamos "una definición de la ley que haga significativa la obligación de fidelidad a la ley" y que el análisis jurisprudencial debe mostrar la ley "como algo que merece lealtad... no puede ser un simple decreto de poder o un patrón repetitivo discernible en el comportamiento de los funcionarios estatales".66 Se podría pensar que este rechazo se desprende directamente de la tesis de separabilidad del positivista, "que no es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproduzcan o satisfagan ciertas demandas de moralidad".67 Pero, de hecho, la tesis de separabilidad puede entenderse como una tesis sobre el contenido moral de las leyes consideradas una por una, dejando abierta la posibilidad de que la ley como forma debe entenderse de una manera que explique la afirmación que característicamente hace de nuestra lealtad.

O la conexión puede ser más sutil. Ronald Dworkin ha sostenido que ciertas características endémicas del derecho, como su preocupación por *el stare decisis* y otras formas de coherencia de principios (lo que él llama "integridad"), son ininteligibles sin una consideración de las condiciones bajo las cuales las leyes podrían hacer una demanda moral plausible de nuestra obediencia **(p. 374)** . Dworkin piensa que un filósofo del derecho indiferente a esta última cuestión (es decir, indiferente a las respuestas que el filósofo político proponga) no sabría explicar el cuidado y la persistencia con que los abogados y los jueces buscan la continuidad entre la decisión actual y los estándares y decisiones con los que la comunidad ya se ha comprometido. Su argumento en este sentido es bastante

complejo: consiste en establecer una conexión entre un enfoque de la obligación política que a veces se denomina "principio de juego limpio"68 y la idea de comunidad, por un lado, y una conexión entre la idea de comunidad y un respeto jurídico por la coherencia, por el otro.69 Si las dos conexiones se dan exactamente en la forma que Dworkin afirma, y si los dos sentidos de comunidad coinciden de la manera apropiada, es por supuesto una cuestión para debatir.70 Pero la metodología subyacente de Dworkin es inflexible. Insiste en que no es posible hacer un trabajo serio en jurisprudencia -ni siquiera un trabajo analítico serio- a menos que uno esté dispuesto a cruzar de esta manera hacia el terreno de la filosofía política, donde discutimos sobre por qué el derecho importa. Sin esa dimensión evaluativa, sostiene Dworkin, nuestro análisis se vuelve puramente "semántico", y corre el riesgo de dejarnos en una situación en la que el filósofo del derecho no tiene otra opción que decir que quienes promueven concepciones rivales del derecho simplemente están hablando sin entenderse.71

6 Metodología analítica

Las cuestiones sobre la relación entre la filosofía jurídica y la filosofía política, esbozadas en las secciones 4 y 5, permanecen en la página 12 de 22.

Filosofía jurídica y política

El tema es abierto y los argumentos que he esbozado y las posiciones (tal como son) que he adoptado en este capítulo siguen siendo muy controvertidos entre los filósofos del derecho. ¿Qué sucede con la metodología? ¿Puede decirse algo más concluyente sobre las similitudes y diferencias entre las metodologías utilizadas en estas dos ramas conectadas de la filosofía?

La respuesta se complica por el hecho de que ninguna de las disciplinas que estamos considerando es completamente autónoma.

La filosofía jurídica se presenta como una isla asediada **(p. 375)** de rigor metodológico en un océano caótico al que habitualmente se denomina "teoría jurídica". Los

practicantes de la filosofía jurídica a menudo se comportan como los habitantes de una pequeña isla o atolón del Pacífico amenazado por algo como el calentamiento global: las aguas del pensamiento descuidado suben a su alrededor y deben apiñarse cada vez más en el minúsculo trozo de terreno elevado que ocupan actualmente. Saben que sus métodos de análisis conceptual y argumentación rigurosa son alegremente ignorados en otras partes de la teoría jurídica. Los "teóricos" no filosóficos utilizan una jerga llamativa, cuentan historias o "narraciones", evocan imágenes y hacen una exhibición pública de sus compromisos y sus lealtades; se citan unos a otros como autoridades, o para ganar favores, o para avanzar en las carreras de los demás; y no parecen estar agobiados en nada de esto por escrúpulos sobre la verdad o la validez. Cuando presentan alguna posición que sostienen, no necesariamente argumentan; más bien se basan en la vergüenza que pueden infligir a un oponente a partir de una variedad de fuentes dispares (personales, políticas, sexuales, sólo ocasionalmente lógicas) en lugar de basarse en la fuerza inherente de las razones que los han persuadido o en la coherencia de las conexiones entre ellas. Se mueven descuidadamente de un lado a otro entre conexiones causales, doctrinales, lógicas y psicológicas, y rara vez se detienen a notar la importancia del cambio para el tipo de caso que están presentando. Y a pesar de todo esto, o debido a ello, tienen un éxito tremendo. Esa es la imagen de la teoría jurídica que tienen la mayoría de los filósofos del derecho. No carece de méritos. Pero está impregnada de resentimiento, y creo que este resentimiento (junto con las aprensiones sobre "lo político" discutidas al final de la Sección 4, arriba) explica mucho sobre la visión del filósofo del derecho sobre la relación entre las dos disciplinas.

En términos más afirmativos, los filósofos del derecho se enorgullecen de utilizar los métodos analíticos desarrollados en otras áreas de la filosofía, en particular la filosofía moral y la filosofía del lenguaje. De hecho, a menudo se realizan esfuerzos para importar no sólo metodologías, sino temas enteros, a la filosofía del derecho, de modo que las cuestiones de la jurisprudencia puedan ser reformuladas de una manera que no sólo sea respetable, sino sustancialmente reconocible según los estándares de

los filósofos que trabajan fuera de la academia jurídica. Así, por ejemplo, las preguntas sobre las normas que deberían regir el razonamiento judicial se reformulan como preguntas sobre la objetividad,72 las preguntas sobre la naturaleza de la validez jurídica se presentan como si fueran análogas a (o como si en realidad fueran *)* preguntas sobre las condiciones de verdad de una proposición,73 y las preguntas sobre la sobreinclusión o subinclusión de las reglas se reformulan como preguntas sobre la vaguedad o tal vez como preguntas sobre el seguimiento de las reglas de Wittgenstein.74

(p. 376) Cabe destacar, en todo esto, que aunque los filósofos del derecho modelan sus métodos sobre los utilizados en otros campos de la filosofía, la filosofía *política* no es habitualmente el modelo que buscan. Esto se debe en parte a que la filosofía política se considera una especie de hijastro en la familia filosófica; no es realmente filosofía en absoluto, sino más bien una teoría política. En el mejor de los casos, la filosofía política se trata como "filosofía moral aplicada", y muchos que trabajan en el campo de la jurisprudencia parecen inclinados a tratar de prescindir del intermediario para tratar directamente con la filosofía moral.

Metodológicamente, esto es quizás un error. Cuando se plantea una cuestión de valor controvertida en filosofía moral —una cuestión sobre la naturaleza del daño o el bienestar, por ejemplo— quienes la abordan tienden a proceder como si hubiera una respuesta correcta a la pregunta. Por supuesto, no están de acuerdo sobre cuál es la respuesta correcta; de lo contrario, no habría una disputa filosófica. Pero la noción de una respuesta correcta sigue cumpliendo una función importante. Opera en el argumento como la noción de algo no necesariamente idéntico a la opinión de nadie sobre el asunto, que proporciona una base objetiva para determinar la verdad o aceptabilidad de cualquier opinión dada sobre el asunto. Y también puede funcionar como un marcador algebraico, a medida que pasamos de un tema a otro, rastreando el papel que la respuesta correcta a una pregunta podría desempeñar al restringir o determinar la respuesta correcta a otra. Puedo aceptar la siguiente proposición **(1)** La respuesta correcta a la pregunta *Q*

1 es una función de la respuesta correcta, *x* , a la pregunta Q2

Aunque no sé cuál es el valor de *x* , es decir, incluso si tengo una opinión firme sobre *la pregunta* 2, no cometeré el error infantil de confundir (1) con

(2) La respuesta correcta a *la pregunta*

1 es una función de la respuesta que doy a *la pregunta* 2 (es decir, lo que creo que es el valor de *x*)

o incluso, más modestamente, con

(3) La respuesta correcta a *la pregunta*

1 es una función de la respuesta que alguien da a *la pregunta* 2 (es decir, lo que alguien, *y* , piensa que es el valor de *x*).

Todo filósofo moral que se precie sabe que existe una diferencia entre la primera de estas proposiciones y las otras dos. No captar la diferencia o insistir en que (3), por ejemplo, es más importante que (1), es dar la impresión de no tomar en serio la objetividad, y ningún filósofo quiere que lo pillen haciendo eso.

Sin embargo, en política y -creo firmemente- también en derecho, las proposiciones del tipo (3) son casi siempre más importantes que las proposiciones del tipo (1). La política tiene plazos en los que se deben responder las preguntas y se deben llevar a cabo las acciones correspondientes. Todos podemos estar de acuerdo en que se le debe negar a O.J. Simpson la custodia de sus hijos si, *de hecho,* asesinó a su madre (y no en otro caso), y podemos estar de acuerdo en que se trata de una cuestión objetiva. Pero en el mundo real de los tribunales, los juicios y los plazos, resolver la custodia de sus hijos tiene que ser una respuesta a la *determinación de otra persona (y* de y)

de que él asesinó (o no) **(p. 377)** a la madre de los niños. Sin duda, hay una cuestión importante sobre quién (o qué institución) debería ser esa persona. Pero sería fatuo insistir -en el espíritu de (1), más arriba- en que no es la determinación de nadie la que debería contar, sino el hecho objetivo del asunto. Los estudiantes de segundo año de filosofía a menudo molestan a sus profesores preguntándoles: «Bueno, *¿quién decide* cuál es la respuesta correcta a *la pregunta* 2?» cuando su profesor dice algo como (1). Pero en filosofía política, eso no es necesariamente una molestia. A menudo es más o menos el meollo del asunto. En las cuestiones controvertidas de la política, la verdad objetiva nunca se manifiesta *in propria persona* ; se presenta siempre como la opinión de alguien, normalmente la opinión controvertida de alguien; y no se la puede hacer políticamente efectiva, ni la condición para ninguna acción política a menos que la determinación de alguien se tome para fines prácticos como la verdad del asunto. No se sigue de ello que la frase «objetivamente cierto» carezca de sentido ni que ni siquiera tenga utilidad en política. Pero quienes lo discuten (habiéndose acostumbrado a su importancia en la filosofía moral) necesitan recordar que la existencia de una respuesta objetivamente correcta a una pregunta dada es hasta ahora sólo una cuestión de ontología: *nada en el camino de una decisión social, política o legal se resuelve* cuando insistimos en que alguna cuestión sea gobernada por la respuesta correcta a alguna pregunta.75

Por esta razón, la filosofía política se interesa intensamente por los procedimientos de decisión (procedimientos como la regla de la mayoría), *incluso en cuestiones que pueden concebirse como objetivas.76* Este interés es anatema desde el punto de vista del filósofo moral, que está (con razón) interesado en la verdad sobre el valor, no sólo en la popularidad de las proposiciones sobre el valor. Pero el derecho tiene que alinearse con la política en este sentido, y los juristas cuya orientación metodológica se centra enteramente en la filosofía moral pueden verse seducidos hacia todo tipo de posiciones problemáticas, si no tienen esto en cuenta.77

7 Derecho, teoría e historia

La filosofía política se funde con la filosofía moral por un lado, y por el otro se asocia con algo ligeramente diferente llamado teoría política.78 ¿Dónde se sitúa **(p. 378)** la filosofía jurídica en relación con la teoría política? Al trabajar en ambas disciplinas, encuentro que los profesionales a menudo son sorprendentemente ignorantes del trabajo de los demás.

Permítame volver por un momento a la controversia que analizamos en las secciones 4 y 5 sobre el concepto de derecho y la naturaleza del análisis conceptual en la jurisprudencia. Para un estudiante de política, los debates de este tipo son muy familiares.

Los politólogos y los teóricos políticos han dedicado una considerable cantidad de energía en los últimos cuarenta o cincuenta años a discutir sobre la posibilidad de un análisis "neutral" o "libre de valores" de los conceptos principales utilizados en el estudio de la política, conceptos como *poder, clase, partido, burocracia, grupo de interés* y *participación* . Por ejemplo, algunos teóricos políticos dicen que el concepto de *poder* no puede recibir un análisis neutral, sino que debe asociarse con el sentido de reproche que suele transmitirse cuando decimos que los poderosos prevalecen en alguna situación política. Nuestros conceptos reflejan nuestros intereses y nuestros valores, dicen, y en la medida en que favorecemos la igualdad y nos oponemos a la coerción, "la atribución de poder a un segmento de la sociedad funciona más como una acusación que como una descripción normativamente neutral del proceso político".79 En contra de esto, otros teóricos políticos han insistido en que la variedad de puntos de vista normativos significa que no podemos alinear un concepto como el poder con ninguna norma o valor en particular:

Quienes "comparten" el concepto de poder no necesariamente comparten los mismos "compromisos" con respecto a situaciones de poder específicas. Alguien que atribuye poder a una persona o grupo determinado P puede "acusar" a P de una mala acción; y alguien más puede sostener que es el derecho moral de P. ... Puede haber, y a menudo hay,

Las diferencias en la perspectiva moral por sí solas justificarían nuestro intento de construir un lenguaje de investigación política que pudiera ser utilizado por todos los politólogos independientemente de sus opiniones éticas o ideológicas.80

Obsérvese que el autor del pasaje que acabamos de citar —Felix Oppenheim— no afirma que un análisis neutral dé una buena explicación del uso corriente. Bien puede ser cierto que el uso corriente de términos como «poder» *esté* muy cargado de valores. Más bien, Oppenheim defiende la empresa de *construir* un lenguaje neutral de la política, que intente (en la medida de lo posible) precipitar a partir del caos del uso corriente un significado descriptivo para cada uno de esos términos que pueda entonces proporcionar una base para la formulación clara tanto de hipótesis empíricas como de principios normativos en la ciencia política.

Los oponentes del análisis neutral han presentado una serie de argumentos en contra de esta sugerencia. Presentan un argumento hermenéutico: dado que la ciencia política es una cuestión de comprensión de los agentes humanos y las interacciones en el contexto de la creencia, el propósito, el valor y la intención, no puede utilizar una terminología que esté tan divorciada del uso ordinario de los agentes políticos como aspira a ser el enfoque reconstructivo de Oppenheim. El enfoque neutral busca un lenguaje científico en el que el contenido descriptivo se precipite a partir de su uso evaluativo. Pero, como dice Richard Bernstein, para escribir literatura de ciencias sociales de manera antiséptica en un lenguaje de "descripción pura", probablemente **(p. 379)** terminaríamos con "un vocabulario artificial y emasculado que tiene poca o ninguna relación con las formas en que usamos la terminología".

...hablar de la acción humana'.8

1 (Desde este punto de vista, la respuesta de Oppenheim de que nadie reprocha a los físicos atómicos que escriban y hablen en términos que *sus* sujetos no entienden, irónicamente, refuerza el argumento de su tesis).

—es decir, el oponente de Oppenheim.) 82

Los opositores a la neutralidad conceptual en la ciencia política también se han esforzado en insistir en que no se trata de asociar un concepto como el poder con una determinada *visión moral o ideológica* , sino de que cuando se utilizan conceptos como estos hay ciertos valores muy generales en el trasfondo. Los seres humanos están interesados en quién tiene poder y quién no porque tienen un interés afirmativo en su propia capacidad de acción y tal vez en la de los demás.

(De manera similar, podríamos decir en jurisprudencia que nuestro interés en el derecho está informado por algunos intereses humanos muy amplios en la paz y la previsibilidad, más que por alguna teoría particular de la justicia o el bien social.) En segundo lugar, los no neutralistas dudan de que el análisis neutralista pueda llevarse a cabo con éxito sin empobrecer nuestra comprensión de lo que sucede en el lenguaje de la política. Niegan que sea necesariamente un avance en claridad o comprensión prescindir de las controversias normativas e ideológicas que rodean el uso de términos políticos. Los neutralistas como Oppenheim creen que deberíamos representar tales controversias como una cuestión de diferentes actitudes ante un contenido común. Pero muchos normativistas creen que esto descuida el importante fenómeno de la "disputabilidad esencial". Un término esencialmente discutible es aquel cuyo uso apropiado implica un debate normativo interminable sobre su uso apropiado.83 Tales términos median y relacionan controversias ideológicas, lingüísticas y metacientíficas entre sí. Al intentar hacerlos redundantes en esa capacidad, el neutralista suprime importantes dimensiones reflexivas del lenguaje de la política.

Incluso en el caso de un término evaluativo que no es esencialmente controvertido, puede resultar imposible entender por qué un determinado conjunto de atributos empíricos se agrupan en un concepto de la forma en que lo hacen, sin reflexionar sobre los intereses y valores humanos que informan el uso de ese concepto. Para el ojo rigurosamente descriptivo, el concepto puede parecer extraño y sin forma hasta que captamos, en cierto sentido, su sentido.84 Y si insistimos **(p. 380)** en utilizar sólo conceptos que satisfagan algún criterio científico o lógico

de "bien formados", *al margen* de cualquier consideración de los valores que podrían haberlos moldeado, entonces, una vez más, terminaremos empobreciendo nuestro vocabulario político y nuestra cultura política, ya que la empresa neutralista retroalimenta el lenguaje ordinario de la política y hace más difícil que la gente exprese o se familiarice con evaluaciones complejas e integradas.

Es evidente que todas estas consideraciones y argumentos pueden aplicarse al debate jurisprudencial sobre el análisis del concepto de derecho y sistema jurídico, que analizamos en las secciones 4 y 5. (Pueden aplicarse no necesariamente para determinar ningún resultado en particular, pero al menos para agregar algo de luz). Sabemos que los conceptos en juego en el debate jurisprudencial tienen muchas de las características sobre las que los teóricos políticos han tenido que pensar mucho en el debate de la teoría política. Pero el primero se ha llevado a cabo de una manera que está extrañamente aislada del segundo. Esto es quizás menos así en el lado no neutralista de la jurisprudencia: Ronald Dworkin, por ejemplo, ha estado dispuesto a considerar ideas teóricas sobre la contestabilidad esencial al desarrollar su posición de que la interpretación de los conceptos jurídicos necesariamente involucra cuestiones de valor;8

5 y Stephen Perry ha invocado argumentos de la filosofía de las ciencias sociales para reforzar su afirmación de que la jurisprudencia incluye necesariamente un componente funcionalista, y que este 86

significa que no puede ser puramente descriptivo.86 Sus oponentes neutralistas, por el contrario, ignoran resueltamente estos recursos, convencidos como siempre de que mostrar cualquier interés en el debate de la teoría política ya sería delatar el juego.

La última diferencia que vale la pena mencionar entre los métodos utilizados en la filosofía jurídica y los utilizados en la filosofía política (al menos en el extremo "teórico" de la

filosofía política) se refiere a la actitud que se adopta ante la historia del tema. La teoría política se estudia típicamente mediante la lectura de un "canon" de grandes libros, que van desde los textos seminales de la ciencia política antigua (*La República de Platón, La Política* de Aristóteles), pasando por los clásicos del período moderno temprano (*El Príncipe de Maquiavelo I, Leviatán* de Hobbes , *Segundo tratado* de Locke), hasta las obras de la Ilustración europea y más allá (*El contrato social de Rousseau, Los papeles federalistas , Rechtslehre* de Kant y *La filosofía del derecho* de Hegel). Uno hace teoría política interpretando, lidiando con y construyendo sobre las ideas desarrolladas en estas obras. Por supuesto, también hay formas conceptuales y problemáticas de abordar la disciplina.

a través del análisis del *poder* , como hemos visto, y otros conceptos como *libertad* y *democracia* , o a través de la **(p. 381)** búsqueda de ciertos problemas familiares como la base de la obligación de obedecer la ley. Pero incluso allí, la discusión tiende a tener un tono canónico, respondiendo a posiciones familiares que pueden atribuirse a pensadores como Platón, Locke o Rousseau. En la filosofía jurídica, por el contrario, particularmente como se practica en el Reino Unido y Estados Unidos, hay menos sensación de un canon de grandes libros que se remontan al amanecer de los tiempos. Si hay una obra canónica es el libro de HLA Hart, *El concepto de derecho* , que los juristas analíticos leen una y otra vez (y luego se pelean entre ellos sobre lo que significa y qué posición ahora es la más cercana a lo que se considera que es la de Hart). 87 Dado que Hart desarrolló su teoría criticando la jurisprudencia del siglo XIX de John Austin, también hay una discusión poco entusiasta de la obra de Austin. Más allá de eso, sin embargo, el "canon" de la filosofía jurídica está atenuado o es inexistente. Sabemos algo acerca de Bentham como precursor de Austin, y todos tenemos un par de pasajes bajo la manga que podemos citar de Tomás de Aquino o Agustín cuando queremos plantear el espectro del derecho natural. Pero sólo recientemente se ha estudiado a estos teóricos en detalle desde un punto de vista jurídico. 88 Por lo demás, la frontera artificial entre la teoría política y la filosofía jurídica que he estado deplorando en este capítulo ha significado que la jurisprudencia de teóricos como Platón,

Cicerón, Maquiavelo I, Hobbes, Locke, Hume, Kant, Hegel y Savigny, sea en gran medida descuidada.

He oído decir que esto es bueno: significa que podemos estudiar los problemas de la filosofía del derecho directamente, sin distraernos con un interés puramente anticuario en la historia de las ideas. Pero, en consecuencia, estas discusiones analíticas tienden a ser monótonas y repetitivas, y giran en círculos cada vez más pequeños entre un grupo cada vez más reducido de acólitos.

Peor aún, corren el riesgo de volverse provincianas y poco interesantes desde un punto de vista filosófico, a medida que nos distanciamos de los recursos intelectuales que nos permitirían captar concepciones del derecho y controversias sobre el derecho distintas de nuestras propias concepciones y controversias, y del derecho mismo como algo con una historia que trasciende nuestros problemas y ansiedades particulares. Los estudiantes de política han reconocido desde hace mucho tiempo que lo que entienden como política aquí y ahora necesita ser aderezado con un sentido saludable de cómo otros han pensado sobre el asunto.89 Tal vez ya sea hora —creo que ya es hora— de que la jurisprudencia analítica haga lo mismo.

Notas:

(1) Nótese que la analogía que se plantea aquí es diferente y más directa que la analogía filosófica más común entre la biología y la física. En el caso de la biología y la física, surgen cuestiones interesantes de superveniencia y reducibilidad debido a la diferencia de nivel ontológico entre las entidades estudiadas en las respectivas ciencias. En el caso del derecho y la política (y, análogamente, en el caso de la historia naval y militar), las entidades estudiadas son del mismo nivel y categoría: en cada caso, personas y sus interacciones, instituciones e ideas. La relación es de parte a todo, en lugar de micro a macro.

(2) Véase, por ejemplo, Henry M. Hart, Jr. y Albert M. Sachs, *El proceso legal: problemas básicos en su formación*

y Aplicación de la ley , ed. William N. Eskridge, Jr. y Philip P. Frickey (Westbury, NY: Foundation Press, 1994), 138–

43. Véase también Kathleen Sul ivan, 'The Supreme Court, 1991 Term—Foreword: The Justices of Rules and Standards', *Harvard Law Review* , 106 (1992), 24; Antonin Scalia, 'The Rule of Law as a Law of Rules', *Universidad de Chicago. Law Review* , 56 (1989), 1175; y Duncan Kennedy, 'Forma y sustancia en la adjudicación de derecho privado', *Harvard Law Review* , 89 (1976), 1685. Nótese que la distinción entre reglas y estándares es diferente de la distinción entre reglas y principios resaltada en los primeros trabajos de Ronald Dworkin: véase Ronald Dworkin, *Taking Rights* Página 16 de 22

Filosofía jurídica y política

En serio (1977), 22–8 y 71–80.

(3) por ejemplo, la prohibición constitucional de los proyectos de ley de proscripción (Constitución de los EE. UU., Art. I, 9(3)) puede interpretarse como una prohibición únicamente de aquellos actos del Congreso que satisfacen una determinada definición técnica, o puede interpretarse como una prohibición de cualquier acto que sea objetable por el tipo de motivos por los que un acto de proscripción es objetable.

(4) Véase Frederick Schauer, 'Rules and the Rule of Law', *Harvard Journal of Law and Public Policy* , 14 (1991), 645, pág. 679 y siguientes, y también Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (Oxford: Clarendon Press, 1991), cap. 7.

(5) Así, por ejemplo, los debates sobre la llamada "lectura moral" de ciertas disposiciones constitucionales de Ronald Dworkin pueden, en algunos casos, no resolverse apelando únicamente al texto. (¿La Primera Enmienda protege únicamente cosas que los redactores de la Constitución habrían reconocido como religiones, interpretando "religión" como un término descriptivo, o protege cosas que pueden juzgarse importantes por su analogía con las religiones, en cuyo caso la cláusula de libre ejercicio nos instruye a hacer un juicio de importancia?) Cuestiones

como estas deben resolverse apelando al texto *más* una consideración de las implicaciones de competencia y legitimidad de leer un texto como un estándar en lugar de una regla. (Para "la lectura moral", véase Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution [La ley de la libertad: la lectura moral de la Constitución estadounidense*], Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996, 7 y siguientes.

(6) Esto puede no ser cierto en el caso de todos los argumentos interpretativos. Algunos teóricos argumentan en este caso a favor de la "intención original" simplemente apelando al carácter de la elaboración de leyes como un acto intencional, sin hacer referencia a ninguna consideración política sobre la competencia o legitimidad institucional. Véase, por ejemplo, Stanley Fish, "Play of Surfaces: Theory and Law", en *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice* , ed. Gregory Leyh (Berkeley: University of California Press, 1992), 298-9.

(7) Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), 255-6: 'Para cualquier juez surgen casos difíciles cuando su criterio de idoneidad no permite distinguir entre dos o más interpretaciones de algún estatuto o serie de casos. En ese caso, debe elegir entre interpretaciones válidas, preguntando cuál de ellas muestra la estructura de instituciones y decisiones de la comunidad (sus normas públicas en su conjunto) de una mejor manera desde el punto de vista de la moralidad política. Sus propias convicciones morales y políticas están ahora directamente en juego.'

(8) Joseph Raz, 'Autoridad, ley y moralidad', en su colección *Ética en el dominio público: ensayos sobre la moralidad. de Derecho y Política* (Oxford: Clarendon Press, 1994), 194, pág. 209: '[L]a identificación de gran parte del derecho depende, según el análisis de Dworkin, de consideraciones que son las mismas consideraciones que el derecho está ahí para resolver'.

(9) Para "la tesis de la justificación normal", véase ibid., p. 198, y también Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986), pp. 38-69.

(10) Raz, *Autoridad, ley y moralidad* , 203.

(11) ibíd. 199.

(12) Una analogía: en la mayoría de los países, lo que antes se llamaba Ministerio de Guerra ahora se llama Ministerio de *Defensa* . Si esta nomenclatura —análoga a las observaciones de Raz en el pasaje citado sobre la asociación lingüística de "ley" y "autoridad"— nos dice algo (incluso algo conceptual) sobre el papel de los militares es una pregunta abierta.

(13) Véase Jeremy Waldron, 'What Plato Would Allow', en *Nomos XXXVII: Theory and Practice* , ed. Ian Shapiro y Judith Wagner DeCew (Nueva York: New York University Press, 1995), 138-178.

(14) Para la distinción clásica entre filosofar sobre la moral personal y filosofar sobre valores políticos, véase Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres* , trad. Mary Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 45-54 y 181-4.

(15) John Rawls, *Una teoría de la justicia* (Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1971); Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía* (Oxford: Blackwel, 1974); Bruce Ackerman, *Justicia social en el Estado liberal* (New Haven: Yale University Press, 1980); Ronald Dworkin, *Virtud soberana: teoría y práctica de la igualdad* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000).

(16) Véanse, por ejemplo, los cuatro volúmenes de Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law* (Nueva York: Oxford University Press, 1984-1988).

(17) Véase Norman Daniels, 'Equilibrio reflexivo amplio y aceptación de la teoría en la ética', *Journal of Philosophy* , 76

(1979), 256.

(18) Pero nótese que algunos formalistas modernos niegan que el respeto por la forma inherente de, digamos, la doctrina de responsabilidad civil requiera o admita cualquier refuerzo de la forma de las concepciones normativas de justicia desarrolladas en la filosofía política: véase Ernest J. Weinrib, 'Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law', *Yale Law Journal* 97 (1988), 949.

(19) Véase Jules L. Coleman, *Riesgos y errores* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992), 197–385.

(20) Véase ibíd., 350 y sigs.

(21) Este contraste entre jurisprudencia general y especial (es decir, la filosofía del derecho como tal versus la filosofía de temas jurídicos particulares como la responsabilidad civil extracontractual) difiere de la distinción entre jurisprudencia general (o universal) y particular (o local) (es decir, la filosofía del derecho como tal versus la filosofía relevante para el derecho de jurisdicciones particulares como Inglaterra o los Estados Unidos).

(22) John Austin, *La provincia de la jurisprudencia determinada* , ed. Wilfrid E. Rumble (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 165.

(23) ibid. 166 (énfasis en el original).

(24) Véase ibíd., pp. 173-175.

(25) Véase AV Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Indianápolis: Liberty Classics, 1982), 26-30, donde Dicey distingue la soberanía legal de la soberanía política (que define, ibid. 27, como

'[e]se organismo... en un estado cuya voluntad es en última instancia obedecida por los ciudadanos del estado').

(26) Austin, *La provincia de la jurisprudencia* , 173.

(27) Y como dije también hace un momento, Austin reconoce la vaguedad del término “soberano” (ibid. 167):

«Para que la mayoría de sus miembros pueda rendir obediencia a un superior común, ¿cuántos de sus miembros, o qué proporción de sus miembros, deben rendir obediencia a un mismo superior? Y, suponiendo que la mayoría de sus miembros rinda obediencia a un superior común, ¿con qué frecuencia deben rendirla y durante cuánto tiempo deben rendirla para que esa obediencia sea habitual? Ahora bien, como estas preguntas no pueden responderse con precisión, la marca positiva de soberanía y sociedad política independiente es una prueba falible de casos específicos o particulares. No nos permitiría determinar si cada sociedad independiente es política o natural». Esto significa que incluso después de que el politólogo nos haya dado toda la información que puede sobre la conducta de obediencia, puede que todavía sea imposible decir (como sucede a menudo con predicados empíricos vagos) si una comunidad política dada tiene un soberano y, por lo tanto (según Austin) un sistema legal o no.

(28) Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law* (Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1989), 10–12 (cap. 1, secc. 4.c) y 208–14 (cap. 5, secc. 34.fg).

(29) ibíd., pág. 11.

(30) ibíd. 212–14 (énfasis en el original). Véase también Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* , trad. Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson (Oxford: Clarendon Press, 1992), 59–61.

(31) Joseph Raz, *El concepto de sistema jurídico: una introducción a la teoría del sistema jurídico* , 2.ª ed.

(Oxford: Clarendon Press, 1980), 93.

(32) Joseph Raz, *La autoridad de la ley: ensayos sobre derecho y moralidad* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 42.

(Sin embargo, la propia discusión de Raz en *Concept of a Legal System* , pp. 203-8, es muy sugerente.) (33) Raz, *Authority of Law* , pp. 44.

(34) Véase también el ensayo de Raz 'La naturaleza institucional del derecho', en ibid. 103 y siguientes.

(35) HLA Hart, *El concepto de derecho* , 2.ª ed., ed. Joseph Raz y Penelope Bullock (Oxford: Clarendon Press, 1994), 116–17.

(36) ibíd. 117. Véase también Jeremy Waldron, 'Al We Like Sheep', *Revista Canadiense de Derecho y Jurisprudencia* , 12

(1999), 169.

(37) Hart, *Concept of Law* , 116. Véase también la discusión en la 'Postscriptum', ibid., págs. 255-257, en respuesta a algunas críticas en Dworkin, *Law's Empire* , págs. 130-139.

(38) Hart, *Concepto de derecho* , 103–4.

(39) ibíd. 94–6.

(40) Véase, en general, Thomas Hobbes, *Leviathan* , ed. Richard Tuck (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), caps. 17-26.

(41) ibíd. 189.

(42) Hobbes continuó describiendo estos registros, sellos, etc. como los medios 'por los cuales todas las leyes son suficientemente verificadas, verificadas, digo, no autorizadas, porque la verificación no es más que el testimonio y el registro, no la autoridad de la ley' (ibid.). (Leo esto como una señal de la distinción entre reglas de cambio legal y reglas de reconocimiento.

43) Véase también Jeremy Waldron, *Law and Disagreement (* Oxford: Clarendon Press, 1999), 38-42.

(44) Adaptando una frase de Charles Taylor, "¿Qué hay de malo en la libertad negativa?" en *La idea de la libertad: ensayos En honor a Isaiah Berlin* , ed. Alan Ryan (Oxford: Oxford University Press, 1979), 179.

(45) Hart, *Concepto de derecho* , 185–6.

(46) Gerald A. Postema, *Bentham y la tradición del derecho consuetudinario* (Oxford: Clarendon Press, 1986), 328 y siguientes.

(47) Véase, por ejemplo, Neil MacCormick, 'A Moralistic Case for A-moralistic Law', *Valparaiso Law Review* , 20 (1985), 1; Tom Campbel , *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Brookfield, Vt.: Dartmouth, 1996); Stephen Perry, 'Interpretación y metodología en la teoría jurídica', en *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* , ed. Andrei Marmor (Oxford: Clarendon Press, 1997), 129-31; y Waldron, *Law and Disagreement* , 166-8.

(48) Hart, *Concepto de Derecho* , 240.

(49) Véase Dworkin, *Law's Empire* , 90.

(50) Véase Jules Coleman, 'Incorporacionismo, convencionalidad y la tesis de la diferencia práctica', *Legal Theory* , 4

(1998), 381, en 389.

(52) ibíd. 78.

(53) *Oxford English Dictionary* , 2.ª ed. (en línea): significado (3a) de 'hospital, *algn* '.

(54) Puede resultar que los procedimientos que se emplean en una institución determinada, con la que se promete tal cosa, sean perjudiciales para los pacientes. Ahora bien, si se sabe y se pretende que sean perjudiciales, eso desmiente la sinceridad de la descripción: suponemos que

el Dr. Mengele está siendo irónico cuando habla de su clínica en Auschwitz como un "hospital". Pero no retiramos el término en el momento en que se descubre el mero hecho de que sean perjudiciales, si estamos seguros de que la institución en cuestión tiene como objetivo la curación y el cuidado.

(55) Para la tradición moderna del derecho natural, véase John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980).

(56) Philip Selznick, *La Commonwealth moral: teoría social y la promesa de la comunidad* (Berkeley: University of California Press, 1992), 443–4.

(57) Agustín, *Sobre la libertad de la voluntad* , I, v, 11, citado en Finnis, *Derecho natural y derechos naturales* , 363.

(58) Para una versión más sutil de esto, véase Finnis, *Natural Law and Natural Rights* , 9–18 y 351–66, sobre la distinción entre el sentido central (focal) y no central (no focal) de 'ley', y la relación de esa distinción con valores como *la justicia* y *el bien común* , que a menudo se estudian en la filosofía política.

(59) Max Weber, 'La política como vocación', en *De Max Weber: Ensayos en sociología* , ed. HH Gerth y C. Wright Miles (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1970), 77–8.

(59) Lon L. Fuler, *La moralidad del derecho* , ed. rev. (New Haven: Yale University Press, 1969), 33–94.

(60) ibíd. 162.

(62) Hart, *Concept of Law* , 207. (Para una respuesta más útil al argumento de Fuler, véase Finnis, *Natural Law and Derechos naturales , 273–4: 'Una tiranía dedicada a fines perniciosos no tiene ninguna razón* autosuficiente para

someterse a la disciplina de operar consistentemente a través de los exigentes procesos de la ley...').

(63) El relato clásico es el de FA Hayek, *The Constitution of Liberty* (Londres: Macmil an, 1960), 148 y siguientes.

(64) Joseph Raz se acerca a esta idea en su artículo 'El Estado de derecho y su virtud', en *Authority of Law* . Raz parece no ver ningún problema en la perspectiva de que un sistema de gobierno sea identificado como un sistema legal y, sin embargo, tenga pocas o ninguna de las virtudes específicas asociadas con el ideal del Estado de derecho.

(65) Véase Waldron, 'Positivismo normativo (o ético)', en *Postscriptum de Hart: Ensayos sobre el Postscriptum del concepto de Derecho* , ed. Jules Coleman (Oxford: Oxford University Press, 2001), 411–33, en 419–22.

(66) Ful er, 'Positivismo y fidelidad al derecho', 632 y 635.

(67) Hart, *Concepto de derecho* , 185–6.

(68) Véase A. John Simmons, *Principios morales y obligaciones políticas* (Princeton: Princeton University Press, 1979), 101 y siguientes.

(69) Lon L. Ful er, 'Positivismo y fidelidad al derecho: una respuesta al profesor Hart', *Harvard Law Review* , 71 (1958), 630, en 648-61

(69) Dworkin, *El imperio de la ley* , 190–216.

(70) Véase, por ejemplo, Denise Reaume, '¿Es la integridad una virtud?', *University of Toronto Law Journal* , 39 (1989), 380; Stephen A.

Gardbaum, 'Derecho, política y las reivindicaciones de la comunidad', *Michigan Law Review* , 90 (1992), 685; y Larry Alexander y Ken Kress, 'Contra los principios legales', *Iowa Law Review* , 82 (1997), 739.

(71) Véase la explicación de Dworkin sobre "el aguijón semántico", ibid. 31–46. (La respuesta de Hart a esta

crítica distingue bruscamente pero de manera poco convincente entre el significado semántico de un concepto y los criterios para su aplicación: Hart, *Concept of Law* , 246. No deja en claro si acepta la explicación de Dworkin sobre lo que sería desarrollar una teoría de criterios para la aplicación de un concepto como *el derecho* .) (72) Véase, por ejemplo, *Objectivity in Law and Morals* , ed. Brian Leiter (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).

(73) Véase, por ejemplo, Michael S. Moore, 'Metafísica, epistemología y teoría jurídica', *Southern California Law Review* , 60 (1987), 453 y Jules L. Coleman y Brian Leiter, 'Determinación, objetividad y autoridad', *Universidad de Revista de Derecho de Pensilvania* , 142 (1993), 549.

(74) Sin embargo, en este caso los filósofos jurídicos a veces se entretienen entre sí señalando errores y deficiencias en el uso que hacen *los teóricos jurídicos* de los argumentos wittgensteinianos sobre el cumplimiento de las reglas. Algunos hacen ambas cosas. Véase, por ejemplo, Brian Leiter,

'El voyeurismo intelectual en los estudios jurídicos', *Yale Journal of Law and the Humanities* , 4 (1992), 79.

(75) Véase Jeremy Waldron, 'Moral Truth and Judicial Review', *American Journal of Jurisprudence* , 43 (1998), 75. Véase también Waldron, *Law and Disagreement* , 180 y siguientes, y Dworkin, *Law's Empire* , 76-85.

(76) Pero cf. David Estlund, 'Making Truth Safe for Democracy', en *The Idea of Democracy* , ed. David Copp, Jean Hampton y John E. Romer (Cambridge: Cambridge University Press, 1993).

(77) La más común de estas posiciones problemáticas adoptadas por los filósofos jurídicos cuya formación es en filosofía moral implica la creencia de que cuando se vota sobre una cuestión en un tribunal, se está prestando mayor

respeto a la existencia de una respuesta objetiva correcta que cuando se vota sobre la misma cuestión en una legislatura o por el pueblo en general. Véase Waldron, 'Moral Truth', 80 y siguientes.

(78) Una regla general es que los teóricos políticos trabajan en departamentos de ciencias políticas, rara vez tienen formación filosófica y pasan mucho más tiempo inmersos en un canon de grandes libros que los filósofos políticos.

(79) William Connolly, *Los términos del discurso político* (Lexington, Mass.: Heath, 1974), 6 y 126.

(80) Felix Oppenheim, *Conceptos políticos: una reconstrucción* (Oxford: Blackwel, 1981), 151–2.

(81) Richard Bernstein, *The Restructuring of Social and Political Theory* (Londres: Methuen, 1979), 78. Véase también Charles Taylor, 'Neutrality in Political Science', en su colección *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Documentos* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985), 58.

(82) Oppenheim, *Conceptos políticos* , 187.

(83) Véase WG Galileo, 'Conceptos esenciales y controvertidos', *Actas de la Sociedad Aristotélica* , 56 (1955-6), 167.

Connol y, *Terms of Political Discourse* , capítulos 1 y 6, proporciona una excelente introducción a la importancia de esta idea en la ciencia política y la teoría política.

(84) Existe un debate similar en la filosofía moral. Allí, los no cognitivistas a veces suponen que las posiciones morales son respuestas subjetivas a características fácticas del mundo; y su estrategia es analizar los conceptos morales en un componente descriptivo (que se refiere a algún hecho sobre el mundo) y un componente evaluativo (que indica alguna respuesta subjetiva a ese hecho). Así, por ejemplo, el término "coraje" se refiere descriptivamente a una cierta firmeza frente al peligro, y connota evaluativamente una

actitud de aprobación de ese rasgo de carácter. Pero muchos cognitivistas morales tienen sus dudas sobre la aplicabilidad general de este patrón de análisis. Tales dudas son expresadas por John McDowel, en 'Non-Cognitivism and Rule-Fol owing', en *Wittgenstein: To Follow a Rule* , ed.

Steven Holtzman y Christopher Leich (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1981), 144: 'Ahora bien, parece razonable ser escéptico sobre si la maniobra de desenredo aquí prevista puede siempre efectuarse: específicamente, sobre si, correspondiente a cualquier concepto de valor, uno puede siempre aislar una característica genuina del mundo —mediante el estándar apropiado de legitimidad: esto es, una característica que está allí de todos modos, independientemente de que la experiencia de valor de alguien sea como es— para ser aquello a lo que los usuarios competentes del concepto deben considerarse que responden cuando lo usan; aquello que queda en el mundo cuando uno quita el reflejo de la actitud apropiada'.

(85) Dworkin, *Tomar los derechos en serio* , 103.

(86) Perry, 'Interpretación y metodología', 107.

(87) Para ejemplos, véanse los desacuerdos sobre la interpretación de la jurisprudencia de Hart en los números especiales de *Legal Theory* , vol. 4/3–4 (1998) dedicados a la discusión de la "Posdata" de *El concepto de derecho* .

(88) Véase Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (sobre Bentham) y Finnis, *Natural Law and Natural Law. Derechos* , sobre el detalle de la tradición del derecho natural.

(89) Véase John Dunn, *La astucia de la sinrazón: dar sentido a la política* (Nueva York: Basic Books, 2000).

Jeremy Waldron

Jeremy Waldron es profesor universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York y profesor

Chichele de Teoría Social y Política en la Universidad de Oxford (All Souls College).





Manuales de Oxford en línea

Autoridad

Scott J. Shapiro

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0010

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo pone de relieve la naturaleza paradójica de la autoridad y analiza las soluciones que se han ofrecido en su nombre. Además, examina dos estrategias revisionistas. El primer enfoque niega que las autoridades legítimas tengan el derecho de imponer obligaciones cuando están equivocadas. El segundo enfoque explora la premisa básica de las paradojas, a saber, que las autoridades legítimas tienen el poder de obligar incluso cuando están equivocadas. Este artículo sugiere modificar nuestras

opiniones sobre la naturaleza de la autonomía moral e intenta justificar estas afirmaciones y demostrar cómo su aceptación resuelve las paradojas de la autoridad dentro de los diferentes marcos de autoridad legítima. Concluye con varios argumentos de que la anatomía moral estatal constituye la mejor respuesta al desafío del anarquista filosófico.

Palabras clave: paradójico, estrategias revisionistas, autonomía moral, autoridad legítima, autoridad El Talmud de Babilonia narra una disputa entre el rabino Eliezer y los otros rabinos sobre la limpieza ritual de un horno de azulejos.

1 Rabí Eliezer argumentó largamente que el horno estaba limpio, pero no logró convencer a sus colegas. Después de probar todos los argumentos imaginables, Rabí Eliezer dijo a los rabinos: "Si la Ley está de acuerdo conmigo, ¡que este algarrobo lo demuestre!". A lo que el algarrobo fue arrancado de sus raíces y aterrizó a cien codos de distancia. 2 Los rabinos respondieron:

“No se puede sacar ninguna prueba de un algarrobo”. El rabino Eliezer lo intentó de nuevo: “Si la Ley está de acuerdo conmigo, ¡que lo demuestre la corriente de agua!”. Y he aquí que la corriente obedeció y cambió de dirección. Sin amilanarse, los rabinos respondieron: “No se puede sacar ninguna prueba de un arroyo de agua”. El rabino Eliezer volvió una tercera vez: “Si la Ley está de acuerdo conmigo, que lo demuestren las paredes de la escuela”. Como antes, la petición del rabino Eliezer fue concedida y la pared comenzó a derrumbarse.

Pero el rabino Josué reprendió al wal, diciendo: "Cuando los eruditos están involucrados en una disputa legal, ¿en qué tenéis que interferir?"

Al final de su paciencia, el rabino Eliezer exclamó: «Si la Ley está de acuerdo conmigo, ¡que se demuestre desde el Cielo!». A lo que una voz del cielo gritó: «¿Por qué disputáis con el rabino Eliezer, si en todos los asuntos la Ley está de acuerdo con él?». Pero el rabino Joshua respondió: «“No está en el Cielo”».3 El rabino Jeremías explicó que esto significaba que una vez que Dios le dio la

Torá a Moisés en el Monte Sinaí, las voces celestiales ya no tenían voz ni voto en asuntos legales. La Torá confiere a los rabinos la autoridad exclusiva **(p. 383)** para decidir cuestiones legales y exige que las disputas internas se resuelvan por mayoría de votos. Después de que el rabino Eliezer se negó a dar marcha atrás, fue excomulgado sumariamente.

Esta historia pone de manifiesto, de una manera particularmente sorprendente, la naturaleza paradójica de la autoridad. Las autoridades reclaman un derecho de inmenso poder, un poder que, al parecer, no podrían poseer. Las autoridades reclaman el derecho de imponer su voluntad a los demás independientemente de si sus juicios son correctos. Al hacerlo, parecen colocarse por encima de la verdad; su derecho no parece depender de que tengan razón. En la disputa entre Eliezer y los rabinos, estos tenían pruebas irrefutables de que estaban equivocados y, sin embargo, seguían exigiendo que Eliezer aceptara su interpretación de la ley. Esto sonaba, al menos para Eliezer, como si los rabinos estuvieran afirmando con arrogancia un poder mayor que el del Cielo. Si los rabinos están equivocados, razonó, deberían someterse a Dios.

no exigir sumisión de los demás.

Eliezer puede ser el primer anarquista filosófico de la historia. Los anarquistas filosóficos sostienen que no se puede reivindicar ninguna pretensión de autoridad legítima. ¿Cómo puede alguien tener derecho, se preguntan, a obligar a otro a hacer algo incorrecto? La obligación de actuar correctamente siempre debería prevalecer sobre la obligación de actuar de otra manera. Para el anarquista filosófico, la "autoridad legítima" es una contradicción en sus términos.

Los anarquistas filosóficos se deleitan en señalar que las afirmaciones de la autoridad son problemáticas incluso en situaciones en las que quienes están en el poder tienen razón. Porque cuando alguien con autoridad ordena a otro que actúe como debe actuar, sus directivas son

redundantes. No harían daño, pero tampoco ayudarían. Por lo tanto, incluso si los rabinos hubieran cedido y declarado que el horno estaba ritualmente limpio, Eliezer no habría tenido ninguna razón para someterse a su autoridad. Eliezer debería aceptar que el horno está ritualmente limpio porque lo está, no porque los rabinos lo hayan dicho.

El desafío que plantean los anarquistas filosóficos resulta tan poderoso como simple: cuando las autoridades están equivocadas, no pueden tener el poder de obligar a los demás; cuando tienen razón, su poder de obligar carece de sentido. Parecería que la institución de la autoridad es perniciosa u ociosa.

Este argumento es tan poderoso, de hecho, que debería despertar sospechas. Porque si el argumento es sólido, entonces quienes creen en la autoridad no sólo están equivocados, sino que son incoherentes. Sin embargo, esta conclusión parece demasiado contundente: quienes creen que están obligados a obedecer no están creyendo tonterías. Al fin y al cabo, puede que en realidad no exista tal obligación, pero parece inconcebible que tal obligación pudiera existir.

La mayoría de los teóricos que escriben hoy asumen que el sentido común es correcto y que el desafío anarquista puede ser enfrentado.

Sin embargo, no se ponen de acuerdo sobre cómo abordarlo. En este capítulo, analizaremos las numerosas "soluciones" que se han ofrecido en nombre de la autoridad. Las respuestas se dividen, en líneas generales, en uno de dos grupos: los que creen que los problemas surgen debido a ciertas opiniones ingenuas sobre la naturaleza de la autoridad y la racionalidad y que es necesario revisar esta interpretación, y los que sostienen que el rompecabezas se puede resolver sin cambios radicales.

(p. 384) Después de una discusión de la paradoja (o como veremos, paradojas), examinaremos dos estrategias revisionistas.4 El primer enfoque niega que las autoridades legítimas tengan el derecho de imponer obligaciones cuando están equivocadas. De hecho, niega que las

autoridades legítimas tengan el derecho de imponer obligaciones en absoluto. Las directivas de las autoridades legítimas son tratadas como amenazas justificadas respaldadas por sanciones o como consejos de expertos. Las paradojas, desde este punto de vista, simplemente se disuelven, porque las autoridades nunca poseen el poder de imponer obligaciones, *una con mayor razón* nunca poseen el poder de imponer obligaciones cuando están equivocados.

El segundo enfoque que exploraremos acepta la premisa básica de las paradojas, a saber, que las autoridades legítimas tienen el poder de obligar incluso cuando están equivocadas. Pero sostiene que las paradojas surgen porque esa premisa está unida a una suposición tácita, pero falsa, sobre la naturaleza de la racionalidad. Según esta suposición, los agentes siempre deben actuar en función de los méritos del caso en cuestión. En cambio, este enfoque sostiene que los agentes pueden, en ciertas condiciones, tener razones para ignorar las propiedades deseables o indeseables de las acciones. No hay nada paradójico, por lo tanto, en exigir obediencia a directivas erróneas, porque las directivas son razones para no actuar según las razones que las hacen erróneas.

No es de sorprender que estas respuestas acarreen problemas adicionales. Si negamos que las autoridades tengan el poder de obligar, ¿podemos entender instituciones sociales como la ley, que contienen cantidades abundantes de prohibiciones, requisitos, permisos, derechos y poderes? Del mismo modo, ¿es coherente afirmar que podemos tener razones para ignorar las razones que justifican la acción?

En un esfuerzo por evitar estos problemas, otros han intentado resolver las paradojas sin recurrir al revisionismo. Si bien admiten que las autoridades legítimas tienen el poder de obligar incluso cuando están equivocadas, sostienen que las teorías estándar de la racionalidad y la moralidad pueden dar cabida a este derecho. Su estrategia se centra en la afirmación de que las directivas autoritativas de la autoridad legítima son herramientas eficientes para la toma de decisiones. Al guiar la conducta mediante la autoridad legítima, los

sujetos tienen más probabilidades de elegir los resultados correctos que los resultados incorrectos. Pero, sostienen estos teóricos, los sujetos deben aceptar lo malo junto con lo bueno: los sujetos pueden beneficiarse de los resultados correctos sólo si eligen también los resultados incorrectos. La racionalidad de obedecer una directiva equivocada no es, por lo tanto, más paradójica que la racionalidad de pagar un precio por una apuesta, cuando el precio es menor o igual al valor esperado de la apuesta.

Si bien este enfoque es atractivo, sostendré que, en última instancia, no funcionará. Las paradojas de la autoridad no pueden ser Página 2 de 39

Autoridad

Si bien el problema se resuelve dentro de las teorías estándar de racionalidad y moralidad, son necesarias algunas revisiones. Sostengo que las revisiones necesarias dependen de la teoría subyacente de la legitimidad de cada uno. Para las teorías que vinculan la legitimidad de la autoridad a su capacidad de proporcionar directivas instrumentalmente valiosas, sugeriré **(p. 385)** que se modifique la teoría estándar del efecto de la autoridad sobre el razonamiento práctico. En lugar de ver las directivas autoritativas como instrumentos que los sujetos voluntarios utilizan para tomar decisiones, deberían entenderse como restricciones causales a la acción. Quienes obedecen las directivas para beneficiarse instrumentalmente de ellas no eligen obedecer: al haberse sometido a la autoridad, la desobediencia ya no es una opción. Las directivas autoritativas pueden justificarse en términos instrumentales cuando, y sólo cuando, impiden la toma de decisiones.

En el caso de las teorías de la autoridad que vinculan la legitimidad a la obligación moral de respetar los procedimientos de toma de decisiones colectivas, propongo que modifiquemos nuestras opiniones sobre la naturaleza de la autonomía moral. En determinadas circunstancias, el hecho de que otro haya exigido que actuemos de una determinada manera puede darnos una razón para hacerlo. En lugar de ser una violación de la autonomía, la

obediencia puede, en realidad, mostrar el debido respeto por el valor de la autonomía.

En este capítulo intentaré justificar estas afirmaciones y demostrar cómo su aceptación resuelve las paradojas de la autoridad dentro de los diferentes marcos de autoridad legítima. Si bien estas revisiones pueden ser algo drásticas, sostendré que constituyen la mejor respuesta al desafío del anarquista filosófico.

1 Las paradojas de la autoridad

1.1 Autoridad y autonomía

En su obra *En defensa del anarquismo* , Robert Paul Wolff argumentó que la autoridad legítima y la autonomía moral son lógicamente incompatibles.

Vale la pena examinar su discusión en detalle, no sólo porque es el *locus classicus* del ataque anarquista filosófico a la autoridad, sino también porque contiene un análisis más sutil del concepto de autoridad que el que ofrecen muchos de los defensores de la autoridad.

Wolff comienza su análisis distinguiendo entre poder y autoridad. 6 Tener poder es tener la capacidad de obligar a alguien a obedecer. Tener autoridad es tener el derecho a gobernar. Un pistolero tiene poder, pero no tiene autoridad. Puede obligar a su víctima a cooperar mediante la amenaza de la fuerza, pero no puede imponerle la obligación moral de obedecer. 7

(p. 386) Como señala Wolff, alguien puede tener autoridad en uno de dos sentidos.8 Uno puede tener autoridad al poseer el derecho moral a gobernar. El ejercicio de tal derecho, si existe, da lugar a obligaciones morales de obedecer. Un gobernante puede, por lo tanto, reclamar autoridad y no tenerla en este sentido. La Legislatura del Soviet Supremo reivindicó la autoridad para gobernar la Unión Soviética, pero carecía del derecho moral para hacerlo. Carecía de autoridad legítima, o *de iure* .

Alternativamente, uno puede tener autoridad simplemente en virtud del hecho de ser considerado una autoridad

legítima.

El Soviet Supremo, por ejemplo, gozaba de cierta aceptación por parte de muchos soviéticos, que creían que poseía autoridad *de iure* , aunque estaban equivocados: sólo tenía autoridad *de facto .*

Wolff se interesa principalmente por el fenómeno de la autoridad *de iure* . Esto es así por dos razones. En primer lugar, el concepto de autoridad *de facto* presupone lógicamente el concepto de autoridad *de iure* . Las autoridades *de facto* son aquellas que se cree que son autoridades *de iure* . En segundo lugar, nadie discute que la autoridad *de facto* existe. El anarquista filosófico está interesado en la autoridad *de iure* : quiere demostrar que la obligación moral de obedecer la ley nunca puede existir.

Según Wolff, tener derecho a gobernar es tener derecho a ser obedecido. Obedecer una orden es realizar el acto ordenado por la razón por la que fue ordenado. Por lo tanto, las órdenes difieren de los argumentos.9

Los argumentos tienen por objeto persuadir. Intentan convencer a la persona de que debe actuar de determinada manera y lo hacen exponiendo al interlocutor las razones que hacen que las recomendaciones sean valiosas. Las órdenes, en cambio, no tienen por objeto convencer a sus destinatarios de la sabiduría de su contenido. Los sujetos que las obedecen no lo hacen porque crean que las acciones que se les ordenan son dignas de obediencia, sino en virtud del hecho de que así se les ordenó.

10

Es posible, por lo tanto, que alguien elija cumplir una orden sin obedecerla.10 Esto sucede cuando la orden hace que el sujeto sea consciente de que tiene razones para realizar el acto ordenado y actúa por esas razones, en lugar de hacerlo a causa de la orden. Reconocer el derecho de

alguien a la autoridad **(p. 387) ,** según Wolff, es reconocer que su derecho reside en su persona.1

1 Poseen su poder normativo en virtud de

quienes son, más que en virtud de lo que mandan.

Después de haber expuesto su concepción de la autoridad, Wolff procede a presentar su explicación de la autonomía moral. Para Wolff, una persona autónoma no es alguien que simplemente es responsable de sus acciones, sino que también *asume* la responsabilidad de sus acciones.12 Una persona asume la responsabilidad siempre que intenta determinar lo que moralmente debe hacer. Un agente autónomo, según Wolff, es un agente deliberante.

A diferencia de muchos que han visto la autonomía como una condición necesaria para la responsabilidad moral, o como la capacidad de elegir, Wolff la trata como un deber moral independiente. Cada persona tiene la obligación de examinar todos los aspectos de su vida moral: debe reunir constantemente nueva información, analizar sus motivos, criticar sus deseos y evaluar sus opciones a la luz de esta reflexión. Quien actúa sin evaluar los méritos de su actuación no asume la responsabilidad de sus acciones y, en esa medida, está violando su deber de actuar de manera autónoma.13

De la definición de Wolff de la autonomía moral se desprende que nadie puede obedecer a la autoridad y seguir siendo autónomo. Una persona obedece una orden cuando se conforma a ella por la razón que otra le ha ordenado. Sin embargo, una persona autónoma nunca actúa por la razón que otra le ha ordenado. Actúa sólo cuando está convencida de que, en función de los méritos, la acción es apropiada. Por lo tanto, un agente autónomo nunca puede someterse a la autoridad de otro. Como dice Wolff: "La marca definitoria del Estado es la autoridad, el derecho a ser gobernado. La obligación primaria del hombre es la autonomía, la negativa a ser gobernado". 14

Aunque el agente autónomo no puede obedecer a la autoridad, Wolff se apresura a añadir que no necesariamente la desobedece.1

5 Si el agente autónomo cree que hay buenas razones morales para pagar impuestos, entonces creerá que debe pagarlos. Pero esa persona no acepta la obligación porque la ley le exige que pague sus impuestos.

Él cree que debe pagar sus impuestos porque considera que es lo correcto, independientemente de las exigencias de la ley.

1.2 Evaluación preliminar

El argumento de Wolff parece válido: dadas sus premisas, su conclusión parece ser cierta. Sin embargo, sus premisas son dudosas. Por ejemplo, no es obvio que debamos pensar en la autonomía como un deber. ¿A quién le debemos este deber? Es extraño pensar que estoy moralmente obligado a actuar de manera autónoma por el bien de otro. ¿Por qué le importaría a alguien por qué actúo correctamente, siempre y cuando actúe correctamente?

(p. 388) Incluso si uno acepta que existe un deber de actuar de manera autónoma, es dudoso que deba aceptarse la formulación de Wolff. ¿Por qué una persona debe deliberar sobre cada acción moral? ¿No debería someterse al juicio de otro cuando éste es mejor que el suyo? La idea de que una persona debe sopesar el balance de razones cada vez que surge una decisión moral no sólo es peligrosa en casos de asimetrías informativas o discapacidades cognitivas, sino que también es terriblemente derrochadora. Seguramente es posible dirigir las propias energías de una manera más productiva.

Sin duda, existe algo así como una excesiva confianza en la autoridad. Ceder demasiado poder de decisión a otros es una temeridad y una irresponsabilidad moral. Además, cuanto más dependemos del juicio de los demás, más posibilidades tenemos de perder la capacidad de juzgar por nosotros mismos y más vulnerables nos volvemos a la manipulación. Por último, las facultades de juicio y autorreflexión son capacidades distintivas del ser humano, cuyo ejercicio contribuye de manera esencial al florecimiento humano. Sacrificarlas es, en cierto sentido real, renunciar a la propia humanidad. Este efecto

"deshumanizador" de la autoridad preocupó especialmente a William Godwin, el primer filósofo "moderno".

Anarquista filosófico.

El hombre es el adorno del universo sólo en la medida en que consulta su juicio... Pero cuando hago la entrega voluntaria de mi entendimiento y encomiendo mi conciencia a la custodia de otro hombre, la consecuencia es clara: me convierto entonces en el más dañino y pernicioso de los animales. Aniquilo mi individualidad como hombre y dispongo mi fuerza como animal para él, entre mis vecinos, que resultarán sobresalientes en impostura y artificio y menos sujetos a los escrúpulos de la integridad y la justicia. 16

Autoridad

Si bien los peligros de confiar en la autoridad son reales, es importante no exagerarlos. El mundo es simplemente demasiado complejo para que alguien pueda vivir su vida completamente sin la ayuda de expertos de un tipo u otro. Incluso Wolff admite que

«Existen grandes obstáculos, quizá insuperables, para el logro de una autonomía completa y racional en el mundo moderno».17 La autonomía completa, en el sentido de Wolff, simplemente no es una opción. Si la autoridad es incompatible con la autonomía, tanto peor para la autonomía.

Es interesante señalar que el propio Kant no veía un conflicto entre autoridad y autonomía. Su famosa argumentación era que quienes se sometían a la autoridad debían cuestionar sus exigencias, pero que este uso público de la razón no debía impedirles actuar en consecuencia. La Ilustración se ve impedida tanto cuando la autoridad exige obediencia ciega *como* cuando los súbditos no responden con una conformidad incondicional.

El ciudadano no puede negarse a pagar los impuestos que le imponen; la crítica presuntuosa de dichos impuestos,

cuando alguien está llamado a pagarlos, puede ser castigada como un ultraje que puede conducir a la insubordinación general. Sin embargo, el mismo ciudadano no contraviene sus obligaciones civiles si, como individuo erudito, expresa públicamente sus pensamientos sobre la impropiedad o incluso la injusticia de tales medidas fiscales.18

(p. 389) La formulación de Wolff del desafío del anarquista no es convincente porque su comprensión de la autonomía es inverosímil. Sin embargo, debemos tener cuidado de no descartar el argumento de Wolff demasiado rápidamente, ya que en cualquier concepción creíble de la autonomía, la tensión entre ésta y la autoridad es difícil de ignorar. Después de todo, "autonomía" significa literalmente

"Auto-autorregulación". La persona autónoma no actúa simplemente porque otro se lo ha dicho, sino que actúa sólo cuando está convencida de que la acción es apropiada. Ser autónomo, en otras palabras, implica tomarse *a uno mismo* como la autoridad última en cuestiones morales. Este compromiso parece no dejar espacio lógico para que lo ocupen autoridades externas. Como dice el proverbio, no se puede servir a dos señores.

Teniendo esto en mente, creo que es posible dar una lectura más caritativa a las objeciones de Wolff. En primer lugar, deberíamos distinguir, de una manera que Wolff no hace, entre dos características diferentes de las directivas autoritativas. Podemos decir, siguiendo a HLA Hart, que las directivas autoritativas están destinadas a ser tanto "perentorias" como "independientes del contenido".

Razones para la acción.19 Una razón "perentoria" es una razón que corta o excluye la deliberación. Una orden tiene la intención de ser una razón perentoria, en el sentido de que una vez que se ha dado la orden, se espera que el sujeto deje de evaluar los méritos de la acción en cuestión. Quien sopesa los pros y los contras de obedecer una orden no está tomando la orden de la manera en que se suponía que debía ser tomada.

Las directivas autoritativas se diferencian de las razones ordinarias no sólo porque pretenden impedir la

deliberación.

Las directivas tienen por objeto ser razones "independientes del contenido" para la acción, lo que significa que se supone que son razones simplemente porque han sido emitidas y no porque ordenan a los sujetos realizar acciones que son justificables de forma independiente. Quien obedece una orden trata la orden como una razón independiente del contenido, porque cumple por la razón por la que se le ordenó, no porque tenga razones para actuar según el contenido de esa orden. Por ejemplo, si Jim saca la basura porque su padre se lo ordenó, entonces está tratando la orden como una razón independiente del contenido.

Las razones independientes del contenido para cumplir con una directiva deben contrastarse con las razones "dependientes del contenido".

Razones. Una razón dependiente del contenido es una razón para cumplir una orden porque la orden tiene un cierto contenido. Si la basura huele mal, Jim tendrá una razón para sacar la basura que es independiente del hecho de que su padre le haya ordenado que lo haga. Al sacar la basura, habrá quitado un olor desagradable de la casa. Jim, por lo tanto, tiene dos razones para obedecer la orden de su padre: la orden es una razón independiente del contenido, mientras que el olor desagradable es una razón dependiente del contenido.

Aunque Wolff parece objetar únicamente la naturaleza perentoria de la autoridad, creo que es la combinación de perentoriedad e independencia del contenido lo que lo ofende. La autoridad y la autonomía no chocan simplemente porque quien obedece no delibera. El problema es también que esa persona cree que el hecho de que haya sido **(p.**

390) El hecho de que se le ordene actuar de cierta manera le da una razón para hacerlo. Toma la voluntad de otro como su razón, de hecho la única razón, en lugar de los méritos del caso en cuestión.20 Por lo tanto, esa persona pensará que tiene una defensa preparada para cualquier acusación de conducta impropia. Si bien la persona estará

de acuerdo en que realizó un acto que de otro modo sería moralmente indefendible, alegará que la razonabilidad de su obediencia debe considerarse de una manera independiente del contenido: no se puede juzgar si tenía motivos para seguir órdenes en función del contenido de esas órdenes. Es el hecho de que se le ordenó actuar, en lugar de lo que se le ordenó hacer, lo que le dio una razón concluyente para hacer lo que hizo.

Autoridad

En cambio, una persona autónoma nunca considera una orden como una razón perentoria e independiente del contenido (en adelante, "CIP") para actuar. Las exigencias de la autoridad no significan nada para el agente autónomo, pues esa persona nunca permite que su voluntad sea determinada por la voluntad de otro. Le importa únicamente el acto ordenado, no la orden en sí, y sólo accede cuando está convencida de que existen buenas razones para actuar según el contenido de la orden. Según esta interpretación, la autonomía y la autoridad son incompatibles porque la obediencia a la autoridad exige actuar según razones CIP, mientras que la persona autónoma no reconoce la existencia de tales razones.

Una ventaja de ver el argumento de Wolff de esta manera es que nuestras objeciones anteriores ya no son suficientes para enfrentar su desafío. La autonomía no se concibe como un deber separado que la moral nos impone y que debemos a los demás. Decir que todos deberían actuar de manera moralmente autónoma es hacer una afirmación sobre el *espacio de la autonomía. Razones* . Los agentes autónomos son aquellos que reconocen que las únicas razones que existen son aquellas que dependen del contenido o que no son imperativas. La autonomía moral es importante porque es importante que las personas actúen en base a razones y no en base a no-razones.

Además, por esta razón, confiar en los expertos no conduce necesariamente a la heteronomía. Si bien el asesoramiento de los expertos es una razón de la CIP para creer que el experto tiene razón (uno cree lo que dice el experto porque

lo ha dicho), el propósito de dar un asesoramiento es advertir al asesorado de que el curso recomendado está respaldado por el balance de razones dependientes del contenido. Cuando el asesorado extrae esta inferencia y actúa en consecuencia, el agente estará actuando por razones dependientes del contenido, incluso si no sabe cuáles son.

Lo más importante es que esta interpretación demuestra que la ansiedad del anarquista filosófico respecto de la autoridad no es frívola: su preocupación es que la gente trate las directivas autoritarias como razones de la CIP para la acción y, al hacerlo, no asuma la responsabilidad adecuada por sus acciones. Intentarán justificar su conducta alegando que "simplemente estaban siguiendo órdenes". Este tipo de defensa no sólo parece cobarde, sino que, estrictamente hablando, es irrelevante. ¿Cómo puede hacerse aceptable un acto simplemente **(p. 391)** porque alguien más dijo que es aceptable? Las autoridades pueden tener el poder de cambiar la ley positiva, pero nadie (tal vez ni siquiera Dios) tiene la capacidad de cambiar la ley moral. Como dijo Godwin: "El foro más concurrido, o el senado más venerable, no pueden hacer de una proposición una regla de justicia que no era sustancial, de ese modo, antes de su decisión".21

Sin embargo, el anarquista filosófico nos recuerda que, sin admitir que las defensas de Nuremberg son a veces buenas justificaciones, es difícil ver cómo es posible la autoridad *de iure* . La legitimidad de la autoridad depende de si un sujeto puede justificar sus acciones alegando que "simplemente estaba siguiendo órdenes". La autoridad legítima es posible, en otras palabras, sólo cuando son posibles las razones de la CIP.

1.3 Autoridad y racionalidad

A veces se piensa que el desafío de Wolff a la autoridad es simplemente un caso especial de una paradoja más general, que pretende mostrar la incompatibilidad entre autoridad y racionalidad. El argumento general es conocido: consideremos cualquier directiva emitida por una autoridad y cualquier acción *A* requerida por esa directiva. O bien el balance de razones apoya *a A* o no. Si el balance de razones

apoya *a A* , un agente debería realizar *A* , pero no porque *A* sea requerido por la directiva, sino porque los agentes siempre deberían actuar de acuerdo con el balance de razones. Por otro lado, si el balance de razones no apoya *a A* , entonces un agente no debería realizar la acción porque los agentes nunca deberían actuar en contra del balance de razones. Parecería, por lo tanto, que las directivas autoritativas nunca pueden ser razones para la acción: si una directiva da el resultado correcto, la directiva es irrelevante; si la directiva da el resultado incorrecto, entonces la obediencia a la directiva es irrazonable.

Como las directivas autoritativas nunca pueden ser razones para la acción, se sigue que los agentes racionales nunca pueden obedecer a la autoridad. La prueba: los agentes racionales siempre intentan actuar sobre la base de razones infalibles y actúan de acuerdo con ese objetivo.

Si un agente obedeciera a una autoridad, tendría que creer que tiene una razón infalible para obedecer o creer que no tiene una razón infalible pero que habría obedecido de todos modos. Si lo primero fuera cierto, entonces el agente tendría creencias irracionales, dado que según el primer argumento, las directivas autoritativas nunca pueden ser razones para la acción. Si lo segundo fuera cierto, entonces el agente no estaría actuando de acuerdo con el objetivo de actuar sobre la base de razones infalibles. Por lo tanto, parece que los agentes racionales nunca pueden obedecer a la autoridad.

Si los argumentos anteriores son sólidos, se seguiría que los agentes morales nunca pueden guiar racionalmente su conducta mediante

Autoridad

Directivas autoritativas. Puesto que la moral exige que los agentes actúen sobre la base de un equilibrio de razones *morales , la obediencia a la autoridad nunca puede justificarse racionalmente para los agentes morales: siempre que una directiva exigiera una acción* **(p. 392)** apoyada por el equilibrio de razones morales, esa directiva sería moralmente irrelevante; de lo contrario, sería moralmente perniciosa. Las directivas autoritativas nunca

pueden ser razones morales para la acción y, por lo tanto, sería irracional que cualquier agente moral obedeciera a la autoridad.

Estos argumentos "derivados" son posibles porque la racionalidad es, en esencia, un ideal *formal* . La racionalidad no exige conformidad con ningún estándar sustantivo en particular, sino que simplemente exige que un agente viva a la altura de sus estándares sustantivos. La paradoja intenta mostrar la incompatibilidad entre la racionalidad y la autoridad demostrando que las directivas autoritativas entrarán en conflicto con cualquier estándar sustantivo: o bien la directiva en cuestión se ajusta al estándar dado, en cuyo caso es redundante, o bien entra en conflicto con el estándar, en cuyo caso el estándar exige no conformidad. Para generar una contradicción entre la autoridad y cualquier estándar normativo específico, basta con introducir el estándar en la ecuación y saldrá el *reductio anhelado* .

Aunque el argumento de Wolff parece derivativo, es importante ver que no lo es. Esto se hace evidente cuando se observa que el concepto de racionalidad está en ángulo recto con el de autonomía. Ser racional es aspirar a actuar sobre la base de razones infalibles y actuar de acuerdo con ese objetivo. Ser autónomo, por el contrario, es aspirar a actuar sobre la base de razones no basadas en la CIP y actuar de acuerdo con ese objetivo. Por lo tanto, de ello no se sigue que un agente racional sea un agente autónomo. Si un agente cree que tiene una razón infalible basada en la CIP para actuar, entonces estará actuando racionalmente pero no autónomamente si actúa por esa razón. A la inversa, los agentes autónomos no son necesariamente racionales. Si un agente actúa sobre la base de una razón dependiente del contenido que, según sus propias luces, está infalible, entonces estará actuando autónomamente pero irracionalmente.

No debe sorprender, por lo tanto, que se pueda cuestionar la racionalidad de la autoridad y no sus efectos sobre la autonomía. La paradoja de la autoridad y la racionalidad intenta mostrar la imposibilidad de tener una razón infalible para obedecer a la autoridad y, por lo tanto, la irracionalidad de creer que uno tiene tal razón. No ataca la

naturaleza independiente del contenido y/o perentoria de las directivas autoritativas. De la misma manera, se puede objetar a la autoridad porque engendra heteronomía, no irracionalidad. El problema con la obediencia, según nuestra interpretación del desafío de Wolff, es que las directivas autoritativas no son razones CIP, no que sería incoherente creer que son razones infalibles.

Dado que estas críticas difieren entre sí, no se debe esperar que la solución a un desafío constituya una respuesta efectiva al otro. Para ver esto, considere la siguiente respuesta a la paradoja de la autoridad y la racionalidad: la teoría del contrato social, comienza la respuesta, es una teoría coherente de la obligación política. Un agente racional podría considerarla verdadera, incluso si de hecho es falsa. Supongamos, entonces, que un agente acepta la teoría del contrato social como verdadera. Según este agente, alguien posee autoridad legítima sobre otro cuando este último ha consentido en ser gobernado por el primero. Debido a que el consentimiento genera una obligación promisoria de acatar las demandas de la autoridad, cualquier directiva emitida da a los sujetos que han consentido una razón para actuar de acuerdo con ella. Supongamos que esta persona consiente en ser gobernada **(p. 393)** por una autoridad. Ahora considerará cualquier directiva emitida como una razón concluyente para la acción. En consecuencia, podría ser racional para él cumplir una orden cuyo contenido, según sus propios criterios, no está respaldado por el balance de razones dependientes del contenido. Desde la perspectiva de ese agente, incluso aunque el balance de razones dependientes del contenido no respaldaría la conformidad, el balance de todas las razones —tanto las razones dependientes del contenido como las razones independientes del contenido— podría inclinarse en dirección a la obediencia. De esta manera, puede ser racional obedecer a la autoridad incluso cuando esta se equivoca sobre el contenido de sus directivas.

Sin embargo, esta respuesta no funcionará contra el desafío de Wolff. El argumento de Wolff, como hemos visto, se basa en la idea de que no existen razones CIP para la acción. La respuesta anterior, por lo tanto, plantearía la cuestión. Después de todo, el consentimiento en sí mismo

pretende dar lugar a razones CIP para la acción. Los sujetos que consienten en ser gobernados por una autoridad están obligados, según la teoría del contrato social, simplemente en virtud de su consentimiento. No se puede demostrar cómo es posible una razón CIP produciendo otra (supuesta) razón CIP. Primero se debe establecer que mi voluntad puede darme una razón para actuar en contra del equilibrio de razones. Pero si las autoridades carecen del poder para cambiar la ley moral, ¿cómo puedo tener yo el poder para hacerlo?

No quiero decir con esto que la paradoja de la autonomía de Wolff sea más difícil de responder que la paradoja de la racionalidad. Son simplemente críticas diferentes y, como tales, cada una puede requerir soluciones diferentes. Desafortunadamente, quienes responden a la página 7 de 39

Autoridad

El anarquismo filosófico no siempre deja claro a qué paradoja responde. Intentaremos rectificar esto tratando las dos paradojas básicas por separado y preguntando, para cada respuesta de los defensores de la autoridad, si la solución es adecuada para una o para ambas.

2 Debilitamiento de la autoridad

Siempre que nos enfrentamos a un choque entre dos conceptos, podemos intentar aliviar la tensión debilitando la formulación de uno de ellos. En el caso de las paradojas anarquistas, la candidata más obvia es la que se da a la autoridad. En primer lugar, dado que el concepto de autoridad aparece en ambas paradojas básicas, podríamos matar dos pájaros de un tiro. En segundo lugar, y más importante, las formulaciones de racionalidad y autonomía parecen bastante inocuas, al menos en comparación con la de autoridad. Como hemos mencionado, ser racional es aspirar a actuar sobre la base de un equilibrio de razones. La racionalidad simplemente impone a cada agente la obligación de vivir a la altura de los estándares sustantivos a los que se ha comprometido. Asimismo, se ha caracterizado a la autonomía como la exigencia de que los agentes se ciñan a los méritos del caso en cuestión y no

actúen simplemente porque otro les ha dicho que lo hagan. La plausibilidad de estas ideas es evidente.

(p. 394) En cambio, la caracterización estándar de la autoridad lleva una paradoja en la manga. Poseer autoridad legítima, se podría recordar, es tener el derecho a gobernar. El derecho a gobernar implica el derecho a ser obedecido. Tener el derecho a ser obedecido es tener el poder de imponer obligaciones independientemente del contenido. Quienes poseen autoridad legítima, por lo tanto, tienen el poder moral de obligar a otros a obedecer incluso cuando sus directivas tienen un contenido *equivocado* . Por decir lo menos, el poder de obligar independientemente del contenido parece extraño. Como señaló Godwin: "No puede haber una proposición más absurda que la que afirma el derecho de hacer el mal".22

Por lo tanto, debilitar la caracterización estándar de la autoridad parece una estrategia prometedora. Si se puede demostrar que las autoridades nunca reivindican el poder de obligar, entonces las paradojas podrían eludirse por completo.

La racionalidad no entraría en conflicto con la autoridad legítima porque las autoridades nunca exigirían a los agentes que actuaran en contra del equilibrio de razones. De hecho, las autoridades nunca exigirían a los agentes que actuaran en absoluto. Asimismo, la autonomía sería coherente con la autoridad legítima porque sus pronunciamientos no serían, ni nadie afirmaría que lo fueran, razones de conformidad con la CIP.

En las siguientes secciones exploraremos dos estrategias para cortar la conexión entre la autoridad legítima y el derecho a exigir una conducta de una manera independiente del contenido. La primera estrategia busca disociar el derecho a gobernar del derecho a ser obedecido. El derecho a gobernar consiste en el privilegio exclusivo que poseen las autoridades legítimas para obligar a otros a cumplir sus demandas. Desde esta perspectiva, la autorización para usar la fuerza no implica el poder de imponer obligaciones. La segunda estrategia niega que las autoridades legítimas tengan siquiera el derecho a gobernar, y mucho menos el derecho a ser obedecidas. Las

autoridades legítimas no emiten directivas ni amenazas. Sus pronunciamientos constituyen un asesoramiento experto: en lugar de crear obligaciones, simplemente nos informan sobre su existencia.

Sostengo que ninguno de estos enfoques es exitoso. Debilitar el concepto de autoridad de estas maneras es destriparlo. Sin atribuir a las autoridades legítimas el poder de imponer obligaciones, sería imposible no sólo explicar muchas de las afirmaciones que las autoridades hacen, sino también las que necesitan hacer para salvarse de la paradoja.

2.1 El derecho a gobernar

Siguiendo a Hohfeld, podemos distinguir entre dos sentidos de la palabra "derecho".23 Decir que alguien tiene derecho a realizar algún acto con respecto a otro podría, en primera instancia, referirse a un privilegio. Un titular de un derecho tiene un privilegio frente a otro para **(p. 395)** realizar un acto cuando el titular del derecho no tiene un deber frente a esa persona de no realizar ese acto. Por ejemplo, tengo el privilegio frente a usted de entrar en mi casa en el sentido de que no tengo un deber frente a usted de no entrar en mi casa.

Alternativamente, se podría querer decir con la atribución de derechos que el titular de los derechos tiene el poder normativo sobre la otra persona con respecto a un determinado conjunto de actos. Un titular de derechos tiene el poder sobre otra persona para realizar un determinado acto cuando tiene la capacidad de cambiar las relaciones normativas entre la persona y el titular de derechos. Decir que tengo el poder normativo para arrendarle mi casa es afirmar que puedo cambiar sus deberes y privilegios en contra de mí con *respecto a* la casa. Mientras que antes usted no tenía el privilegio de entrar en mi casa, Página 8 de 39

Autoridad

Después de la ejecución del contrato de arrendamiento, usted ya no tiene la obligación de no entrar. Mi derecho a

arrendarle la casa, entendido como un poder, conduce a su derecho a entrar en la casa, entendido como un privilegio.

Cuando dijimos que poseer autoridad legítima es tener el derecho moral de gobernar, ¿deberíamos tomar este derecho como un privilegio o un poder? Hasta ahora, hemos estado asumiendo que las autoridades legítimas poseen un poder moral sobre sus súbditos. Robert Ladenson ha sugerido, sin embargo, que el derecho a gobernar debe entenderse como el privilegio moral exclusivo de gobernar.24 Las autoridades legítimas son aquellas que tienen la capacidad de obligar a otros a cumplir con sus demandas y que están moralmente autorizados (es decir, no bajo un deber moral de no hacerlo) a ejercer esta capacidad. Desde este punto de vista, las autoridades no pretenden crear obligaciones morales de obedecer. Más bien, las directivas autoritativas son amenazas respaldadas por sanciones. Las autoridades legítimas se diferencian de los gánsteres en que las primeras están moralmente autorizadas a emitir tales amenazas y castigar la falta de conformidad, a diferencia de los segundos, que tienen el deber moral de no actuar de manera similar.

Según Ladenson, alguien tiene autoridad legítima siempre que tenga poder (no normativo) para coaccionar y ese poder justifique el ejercicio de ese poder. ¿Por qué la mera posesión de poder justificaría el ejercicio del poder? ¿Por qué pensar que la fuerza puede dar derecho? Ladenson ofrece una respuesta "hobbesiana".2

5 Si alguna institución tiene

Si los países tienen el poder de coaccionar, entonces ellos, y sólo ellos, tienen la capacidad de resolver ciertos problemas, como el mantenimiento del orden social. Sólo los más fuertes de la sociedad pueden evitar que otros se involucren en los tipos de conflictos que amenazan con desestabilizar y destruir la sociedad.

Ladenson no llega al extremo de afirmar que quienes ostentan el poder están justificados para utilizarlo de la manera que les plazca. A los nazis no se les permitía moralmente cometer genocidio, aunque sí se justificaba su

esfuerzo por hacer cumplir las leyes de tránsito existentes.26 Las autoridades pueden reivindicar una autoridad legítima en ciertas áreas, pero no la poseen. Alguien tiene autoridad *de facto* sólo en caso de que tenga la capacidad de hacer cumplir sus amenazas y las personas amenazadas sean conscientes de esta capacidad. Esto, por sí solo, no les confiere autoridad *de iure .*

(p. 396) La virtud de la explicación de Ladenson es que resuelve fácilmente las paradojas de la autoridad. Las paradojas surgen sólo cuando se supone que las autoridades reclaman el poder normativo para crear razones para la acción. Como vimos, la naturaleza de ese poder parece completamente misteriosa. Ladenson, sin embargo, rechaza el supuesto central del poder: las autoridades reclaman el permiso moral para amenazar y castigar, no el poder moral para obligar y permitir. Dado que la normatividad de las sanciones es cualquier cosa menos misteriosa, Ladenson puede explicar cómo la guía autoritaria puede ser una actividad generadora de razones. Es la amenaza del castigo, más que la imposición de la obligación, lo que proporciona la razón para que los sujetos obedezcan a las autoridades.

En el modelo de Ladenson se ve claramente cómo la orientación autoritaria puede ser a la vez pertinente y racional. Las directivas autoritarias son pertinentes para el razonamiento práctico siempre que el equilibrio de razones se incline a favor de la conformidad debido a una amenaza de penalización. Las autoridades proporcionan una razón para obedecer que el agente no tenía antes de la intervención autoritaria y hacen que la conformidad sea racional. A través de la maquinaria coercitiva del Estado, se puede ver que las autoridades influyen en el razonamiento práctico de los agentes.

La obediencia a la autoridad tampoco comprometería la autonomía del agente. Según la concepción de Ladenson, las directivas autoritarias no son razones perentorias para la acción. Quienes lanzan amenazas ofrecen a sus víctimas la opción de obedecer (“tu dinero o tu vida”), aunque obviamente la elección no es entre opciones igualmente atractivas. Más importante aún, las amenazas no son razones independientes del contenido.27 Los agentes

nunca obedecen simplemente porque se les ordena que lo hagan: una amenaza vacía, por ejemplo, no da a la víctima ninguna razón para aceptar. Como la única razón que figura en la deliberación es la sanción amenazada, la autonomía moral de un agente no está por ello en riesgo. De hecho, incluso Godwin creía que a los agentes se les permite obedecer a las autoridades cuando se les amenaza: "Nada puede ser más cierto que una acción, supongamos que de menor importancia o utilidad, que por sí misma podría ser correcta de realizar, puede convertirse en mi deber descuidarla, si sé que al realizarla incurriré en la pena de muerte".28

Sin embargo, cualquier intento de rebajar las pretensiones de autoridad de poder a privilegio debe enfrentarse a una característica destacada de la autopresentación de la ley, a saber, que no sólo habla el lenguaje de las amenazas, sino también de la obligación. La ley no sólo amenaza a los ciudadanos con la cárcel si, por ejemplo, consumen drogas recreativas;

"prohíbe" su uso. Quienes violan la ley son "culpables" de un "delito" y son considerados "responsables" de su uso.

'mala conducta'. Cualquier sanción impuesta no es un impuesto ni una tasa de usuario, sino una 'penalidad'. El hecho de que las autoridades jurídicas empleen los conceptos morales de **(p. 397)** obligación, permiso, poder e inmunidad sugiere firmemente que no sólo reclaman el permiso moral para llevar a cabo sus amenazas.29 Los funcionarios jurídicos se sienten generalmente moralmente cómodos

cumpliendo la amenaza de la ley porque creen que todos estamos moralmente obligados a cumplirla y que es apropiado castigar a quienes no cumplen con sus obligaciones.

Incluso desde la perspectiva de la política de poder, la propuesta de Ladenson es inverosímil. Como señaló Weber, el poder político siempre debe buscar al menos la apariencia de poder moral para ser asegurado y mantenido.

Esto es así porque las autoridades imponen rutinariamente costos considerables a sus ciudadanos. No sólo prohíben innumerables acciones y, en menor grado, exigen que los ciudadanos se presten ayuda mutua en determinadas circunstancias, sino que crean todo un conjunto de obligaciones afirmativas que los ciudadanos tienen con el propio Estado. Van desde las ligeramente molestas, como las obligaciones de registrar el propio vehículo y de formar parte de un jurado, hasta las onerosas, como los requisitos de pagar los impuestos y mantener a la propia familia, así como las que ponen en peligro la vida, como las obligaciones de testificar bajo citación contra el acusado en un juicio por asesinato y de responder al reclutamiento militar.

Las autoridades utilizan muchas estrategias para influir en la gente y hacer que pague esos costos. Tal vez la estrategia más rentable sea la ideológica. Al reivindicar el poder de obligar, en lugar de simplemente el permiso para coaccionar, las autoridades intentan persuadir a sus súbditos de que cumplan por un sentido del deber moral. Cuanto mayor sea el número de personas que acepten la autoridad de la ley para imponer tales deberes, menos recursos tendrá que dedicar el Estado a la aplicación de sus leyes. Una vez que el Estado se haya ganado los corazones y las mentes de su gente, sus cuerpos lo seguirán. Es cierto que las estrategias de legitimación presuponen la existencia de una considerable maquinaria de educación, adoctrinamiento y manipulación. La difusión de la ideología, como cualquier otra cosa, no es gratuita. Sin embargo, el uso de la fuerza bruta también presupone un vasto aparato de prevención, detección y retribución. Incluso en el estado actual de la tecnología, la aplicación de la ley sigue siendo extremadamente intensiva en mano de obra, y requiere una gran red de policías, investigadores, fiscales y funcionarios penitenciarios, además de un amplio sistema de cárceles y otras instalaciones penitenciarias. Una sociedad que invirtiera todos sus recursos en intimidación y ninguno en persuasión, se arruinaría rápidamente.

Pero el gasto no es la única consideración que obliga a las autoridades a legitimarse. La maquinaria que el Estado erige para recompensar a quienes cumplen y castigar a

quienes no lo hacen debe estar a cargo de al menos algunos que reconozcan la legitimidad del Estado y permanezcan leales a su ideología. Simplemente no es posible tener "amenazas hasta el final". En algún momento, alguien tiene que llevar a cabo la voluntad de la autoridad **(p. 398)** porque se siente no sólo obligado, sino moralmente obligado a hacerlo. Las paradojas de la autoridad pueden entonces volverse contra quienes apoyan a esta burocracia estatal: ¿por qué sería racional que un burócrata atendiera las directivas de las autoridades para hacer cumplir sus amenazas contra otro? O bien el balance de razones apoya la ejecución de la amenaza o no. Si es el primer caso, entonces la ejecución es razonable, pero no porque el burócrata haya recibido instrucciones de hacer cumplir la amenaza, sino porque el balance de razones apoya la ejecución; si es el segundo caso, entonces la ejecución es irrazonable.

Parecería, por lo tanto, que el enfoque de Ladenson sobre la autoridad no puede defenderse apelando al hecho de que, de ser cierto, proporcionaría una solución a las paradojas de la autoridad. Porque, como acabamos de ver, el enfoque de Ladenson es vulnerable a problemas similares. En lugar de resolver las paradojas, su explicación las suprime en un contexto y no impide que reaparezcan en otros. El día del ajuste de cuentas no se evita, sino que simplemente se pospone.

Hay dos lecciones que debemos sacar de este debate. En primer lugar, no es posible resolver las paradojas de la autoridad intentando interpretar la obediencia como una mera respuesta a amenazas. La ejecución de las amenazas emitidas por quienes están en el poder es en sí misma una actividad cuya racionalidad y moralidad deben establecerse. En segundo lugar, es importante distinguir entre los conceptos de tener "autoridad sobre una persona" y tener "autoridad para actuar" o, para decirlo de otra manera, entre tener autoridad y simplemente estar autorizado. Tener autoridad es tener un poder normativo para cambiar las relaciones normativas de otra persona. Estar autorizado es simplemente que alguien que tiene autoridad nos permita actuar de cierta manera. La secretaria está autorizada a abrir el correo de su jefe, pero no tiene ningún poder al respecto. Como ha señalado

acertadamente Raz, el enfoque de Ladenson equipara lo que el Estado puede hacer con lo que el secretario puede hacer.30 Sin embargo, como hemos visto, el poder no normativo sobre una persona y la autoridad para ejercer ese poder no equivalen a la autoridad sobre una persona ni pueden sustituirla.

2.2 Autoridades teóricas

Según el primer cuerno de la paradoja de la autoridad y la racionalidad, si el balance de razones apoya el contenido de una directiva, entonces la directiva es redundante. En respuesta, se podría cuestionar la idea de que una directiva es irrelevante sólo porque da la solución correcta a un problema normativo. Una directiva autoritativa Página 10 de 39

Autoridad

Podría ser relevante si un agente pudiera utilizarla para resolver el problema por sí mismo. Al aplicar la directiva, podría llegar a la conclusión correcta en lugar de tener que deliberar sobre los méritos del caso en cuestión.

(p. 399) Esta respuesta intenta ubicar la legitimidad de la autoridad en su instrumentalidad epistémica. Los agentes tienen razones para obedecer a las autoridades siempre que sus directivas sean razones concluyentes para creer que los actos dirigidos son razonables. Las directivas autoritativas, a su vez, alcanzarían este estatus epistémico siempre que su fuente fuera un experto en el área regulada. Las autoridades serían legítimas, según esta perspectiva, sólo en el caso de que sus pronunciamientos constituyeran un consejo experto.

Esto sugiere que la autoridad práctica, es decir, la autoridad sobre lo que *debería* ser el caso, podría estar basada en la autoridad teórica, es decir, la autoridad sobre lo que *es* el caso. Esta idea es tan antigua como la propia filosofía occidental. En *La República* , Platón sostuvo que una sociedad justa debe ser gobernada por filósofos. La visión de Platón se basaba tanto en su alta estima por los filósofos como en su baja opinión de todos los demás. Los filósofos deben gobernar la ciudad justa porque solo ellos

tenían acceso a la verdad y se podía confiar en que actuaran por el bien común.

Los deseos sencillos y moderados, guiados por la razón, el juicio correcto y la reflexión, se encuentran en una minoría que tiene los mejores dones naturales y la mejor educación. ... Esta característica también se puede ver en nuestro estado, donde los deseos de la mayoría menos respetable están controlados por los deseos y la sabiduría de la minoría superior.31

No es necesario compartir la teoría social de Platón para ver las virtudes de este enfoque. Reducir la autoridad práctica a la teórica es atractivo no sólo porque es conceptualmente económico, sino también porque la racionalidad de confiar en la autoridad teórica parece no plantear problemas. Cuando una persona sabe más sobre un tema que uno, tiene sentido atenerse a su juicio; al hacerlo, uno hará mejor las cosas que si confiara en su propio juicio. Además, como mencionamos antes, confiar en la autoridad teórica es compatible con la autonomía. Alguien que actúa siguiendo el consejo de una autoridad puede hacerlo porque cree que la confianza está respaldada por el equilibrio de razones dependientes del contenido.

Si bien esta estrategia tiene sus ventajas, parece vulnerable a una serie de objeciones serias. En primer lugar, una característica esencial de las relaciones entre expertos y personas asesoradas es que estas últimas no deben actuar en función de sus consejos cuando saben que están equivocados. Si considero al meteorólogo una autoridad teórica sobre el tiempo, debería llevarme un paraguas cuando vea que llueve, aunque haya pronosticado un cielo despejado. No tiene ningún valor deferir ante una autoridad teórica cuando uno sabe que está equivocada: uno confía en las autoridades teóricas porque, y sólo porque, quiere saber qué es lo correcto. Por el contrario, las autoridades prácticas reivindican el derecho a obligar incluso cuando están equivocadas.

En el caso de Eliezer, los rabinos le exigieron que se mostrara reticente aunque él sabía (y ellos también) que estaban equivocados.

Sin embargo, esto no les impidió afirmar su autoridad. Parecería que la autoridad práctica no puede reducirse a la autoridad teórica, en la medida en que cada una pretende influir en el razonamiento práctico de maneras muy diferentes.

(p. 400) En segundo lugar, el enfoque epistémico malinterpreta gravemente las afirmaciones de las autoridades políticas. Las autoridades políticas afirman que sus directivas son más que simples razones para creer: afirman que son razones para actuar. Uno no cumple con una orden simplemente por creer que la orden estaba justificada; uno debe actuar en base a esta creencia.

Por el contrario, las autoridades generalmente no castigan las faltas de fe, sino sólo las faltas de acción. A menos que las autoridades castiguen los delitos de pensamiento, no es ilegal pensar que la ley sobre cualquier tema es errónea.

Sin embargo, es poco probable que los defensores del enfoque epistémico se sientan conmovidos por estos argumentos. En cuanto a la primera objeción, seguramente responderán que no se trata tanto de un argumento en contra de su posición, sino de un rechazo total de la misma. Quienes reducen la autoridad práctica a la teórica están ansiosos por negar que las autoridades legítimas sean vinculantes independientemente del contenido. Un crítico no avanza señalando el hecho de que las autoridades legítimas tienen el poder de obligar incluso cuando están equivocadas, dado que este "hecho" es precisamente lo que el enfoque epistémico quiere cuestionar. Por lo tanto, la historia talmúdica no puede usarse como refutación de la posición epistémica cuando todavía está por demostrar que la afirmación de los rabinos sobre la autoridad legítima era coherente.

Los defensores de la teoría epistémica admiten que se puede exigir a los sujetos que actúen incluso cuando piensan que las autoridades están equivocadas. Porque si las autoridades son legítimas cuando sus juicios son más fiables que los de sus sujetos, es más probable que tengan razón cuando sus sujetos piensan que están equivocados. La palabra clave aquí es "pensar".

Cuando los súbditos «saben» que están equivocados, como cuando una voz del cielo se lo dice, no deben aplazar su decisión.

Autoridad

Los defensores del enfoque epistémico también argumentarán que la segunda objeción no da en el blanco porque distorsiona gravemente su explicación de la autoridad. Quienes intentan reducir la autoridad práctica legítima a la autoridad teórica no afirman que las directivas autoritativas no sean más que razones para creer. Están de acuerdo en que las autoridades políticas exigen acción. Su afirmación, más bien, es que cuando las autoridades son legítimas, sus directivas *también son* razones concluyentes para creer que su contenido está justificado. De hecho, sus directivas son razones para actuar porque, y sólo porque, son razones para creer.

Aunque estas respuestas son eficaces, plantean problemas adicionales. Según la explicación epistémica, *A* tiene autoridad práctica sobre *B* en el dominio *C* si y sólo si *A* es más experto que *B* en los temas *C*. Sin embargo, si la pericia es necesaria para la autoridad legítima, se sigue que muchas áreas del derecho no pueden ser legítimas. Como es bien sabido, una de las funciones más vitales que cumplen las autoridades es resolver problemas de coordinación: establecen reglas de tránsito, estándares para pesos y medidas, monedas uniformes, etc. En un problema de coordinación, las partes tienen interés en trabajar de manera concertada, pero dado que hay más de una manera aceptable de hacerlo, deben determinar cuál de estas estrategias les permitirá coordinar el comportamiento. Por ejemplo, un automovilista quiere conducir en el mismo lado de la carretera que todos los demás automovilistas. Sin embargo, como tanto el lado izquierdo como el derecho son opciones igualmente buenas, tendrá problemas para saber en qué lado de la calle conducirán los demás **(p.**

401) y, por lo tanto, en qué lado debe conducir. Las autoridades pueden resolver problemas de coordinación

porque pueden designar una de las estrategias como la opción que todos deben seguir. Al marcar una de las combinaciones como vinculante para todos, las expectativas de todos se centran en esa combinación y se superan los problemas de información. Los automovilistas saben que deben conducir por el lado derecho de la carretera porque la ley ha seleccionado este lado al imponer una regla que lo requiere. Un automovilista debe conducir por el lado derecho porque sabe que los demás conducirán por la derecha dado que esperan que él haga lo mismo.

Por lo tanto, la capacidad de las autoridades para resolver problemas de coordinación no se deriva de ninguna pericia.32 Por hipótesis, los problemas de coordinación surgen debido a la multiplicidad de estrategias conjuntas aceptables. Cuando la ley designa el lado derecho de la carretera como la forma correcta de conducir, no lo hace porque el lado derecho sea mejor que el izquierdo; la ley era necesaria precisamente porque el lado derecho era tan bueno como el izquierdo. Las autoridades jurídicas no actúan como expertos en este sentido porque no hay nada sobre lo que ejercer su pericia. La capacidad de la ley para resolver problemas de coordinación se deriva en gran parte del hecho de que sus súbditos las consideran las solucionadoras de problemas de coordinación.33

Las teorías epistémicas son deficientes porque no pueden dar cuenta de la autoridad de la ley en situaciones en las que la pericia es irrelevante. Peor aún, no pueden legitimar la autoridad legal ni siquiera en casos en los que la pericia es sumamente deseable. La razón es simple: la autoridad de la ley, a diferencia del experto, es impersonal. Cuando un funcionario legal afirma tener autoridad para emitir una directiva, la fuente de esa autoridad reside en la oficina de la que emanará la directiva. Desde el punto de vista legal, todos deben escuchar al presidente Bush porque es el presidente, no porque sea Bush.

En cambio, la autoridad de un experto es completamente personal. Si uno debería escuchar a un experto, es porque éste posee conocimientos o habilidades superiores. Smith debería escuchar al doctor Jones porque es Jones, no porque sea médico. La naturaleza personal de la pericia se

refleja en el hecho de que la autoridad teórica, a diferencia de la autoridad legal, no se puede conceder, transferir, delegar, adquirir, heredar ni usurpar. Los expertos sólo "designan" a sus sucesores en un sentido metafórico.

Como la legitimidad de la autoridad de un funcionario es impersonal, pues depende de la legitimidad del cargo, las cualidades personales de cualquier funcionario no pueden contribuir en nada a la legitimidad de la autoridad del funcionario. El cargo no se vuelve más legítimo **(p. 402)** debido a la experiencia de su ocupante actual. Sin duda, uno tiene una razón para deferirle a un funcionario cuando ese funcionario es un experto. Pero la razón para deferirle al funcionario se debe a su condición de experto, no de funcionario. Si se ha de reivindicar la pretensión de autoridad de la ley, la existencia de la obligación de obedecer no debe depender de las personalidades de quienes exigen obediencia.

3 razones para anticiparse

Parecería que las paradojas de la autoridad no pueden resolverse debilitando el concepto de autoridad en las formas contempladas anteriormente. Si existen autoridades legítimas, tienen el poder normativo de obligar a sus súbditos.

Ahora exploraremos un intento menos obvio, pero mucho más interesante y sofisticado, de resolver las paradojas.

Joseph Raz ha sostenido que el culpable no es la suposición de que las autoridades pueden obligar, o de que pueden obligar independientemente de su contenido, sino una imagen falsa sobre la naturaleza de la racionalidad y el impacto que tiene la autoridad en el razonamiento práctico. Una vez que se reconoce la contribución distintiva que las directivas autoritativas hacen a la racionalidad del cumplimiento, los problemas de la autoridad se disuelven fácilmente.

3.1 La concepción de la autoridad como servicio

Según Raz, una característica esencial de la ley es que reivindica la autoridad legítima para regular la conducta de sus súbditos. No sólo reivindica el privilegio de amenazar o las credenciales para dar consejos, sino el derecho moral de obligar, permitir, facultar e inmunizar.

Según Raz, aunque la ley necesariamente reivindica una autoridad legítima, no necesariamente la posee. La pretensión de autoridad de la ley puede ser, y muy a menudo lo es, falsa. Según lo que Raz llama la concepción de la autoridad como "servicio", las autoridades políticas poseen legitimidad sólo cuando, y en la medida en que, sirven a sus súbditos.34

Las autoridades trabajan para nosotros, no al revés.

¿En qué consiste exactamente este servicio? Según la interpretación que hace Raz de la concepción del servicio, la tarea distintiva de las autoridades políticas es la de mediar entre las personas y las razones que se aplican a ellas. Es decir, su papel es considerar las razones que se aplican a sus súbditos y formular o ratificar directivas que permitan a sus súbditos ajustarse al equilibrio de esas razones. Las autoridades son legítimas cuando sus **súbditos** necesitan esos servicios de mediación y las autoridades satisfacen esas necesidades. Los gobiernos ejercen su autoridad, por tanto, no construyendo puentes, educando a los niños o repeliendo a los invasores extranjeros, sino más bien produciendo y validando normas que permitan a sus súbditos ajustarse a la Razón.

Más precisamente, la concepción de “servicio” de Raz está constituida por dos tesis sobre la naturaleza y el papel de la autoridad. La primera se refiere al tipo de razones que deberían guiar a las autoridades cuando regulan la conducta. Según Raz, todas las directivas autoritativas deberían basarse, en lo principal, en razones que se apliquen independientemente a los sujetos de las directivas. Raz llama a estas razones “razones dependientes” y a la condición anterior la “Tesis de la Dependencia”.35

Raz distingue la Tesis de la Dependencia de la idea de que las autoridades deben servir a los intereses de sus súbditos.36 Un comandante militar debe actuar sobre la base de razones que se aplican a los soldados (por ejemplo, la defensa del país) aun cuando sus órdenes puedan no estar en interés de los soldados. Raz también señala que la Tesis de la Dependencia especifica la forma en que las autoridades deben legislar y juzgar, no la forma en que realmente lo hacen.37 Obviamente, muchos ejercicios de autoridad no se basan en razones dependientes.

La segunda mitad de la concepción del servicio se refiere al tipo de argumento que debe ofrecerse para justificar la autoridad. Según la "Tesis de la Justificación Normal", las autoridades son legítimas cuando sus súbditos tienen más probabilidades de ajustarse al equilibrio de razones que se les aplica si cumplen sus directivas que si intentaran ajustarse a ese equilibrio directamente.38 La legitimidad de la autoridad, por tanto, se basa en la racionalidad instrumental de la ley. Al cumplir la ley, los agentes tienen más probabilidades de hacer lo que se supone que deben hacer que si intentaran actuar razonablemente por sí mismos.

La tesis de justificación normal especifica la condición que las autoridades deben satisfacer para ser consideradas legítimas.

Se trata de una prueba rigurosa que probablemente ninguna autoridad haya superado jamás por completo. Es poco probable que en *todos* los casos alguna autoridad esté en mejor posición que *cada* uno de sus súbditos para evaluar las exigencias de la razón o para proporcionar orientación para satisfacer dichas exigencias. Sin embargo, Raz admite la posibilidad de una legitimidad parcial, es decir, cuando una autoridad es legítima con respecto a algunas áreas de regulación pero no a otras.39

Por ejemplo, una autoridad puede ser legítima en lo que respecta a la regulación de la seguridad de los trabajadores, pero no en lo que respecta a la moral sexual. Raz también admite que una autoridad puede ser legítima para algunos sujetos y no para otros. Yo puedo estar sujeto a ciertas normas jurídicas diseñadas para proteger la salud

pública, mientras que mi médico puede no estarlo. Todo depende de si los sujetos obtendrán mejores resultados si cumplen la ley que si intentaran ajustarse directamente a la razón.

(p. 404) 3.2 La tesis preventiva

Tal vez la afirmación más conocida de Raz sobre la naturaleza de la autoridad es que las directivas autoritativas son diferentes a las razones ordinarias en que no sólo son razones para actuar de acuerdo con su contenido, sino también razones para anticiparse Página 13 de 39

Autoridad

Otras razones para la acción. Son ejemplos de lo que él llama razones "preventivas". Cuando las autoridades exigen la realización de una acción, sus directivas no sólo se suman al resto de razones, sino que también excluyen estas razones y ocupan su lugar. Raz llama a esta idea la "tesis preventiva".[40]

Según Raz, la tesis preventiva se desprende tanto de la tesis de la dependencia como de la tesis de la justificación normal.

La tesis de la dependencia establece que las directivas autoritativas deben basarse en el equilibrio de razones dependientes.

Como estas directivas tienen por objeto reflejar razones dependientes, no pueden contabilizarse junto con ellas. Hacerlo equivaldría a contabilizar algunas de las razones dependientes dos veces.4

1 Las directivas autoritativas deben reemplazar

razones dependientes porque es su función representarlas.

De la misma manera, la Tesis de la Justificación Normal establece que las directivas autoritativas son vinculantes sólo en el caso de que los sujetos tuvieran más probabilidades de conformarse con el equilibrio de razones

dependientes al cumplir con las directivas que si intentaran conformarse con el equilibrio directamente. Si las directivas autoritativas de una autoridad legítima no se adelantaran a las razones dependientes subyacentes, entonces sería racionalmente aceptable que un sujeto considerara dichas razones al decidir cómo actuar. Al hacerlo, sin embargo, el sujeto estaría deliberando sobre los méritos del caso y formando un juicio sobre lo que se debe hacer. Sin embargo, si la autoridad es legítima, es racionalmente inaceptable que el sujeto se base en sus propios juicios en lugar de en las directivas autoritativas mismas.42 Por lo tanto, si la Tesis de la Justificación Normal es verdadera, también lo es la Tesis Preferente.

Raz ilustra estos puntos utilizando el ejemplo del arbitraje.43 Dado que se supone que la decisión del árbitro debe reflejar los méritos del caso en cuestión, quien la considerara junto con los méritos cometería un error de aritmética normativa, ya que contaría algunos de los méritos dos veces: una directamente y otra a través de la decisión que está diseñada para incorporar su fuerza. Además, las partes utilizan árbitros para resolver sus disputas siempre que descubren que no pueden resolver su conflicto por sí mismas, o cuando hacerlo sería demasiado costoso. Le dan al árbitro el poder de decidir con autoridad quién tiene razón y, al hacerlo, renuncian al derecho de impugnar la decisión. Considerar la decisión del árbitro como una razón ordinaria que debe agregarse al resto junto con los otros méritos viciaría el propósito del arbitraje. Se supone que la decisión elimina la necesidad de deliberar y debatir los méritos del caso que han presentado.

(p. 405) Debido a que las directivas autoritativas prevalecen sólo sobre aquellas razones que se supone que deben reflejar, carecerán de fuerza preventiva en situaciones en las que las autoridades no pueden o no quieren seguir el equilibrio de las razones dependientes.

Por ejemplo, no es necesario acatar las decisiones de un árbitro si está borracho o ha sido sobornado o si posteriormente aparecen nuevas pruebas de gran importancia. 44 Asimismo, dado que las directivas autoritativas tienen fuerza preventiva para impedir que los agentes actúen directamente sobre el fondo del asunto, las

directivas no tendrán fuerza preventiva en el caso de que los sujetos puedan determinar que se ha cometido un error sin examinar los méritos subyacentes del caso. Raz sostiene que las directivas autoritativas pueden no ser vinculantes si son "claramente erróneas". Un error claro es un error que puede no desviarse sustancialmente del balance de razones, pero que lleva su error a la vista. 4

5 Esto debe distinguirse de un gran error que no

de hecho se desvían en gran medida del equilibrio de razones y cuya detección como error requiere que el agente delibere sobre las razones dependientes subyacentes que supuestamente respaldan la reclamación.

Raz ilustra la diferencia entre los dos tipos de errores utilizando el caso de la suma de números enteros. Si una autoridad le dice al agente que la suma es un número entero, la única manera de detectar un gran error en la suma puede ser sumar todos los números enteros y luego comparar los resultados. Por otra parte, si la respuesta presentada fuera una fracción, entonces sería claro que la autoridad había cometido un error. En tal caso, los dictados de la racionalidad no requieren que el agente crea en errores claros, sino que instarían a la aceptación de grandes errores.

3.3 La Justificación del Estado

Raz menciona cinco escenarios en los que las autoridades políticas pueden lograr legitimidad bajo la Tesis de Justificación Normal.46 El primero involucra casos en los que se necesita asesoramiento experto y las autoridades poseen la competencia requerida. Las regulaciones que tratan sobre la aprobación de productos farmacéuticos, por ejemplo, se basan típicamente en la experiencia y la información que posee el gobierno pero de las que carece el ciudadano común. Al acatar tales directivas, es probable que los sujetos obtengan mejores resultados que si trataran de averiguar por sí mismos qué medicamentos son seguros y efectivos.

Las siguientes dos clases de casos involucran situaciones en las que las autoridades compensan diversas deficiencias

de racionalidad.

Autoridad

En algunas situaciones, las autoridades pueden verse menos influenciadas por la tentación y los prejuicios que sus súbditos. En otros casos, la deliberación puede ser costosa, ya sea porque genera ansiedad, fatiga o redirige recursos cognitivos y emocionales que otros esfuerzos requieren. Al confiar en las autoridades, los súbditos podrán evitar los costos que implica el intento de ajustarse al equilibrio de las razones que se les aplican.

(p. 406) La cuarta clase se refiere a los casos en que las autoridades están en una posición superior para proporcionar soluciones a los problemas de coordinación. Las autoridades, por ejemplo, son generalmente mejores que los conductores para establecer las reglas de tránsito. Aunque no siempre es así (a veces las convenciones informales son más eficientes), a menudo sucede que las soluciones de arriba hacia abajo son superiores a las de abajo hacia arriba y, cuando lo son, las soluciones autorizadas serán legítimas y vinculantes para los participantes.

La última clase se refiere a los dilemas del prisionero. En un dilema del prisionero, cada jugador obtiene mejores resultados si todos cooperan que si todos desertan; sin embargo, a diferencia de los problemas de coordinación, cada uno obtiene mejores resultados si los demás cooperan, pero él deserta. Por lo tanto, si todos actuaran de manera tal de lograr el mejor resultado, es decir, la deserción unilateral, producirían un resultado que es subóptimo a nivel individual, es decir, la deserción universal. Para lograr la solución eficiente, las autoridades pueden emitir directivas que requieran que los jugadores cooperen. Por ejemplo, si no hubiera leyes que me obliguen a pagar impuestos, no sería racional que alguien contribuyera voluntariamente con dinero para el mantenimiento general de la sociedad. Como resultado, no habría dinero disponible para el mantenimiento de la sociedad. Sin embargo, según Raz, una vez que se aprueben leyes que obliguen a todos a

pagar impuestos, todos tendrán una razón para pagar sus impuestos.

Aunque no todos cumplan, al menos tendrán motivos para hacerlo, algo que no tenían antes de que se promulgaran las leyes.

3.4 Soluciones razianas a las paradojas

Una enorme virtud de la teoría de la autoridad de Raz es que proporciona soluciones poderosas a las paradojas de la autoridad.

Las soluciones, como se podría suponer, se basan en las dos afirmaciones distintivas que Raz hace sobre la autoridad: primero, que están justificadas principalmente por razones instrumentales, y segundo, que sus directivas tienen fuerza preventiva.

Sin embargo, antes de analizar las soluciones de Raz a las paradojas, debemos traducir su terminología a la nuestra. Supondré que cuando Raz habla de razones "dependientes", se refiere a lo que he llamado "dependientes del contenido".

Razones. Aparte de las afinidades lingüísticas, ambos tipos de razones comparten la misma característica: son razones que se aplican a los sujetos independientemente de la existencia de directivas autoritativas.

En cuanto a las razones preventivas, sin embargo, Raz niega que sean lo mismo que las razones perentorias. Una razón perentoria es una razón para no *deliberar* sobre otras razones, mientras que una razón preventiva es una razón para no *actuar* en función de otras razones. Raz critica a Hart por pensar que la sumisión a la autoridad requiere la entrega real del juicio, en lugar de simplemente la pérdida del derecho a actuar en función de ese juicio.47 Uno obedece una orden incluso cuando piensa que esa directiva es incorrecta.

Creo que Raz está malinterpretando la noción de Hart, incluso la noción común de “deliberación”. Deliberar no es simplemente dedicarse al proceso de pensamiento de

sopesar **(p. 407)** los pros y los contras. Más bien, la deliberación es esencialmente una guía para la acción. Quien delibera lo hace con el objetivo de formar una intención de actuar en función de los resultados de esa deliberación. Una razón perentoria no es, entonces, una razón para no pensar en otras razones, sino una razón para no formar una intención basada en ellas.

En otro sentido, sin embargo, Raz tiene razón al afirmar que una razón preventiva es diferente de una perentoria. Una razón preventiva no es simplemente una razón para no actuar en función de otras razones, sino una razón que las *reemplaza* . Una razón perentoria, en cambio, simplemente excluye ciertas razones de la consideración seria, no las reemplaza en la deliberación.

Sin embargo, una razón perentoria que también es independiente del contenido, es decir, una razón CIP, tiene la misma fuerza normativa que una razón preventiva. La naturaleza perentoria de la razón CIP excluirá solo las razones de acción dependientes del contenido; dado que es una razón independiente del contenido, no se excluirá a sí misma. Una razón CIP, por lo tanto, es una razón para excluir otras razones conflictivas, así como una razón para actuar de acuerdo con su contenido, al igual que una razón preventiva.

Ahora estamos en condiciones de analizar la paradoja de la autoridad y la racionalidad. Supongamos que una autoridad legítima

Autoridad

emite una directiva a algún agente requiriéndole que realice una acción que ya está respaldada por el balance de razones.

En este caso, el agente debería cumplir con la orden, pero ¿es relevante su existencia para su razonamiento práctico? Según la teoría de Raz, sí lo es. Según la tesis de la justificación normal, puesto que la autoridad es legítima, sus órdenes hacen que sea más probable que el agente actúe mejor en términos de las razones que se le aplican si cumple con ellas que si trata de actuar de acuerdo con esas

razones directamente. Por lo tanto, la orden es una razón para la acción, porque a través de su guía, el agente aumenta sus posibilidades de actuar de acuerdo con el equilibrio de razones dependientes del contenido.

Supongamos, por otra parte, que el contenido de la directiva no está respaldado por el balance de razones. ¿Debe un agente seguir la directiva? La respuesta aquí es "Sí" nuevamente, ya que según la Tesis Preferente, las directivas emitidas por autoridades legítimas no se agregan simplemente al balance de razones dependientes, sino que reemplazan algunas de estas razones. Como resultado de esta exclusión, las razones dependientes que aconsejan no ajustarse a la directiva ya no son relevantes. Las únicas razones que cuentan son las que quedan en el balance, que, en este caso, son la directiva autoritativa.

De este modo se asegura la posibilidad de obediencia racional a la autoridad legítima. Si un agente cree que obtendrá mejores resultados en términos de las razones que se le aplican si se somete a las directivas emitidas que si delibera, se le exige racionalmente que se someta a cada directiva independientemente de sus juicios sobre el equilibrio de las razones dependientes.

Desafortunadamente, cuando nos dirigimos a la paradoja de la autoridad y la autonomía, debemos recurrir a la especulación. La razón es que la comprensión de Raz de la autonomía difiere de la que hemos estado considerando. Raz a veces considera la autonomía como un principio de razón práctica, y otras veces como una capacidad para, o el ejercicio de, la autodeterminación. Cuando se entiende como un principio práctico, es un principio racional, no moral. "[E]l derecho y el deber de uno de actuar según su propio juicio de lo que debe hacerse, *considerando todas las cosas ... lo llamaré principio de autonomía*" **. 48** Raz agrega en una nota a pie de página que "[e]stá claro que este principio de autonomía no es realmente un principio moral sino un principio de racionalidad". 49 Según esta concepción de la autonomía, la paradoja de la autoridad y la autonomía es una variante simple de la paradoja de la autoridad y la racionalidad y puede resolverse de la misma manera.

Cuando la autoridad se considera como una capacidad de autodeterminación, es inevitable que la autoridad y el ejercicio de la autonomía entren en conflicto. Si las acciones de uno son autodeterminadas, no pueden, al mismo tiempo, ser determinadas por la autoridad. Raz reconoce este conflicto, pero no se alarma especialmente por él, ya que lo considera como un compromiso. Muchas veces, uno debería sacrificar su derecho a actuar según sus propios juicios cuando estos son inferiores a los de otro. Sin embargo, a veces es mejor actuar según nuestros propios juicios inferiores simplemente porque son nuestros juicios. Sin cometer errores, uno nunca puede desarrollar las capacidades necesarias para la acción autónoma en otras esferas de la vida.

Aunque Raz no considera la autonomía de la misma manera que nosotros, es decir, como una tesis sobre el espacio de las razones, creo que es claro que Raz simpatiza con las mismas preocupaciones básicas. Después de todo, un compromiso central de su concepción del servicio es que las autoridades legítimas son *deónticamente conservadoras* : “[L]as autoridades no tienen el derecho de imponer deberes completamente independientes a las personas... sus directivas deberían reflejar razones dependientes que sean vinculantes para esas personas en cualquier caso”.50

Si bien no conocemos su respuesta a la paradoja de la autoridad y la autonomía, podemos construir una teoría "raziana".

Respuesta. Un raziano podría negar que un agente sea heterónomo simplemente porque actúa por una razón preventiva.

La heteronomía no resulta de actuar en base a razones de la CIP, sino de no ajustarse conscientemente a razones dependientes del contenido. Si una directiva pasa la prueba establecida en la Tesis de Justificación Normal, entonces su naturaleza independiente del contenido y perentoria se justifica por su capacidad de generar conformidad con el resto de razones dependientes del contenido para la acción. Por lo tanto, se puede actuar en base a una CIP y razones dependientes del contenido al mismo tiempo. No se estaría obedeciendo *simplemente* porque otro nos lo ordena, sino

porque al hacer lo que se nos ordena, es más probable que se actúe en base a razones dependientes del contenido que no han sido derrotadas.

4 ¿Es necesaria la prelación?

La teoría de Raz proporciona una respuesta poderosa a las paradojas de la autoridad, como hemos visto, porque combina un enfoque *instrumental* de las directivas autoritarias con un **(p. 409)** teoría *jerárquica de la racionalidad.5*

1 En el

Por un lado, es función de las directivas autoritarias maximizar la conformidad con el equilibrio de contenido dependiente

razones. Sin embargo, no es necesario que ninguna directiva autoritativa cumpla realmente esa función. Mientras sea racional que alguien acepte una autoridad como legítima dentro de un cierto dominio, es racional guiar la propia conducta por cualquier directiva emitida con respecto a ese dominio, incluso cuando la conformidad con esa directiva no esté, a juicio del propio agente, respaldada por el balance de razones dependientes del contenido.

El éxito de la respuesta de Raz depende, entonces, de si un enfoque instrumental de las directivas autoritativas es compatible con una teoría jerárquica de la racionalidad. La preocupación aquí es ésta: si se supone que las directivas autoritativas maximizan la conformidad con el equilibrio de razones dependientes del contenido, ¿cómo puede uno tener una razón para guiar su comportamiento por una directiva cuando no hace lo que se supone que debe hacer? Como los actutilitaristas han argumentado en un contexto similar, seguir una regla cuando da resultados subóptimos es participar en una forma de "adoración de la regla". 52 Si las directivas autoritativas son razones instrumentales para la acción, no pueden, al mismo tiempo, ser razones preventivas para la acción; alternativamente, si la Tesis de

Justificación Normal es verdadera, entonces la Tesis Preventiva no puede serlo.

Como hemos visto, Raz presentó dos argumentos para demostrar que la instrumentalidad de las directivas implica su efecto preventivo: uno basado en la Tesis de la Dependencia y el otro en la Tesis de la Justificación Normal. Los críticos han respondido principalmente al segundo de estos argumentos. Han intentado demostrar que las directivas autoritativas pueden ser instrumentalmente valiosas incluso si no se anticipan a las razones que se supone que reflejan. En la siguiente sección, exploraremos esta posibilidad.

4.1 El modelo simple

Como vimos en la sección anterior, Raz argumentó que la Tesis de la Prelación se desprende de la Tesis de la Justificación Normal: si las directivas autoritativas no prevalezcan sobre las razones dependientes, sería racionalmente aceptable que un sujeto intentara ajustarse al equilibrio de las razones dependientes, que es precisamente lo que la Tesis de la Justificación Normal declara que es racionalmente inaceptable. Nótese que este argumento supone que sólo hay dos opciones: o bien un sujeto se somete por completo a una directiva autoritativa o bien la ignora por completo y delibera en su ausencia. Sin embargo, estas dos alternativas no parecen agotar todas las posibilidades.

Consideremos, por ejemplo, los casos en que las autoridades prácticas son autoridades teóricas sobre un tema determinado.

Los pronunciamientos autoritativos son, entonces, razones para creer que **(p. 410)** el balance de razones dependientes del contenido apoya la conformidad. Cumplir con una directiva autoritativa podría implicar tratarla como evidencia sólida respecto del balance de razones dependientes del contenido y actuar sobre la base de ella, así como de todas las otras evidencias disponibles. Las directivas autoritativas no reemplazarían las razones que se supone que reflejan; serían razones adicionales que respaldarían el lado pro contenido del balance y se

considerarían junto con todas las otras razones dependientes del contenido.

Llamemos a esta explicación de la autoridad el «modelo simple». El modelo simple trata una directiva autoritativa como trataría cualquier otra razón: como una consideración normativa de primer orden que se añade al resto de razones y que puede considerarse junto con las demás razones dependientes del contenido. En el caso de la autoridad legítima, el peso de las razones autoritativas es grande, lo suficientemente grande, de hecho, como para superar a cualquier otra razón contraria.

Al menos a primera vista, el Modelo Simple maneja fácilmente situaciones en las que las autoridades prácticas son también autoridades teóricas: trata sus directivas como razones sólidas de primer orden para creer que el balance de razones dependientes del contenido apoya la conformidad. Se puede hacer un análisis similar para las directivas que se utilizan para reducir los costos de deliberación y compensar las incapacidades cognitivas. En estos casos también las directivas son razones de primer orden de peso para creer que el balance de razones apoya el contenido de las directivas y son lo suficientemente fuertes, dados los costos de deliberación sobre los méritos, para superar cualquier razón contraria.

En lo que respecta a los problemas de coordinación, el modelo simple considera que las directivas autoritativas crean prominencia. El equilibrio especificado por el contenido de la directiva se hace más evidente con la emisión de la directiva y esta "marca" centra la atención de todos los jugadores en esa solución. Cada jugador no sólo se centra en esa solución, sino que espera que los demás se centren de manera similar y espera que los demás esperen que ellos se centren de manera similar. Al igual que en los otros casos, las directivas autoritativas legítimas no se anteponen a las razones subyacentes que respaldan una solución en lugar de otra; son simplemente razones muy poderosas para actuar en consecuencia que superan a las razones para actuar de manera diferente.

Un defensor del Modelo Simple argumentaría que, contrariamente al argumento de Raz, quien trata las directivas autoritativas como sugiere el Modelo Simple no anularía los beneficios de confiar en la autoridad legítima. Porque, leída a través de la lente del Modelo Simple, la Tesis de Justificación Normal establece que una autoridad es legítima sólo en caso de que asignar un peso significativo a sus directivas le permita a uno hacer mejor que si no le asignara ningún peso en absoluto. Una autoridad está justificada en casos de coordinación, por ejemplo, sólo en caso de que tratar la directiva autoritativa como una marca de la estrategia saliente y, por lo tanto, agregarla al balance de razones le permita a uno hacer mejor que si uno no tratara el contenido de la directiva como saliente sino que tratara de resolver el problema de coordinación por sí mismo. La Tesis de Justificación Normal, por lo tanto, no implicaría la Tesis Preferente, dado que la instrumentalidad de la autoridad puede ser aprovechada incluso sin preferente.

(p. 411) 4.2 Variaciones: Transformación, reponderaciones y presunciones El modelo simple es sólo una de las muchas alternativas posibles al modelo de prelación de Raz. Algunas propuestas representan variaciones sutiles del modelo simple, mientras que otras proponen desviaciones más radicales que se asemejan mucho al enfoque de Raz. Lo que todas tienen en común es que rechazan la tesis de prelación, es decir, que las directivas autoritativas deben prealtar por completo las razones que se supone que deben reflejar.

Partiendo de variaciones sutiles del Modelo Simple, algunos teóricos han sostenido que las directivas autoritativas tienen poderes transformadores: su función es alterar el conjunto de razones dependientes del contenido. Cuando, por ejemplo, las directivas autoritativas constituyen una prueba sólida de que el balance de razones dependientes del contenido apoya la conformidad, son razones de peso para creer que otras razones no son de hecho razones y, por lo tanto, no tienen derecho a ocupar su lugar en el balance. En este Modelo Transformativo, las directivas autoritativas que se utilizan para compensar la

irracionalidad no reemplazan ninguna razón dependiente del contenido. Son razones para no actuar en base a *creencias poco fiables* , no razones para eliminar una razón de buena fe del balance de razones. Como sostiene Heidi Hurd, "la condición de incompetencia de una persona no es más que una prueba del hecho de que, al elaborar estas razones dependientes del contenido, puede que no esté empleando premisas verdaderas".53

En los casos de coordinación, la directiva autoritativa desvía la atención de otras opciones y la centra en el contenido de la directiva. Cualesquiera que sean las razones que tenían los jugadores para actuar según las otras opciones, ya no las tienen. Consideremos el análisis de Leslie Green sobre las normas de coordinación:

En el supuesto de que se espera que se adopte una determinada alternativa, ya no hay ningún atractivo en actuar de otra manera, porque al hacerlo se estaría nadando contra la corriente, algo que, por hipótesis, no nos interesa. Pero hay que tener en cuenta que estas opciones no relevantes no dejan rastro práctico: no se las desea y no ejercen ningún atractivo residual desde ningún punto de vista; simplemente, se las supera. Para alcanzar un equilibrio apelando a una norma convencional o creándola, basta con actuar sobre la base de un balance de razones de primer orden.54

Más complicadas son las propuestas que tratan las directivas autoritativas como razones de segundo orden que afectan el peso de las razones de primer orden que se supone que reflejan. **(p. 412)** Stephen Perry llama a tales razones "reponderación".

Razones.5

5 Una razón de reponderación es una razón para actuar "como si" otra razón tuviera un cierto peso. Un sujeto que considerara una directiva autoritativa como evidencia sólida de qué acciones eran razonables podría, según Perry, reponderar las razones dependientes del contenido, transfiriendo parte del peso de las razones que no respaldan el contenido de la directiva a otras que sí lo respaldan.

Las razones de reponderación de Perry son generalizaciones de las razones preventivas de Raz. Una razón excluyente es un caso límite de una razón de reponderación, que transfiere todo el peso de ciertas razones que no respaldan su contenido a aquellas que sí lo respaldan. Por lo tanto, aparte de las razones preventivas, las razones de reponderación no prevalecen sobre las razones sobre las que operan.

Además de funcionar como razones de reponderación, Perry también sostiene que las directivas autoritativas pueden adoptar la forma de presunciones, o como él las llama, razones "epistémicamente limitadas".56 En este modelo, quienes se basan en directivas autoritativas presumen que el contenido de las directivas está respaldado por el balance de razones. Tales presunciones no reemplazan completamente las razones subyacentes, en la medida en que pueden ser refutadas en ciertas circunstancias. Perry cree que las directivas autoritativas establecen umbrales de credibilidad que reemplazan la investigación de las razones subyacentes en caso de que ninguna razón de un tipo suficientemente pesado exceda el umbral. Otros

Autoridad

Los defensores del modelo de presunción, como Fred Schauer, creen que estas presunciones pueden refutarse mediante una "mirada superficial"57 a las razones dependientes del contenido para determinar si existe una razón suficientemente buena para dudar de la confiabilidad de la presunción.

Al igual que en el caso del modelo simple, estas propuestas alternativas permiten a los sujetos beneficiarse instrumentalmente de la autoridad sin necesidad de una prelación completa. Reinterpretada adecuadamente según estos modelos, la tesis de la justificación normal legitima la autoridad sólo en el caso de que, al tratar las directivas autoritativas como razones de peso de primer orden/segundo orden de reponderación/presunción y luego actuar sobre la base del balance de razones resultante, el sujeto tenga más probabilidades de ajustarse al balance de

razones dependientes del contenido que si no las tratara de esta manera.

En situaciones en que se cumple tal condición, un sujeto que actúa sobre la base de sus juicios sobre el equilibrio de razones no estaría deshaciendo el trabajo de la autoridad, sino más bien estaría aprovechando el valor de la autoridad y utilizándolo como debería ser utilizado.

(p. 413) 4.3 ¿Es racional la prelación?

Los críticos de Raz no sólo han sostenido que los beneficios instrumentales de las directivas autoritativas pueden obtenerse sin prelación, sino que también sostienen que la gente no suele tratar las directivas autoritativas como razones preferentes. 58 Es un hecho bien conocido en ciertos sistemas jurídicos, por ejemplo, que los jueces tienen el poder de apartarse de las reglas establecidas. Los jueces de common law pueden negarse a seguir un precedente en determinadas circunstancias, por ejemplo, si la regla es obsoleta o suficientemente injusta. Pero si los jueces tratan las reglas jurídicas como razones preferentes, y si las razones preferentes siempre derrotan a las razones que caen dentro de su ámbito de aplicación, sin importar cuán fuertes sean las razones de primer orden, un juez estaría prohibido para siempre de actuar sobre la base de razones que favorezcan apartarse de las reglas. Parecería entonces como si la naturaleza preferente de las reglas jurídicas fuera incompatible con la revisabilidad del common law.

No sólo es dudoso que los jueces traten los precedentes como razones preventivas, sino que los críticos de Raz sostienen que no deberían hacerlo. Las doctrinas del common law se afianzarían y la flexibilidad de la ley para adaptarse a nuevas circunstancias se vería enormemente reducida. Michael Moore, por ejemplo, sostiene que la explicación de "Raz" adolece de [este] defecto...

"Algunos casos en los que un juez debería hacer caso omiso no serán caso omisos... La obligación judicial es hacer caso omiso siempre que el balance de razones (incluidas las razones que inclinan a no hacerlo dadas por los valores del estado de derecho) hagan que sea lo correcto". 59

En cambio, en los modelos alternativos que hemos estado analizando, los jueces deberían apartarse de las normas jurídicas sólo en caso de que existan razones lo suficientemente poderosas como para invalidar las razones para adherirse a ellas. De manera similar, los sujetos deberían desobedecer cualquier directiva que no esté respaldada por el balance de razones de primer orden, el balance de razones de primer orden reponderadas o el balance presunto de razones de primer orden, respectivamente. El beneficio de estas explicaciones, por lo tanto, es que intentan explicar la virtud de confiar en la autoridad sin sucumbir al vicio del culto a las normas.

Podríamos resumir estas críticas como un ataque a la solución de Raz a la paradoja de la autoridad y la racionalidad. Cuando el balance de razones dependientes del contenido apoya la conformidad con una directiva autoritativa, Raz no ha demostrado por qué las directivas autoritativas deben entenderse como razones preventivas en lugar de razones de primer orden de peso, que reponderan las razones o presunciones de segundo orden. Por otro lado, cuando el balance de razones dependientes del contenido apoya la no conformidad, Raz no ha demostrado cómo las directivas autoritativas pueden hacer que consideraciones normativas que de otro modo serían relevantes en su ausencia sean completamente irrelevantes en su presencia.

(p. 414) 4.4 Doble contabilización y dilemas del prisionero

Los críticos de Raz han ignorado en gran medida su argumento en contra de la doble contabilización. Tampoco han respondido a su análisis de las soluciones autorizadas a los dilemas del prisionero. En esta sección, me gustaría examinar brevemente si estos argumentos son eficaces.

Según el argumento de la doble contabilización, las directivas autoritativas deben ser preferentes para evitar que las razones dependientes se cuenten dos veces. Dado que se supone que las directivas autoritativas deben reflejar razones dependientes, estas razones no pueden tener un peso independiente junto con las directivas en la

balanza. Al intentar reflejar razones dependientes, deben reemplazarlas.

Este argumento, sin embargo, es demasiado débil y demasiado fuerte a la vez. Es demasiado débil en el sentido de que sólo establece que cuando una Página 19 de 39

Autoridad

Si el sujeto está *seguro* de que la orden refleja el equilibrio de las razones dependientes, no debería contar la orden y las razones dependientes juntas. Esto, de hecho, implicaría una doble contabilización. Sin embargo, si un sujeto no está convencido de que las órdenes emitidas deliberadamente reflejan el equilibrio de las razones dependientes, entonces un agente podría considerar las razones dependientes como un control contra la posibilidad de error. Un sujeto podría razonar de la siguiente manera:

"Como la autoridad en cuestión es muy fiable, daré gran importancia a la directiva autoritativa en mis deliberaciones. Pero como existe la posibilidad de que la autoridad haya cometido un error, también consideraré cualquier razón que pueda militar en contra de la obediencia al juzgar cómo actuar. Si hay una razón lo suficientemente importante como para desobedecer, entonces concluiré que la directiva no logró reflejar el equilibrio de razones y desobedeceré". Las razones dependientes no se cuentan aquí dos veces, sino que se utilizan para garantizar que se cuenten al menos una vez.

El argumento también es demasiado fuerte, porque si fuera válido, todas las formas de consejo tendrían carácter preferente. Quienes ofrecen consejos ordinarios también pretenden basar sus recomendaciones únicamente en razones dependientes. De ello se deduciría, según el argumento de la doble contabilización, que el consejo ordinario es también una razón preferente, porque no puede considerarse una razón de primer orden para creer sin contar las razones dos veces. Esto llevaría al absurdo: cualquier consejo creíble anularía todas las razones para creer del asesor siempre que supiera que el asesor las tuvo en cuenta en su juicio.

En cuanto al análisis de Raz de los dilemas del prisionero, recordemos que sostuvo que las directivas autoritativas pueden utilizarse para resolver esos problemas si se anticipan a las razones de la deserción. Si bien cree que la anticipación mediante una directiva autoritativa es suficiente para resolver un dilema del prisionero, claramente no cree que sean necesarias.

Como argumentó Hobbes, las autoridades pueden resolver los dilemas del prisionero al sancionar la deserción, es decir, reajustando las preferencias de modo que la deserción no sólo sea subóptima desde el punto de vista social, sino también desde el punto de vista individual. Lo que es singular en el análisis de Raz es su sugerencia de que las sanciones no son la única manera de alinear la racionalidad individual y social: las directivas autoritarias también pueden lograrlo mediante su poder preventivo.

(p. 415) Aunque se trata de una propuesta interesante, es necesario decir mucho más para superar la siguiente objeción. En un dilema del prisionero, a cada jugador le conviene desertar en lugar de cooperar. Si la Razón exige que los agentes actúen en función de sus intereses, entonces parecería que una directiva autoritaria que exigiera cooperación exigiría una acción contraria a la Razón. Sin embargo, si la Razón exige en cambio que los agentes actúen en favor del bien colectivo,

—ya sea porque actuar sobre el bien colectivo es un bien en sí mismo o es una forma indirecta de maximizar la conformidad con los propios intereses— entonces los jugadores deberían cooperar independientemente de que exista o no una directiva autoritaria.60

Una vez más, la orientación mediante directivas autorizadas parece ser irracional o irrelevante.

5 Los modelos de decisión y restricción

El debate entre Raz y sus críticos es de larga data y no es posible hacer justicia a su sutileza y complejidad en este capítulo. En lugar de ensayar las respuestas y contrarrespuestas en esa dialéctica, me gustaría presentar un argumento que, hasta donde yo sé, no se ha planteado

anteriormente y que pretende demostrar que, al menos en ciertas circunstancias, las directivas autoritativas no pueden ser razones preventivas. Si las directivas autoritativas son capaces de cumplir sus funciones, no es en virtud de su supuesta fuerza preventiva.

Este argumento, sin embargo, no dará ningún consuelo a los críticos de Raz, pues sostendré que este argumento demuestra que los modelos propuestos por los críticos de Raz también son inadecuados. El error cometido por todas estas teorías de la autoridad es su presunción de que la obediencia voluntaria a las directivas autoritarias es el resultado de alguna forma de toma de decisiones.

Como explicación alternativa, sugeriré que las directivas autoritativas son instrumentalmente valiosas cuando, y sólo cuando, son capaces de afectar la viabilidad de la no conformidad. Cuando un sujeto se compromete a seguir una autoridad para beneficiarse de sus directivas, esa persona intenta obligar a su yo futuro a actuar según las demandas de la autoridad, cualesquiera que sean. Si tiene éxito, el sujeto no estará eligiendo obedecer cuando se le dé la directiva; cuando se le ordene, el sujeto no tendrá más opción que obedecer.

(p. 416) En las secciones siguientes, generalizaré la sugerencia a otros casos de orientación autoritativa. Sostendré que las directivas autoritativas son instrumentalmente valiosas para los agentes racionales en casos normales si y sólo si son restricciones causales a la acción. Intentaré demostrar, en otras palabras, que las directivas autoritativas no podrían realizar las funciones que normalmente se piensa que cumplen si los sujetos tuvieran, o creyeran que tenían, la opción de elegir entre hacerlo o no.

Autoridad

Obedecer. Argumentaré entonces que lo que llamo el Modelo de Restricción es la clave para resolver las paradojas dentro de un marco de autoridad que vincula la legitimidad a la instrumentalidad de las directivas autoritativas.

5.1 ¿Es suficiente la prelación?

Charlie se despierta una mañana, se da cuenta de que su compañero de habitación Larry tiene sobrepeso y le da un consejo amistoso.

—Oye, Larry, te ves bastante regordete. Realmente necesitas hacer ejercicio. —Larry mira a Charlie y le devuelve el favor—. Charlie, tú tampoco te ves muy bien. No te vendría mal visitar el gimnasio de vez en cuando.

Lamentablemente, cada uno sabe que el otro dice la verdad. Ambos saben que deben perder peso y que la única manera de lograrlo es yendo al gimnasio y haciendo ejercicio.

Charlie, que ha dado un giro a su vida, decide pasarse todos los días por el gimnasio de camino al trabajo para hacer ejercicio. Sin embargo, Larry está preocupado. Sabe que ha intentado seguir ese régimen en el pasado, pero siempre ha fracasado. Tras expresarle sus preocupaciones a Charlie, este le sugiere que contrate a un entrenador personal. Larry se siente alentado por la idea y contrata a Sonnie, un ex sargento de instrucción de la marina, para que le dé la motivación necesaria.

A la mañana siguiente, a las seis en punto, Sonny llega al apartamento para recoger a Larry y llevarlo al gimnasio. Larry dice que está muy cansado y, aunque sabe que debería hacer ejercicio, le dice a Sonny que vuelva al día siguiente. Sonny le responde: "Si no te comprometes a seguir mis órdenes, nunca te pondrás en forma. Y yo no me involucraré con un perdedor". Larry ve la sabiduría en el plan de Sonny y se compromete a seguir todas sus órdenes.

Supongamos que Sonny ordena a Larry que vaya al gimnasio. Según la teoría de Raz, Larry considerará esta orden como una razón para no actuar en función de las razones para quedarse en casa. Pero ¿puede tener una razón de ese tipo? Una orden autoritativa es una razón preventiva si y sólo si es probable que el sujeto actúe mejor si se anticipa a ciertas razones y actúa en función del balance resultante que si tratara de cumplir directamente con las razones de primer orden. Sin embargo,

independientemente de si Larry se anticipa a ciertas razones o no, el balance apunta en la misma dirección, es decir, hacia la opción de ir al gimnasio. Después de todo, las razones para quedarse en casa se ven superadas por las razones para ir al gimnasio y Larry es dolorosamente consciente de ello. De hecho, esa es la razón por la que Larry contrató a Sonny: porque sabe que debería ir al gimnasio para perder peso en lugar de holgazanear en casa. ¿No demuestra esto que la orden no es una razón para no actuar por ciertas razones **(p. 417)** , porque incluso si Larry considerara estas razones de primer orden en la deliberación, la Razón todavía recomendaría que hiciera ejercicio?

Este mismo punto se podría plantear comparando la situación de Larry con la de Charlie. Ambos tienen las mismas razones de primer orden para actuar. Ambos tienen razones para ir al gimnasio que son más fuertes que las de no ir y ambos lo saben. Desde la perspectiva del equilibrio de razones de primer orden, no hay diferencia entre los dos. Sin embargo, sólo Larry necesita a Sonny. Por lo tanto, el valor de la autoridad para Larry no se puede atribuir a los beneficios de la anticipación, dado que la anticipación daría los mismos resultados también para Charlie.

El caso de Larry no es simplemente un problema para la teoría de Raz: se generaliza a todos los demás relatos que hemos examinado.

Según el modelo simple, por ejemplo, la orden de Sonny es una razón de primer orden para que Larry la cumpla si, y solo si, Larry probablemente obtendría mejores resultados si le asignara a la orden un peso significativo y actuara en función del saldo resultante que si no le asignara ese peso. Si es así, entonces la orden de Sonny no es una razón para actuar porque el saldo, con o sin la orden, indica que debe ir al gimnasio.

¿Por qué todos los modelos que hemos analizado no logran dar cuenta de la normatividad de la orden de Sonny? Creo que el problema surge de varias suposiciones tácitas que hacen todos estos modelos. La primera suposición es que las personas que se someten a la autoridad son libres de no seguirla si así lo desean. Sin embargo, estas personas

eligen obedecer. Cada acto de obediencia implica una elección de obedecer.

El segundo supuesto es que las directivas autoritativas afectan el razonamiento práctico al afectar las preferencias de un sujeto sobre las opciones, o las creencias sobre esas preferencias. Por lo tanto, cuando un agente acepta la legitimidad de una autoridad y se le ordena actuar de cierta manera, el agente debe creer que prefiere la conformidad a la no conformidad. Además, si no se le hubiera ordenado así, podría haber llegado a la conclusión opuesta.

Juntando estos dos supuestos obtenemos: cuando un sujeto obedece una orden emitida por una autoridad considerada legítima, elige obedecer porque ahora prefiere conformarse a no conformarse. Por ejemplo, cuando alguien atiende una orden emitida por alguien considerado una autoridad teórica, esa persona utiliza el pronunciamiento Página 21 de 39

Autoridad

como una especie de razón para creer que prefiere o debería preferir la conformidad a la no conformidad y decide actuar en función de esa creencia. Llamemos a esta explicación de la orientación autoritaria el "modelo de decisión".

El modelo de decisión tiene un gran atractivo intuitivo. Lamentablemente, también es falso, como demuestra el caso de Larry. Si la función de las directivas autoritarias fuera afectar las preferencias, o las creencias sobre las preferencias, entonces la orden de Sonny sería inútil. Por hipótesis, Larry prefiere y sabe que prefiere ir al gimnasio. No necesita reordenar sus opciones: están perfectamente alineadas. Larry no tiene problemas con sus preferencias, sino con su *capacidad* para actuar en función de ellas. El modelo de decisión no puede explicar cómo las autoridades pueden ayudar a personas como Larry.61

(p. 418) 5.2 Limitando tu yo futuro

Me gustaría sugerir que el modelo de decisión no puede explicar la normatividad de la orden de Sonny porque

ignora el aspecto "volitivo" esencial de las directivas. Las directivas no son herramientas para tomar decisiones, son una forma de evitar que se tomen decisiones. Cuando alguien se somete a la autoridad, el objetivo es obligar a su yo futuro a actuar de acuerdo con las demandas de algún tercero. Si ese acto de compromiso tiene éxito, el agente se vuelve incapaz de actuar en contra de la voluntad de la autoridad.

La sugerencia es que someterse a la autoridad implica tratar de hacer en uno mismo internamente lo que Ulises pudo hacer externamente cuando se ató al mástil. Es renunciar a una elección posterior por la operación de la voluntad, pero es tan real como usar algún mecanismo de compromiso previo.62 De acuerdo con lo que llamaré el "modelo de restricción", los pronunciamientos autoritativos son relevantes para el razonamiento práctico porque, y sólo porque, afectan la viabilidad. Una directiva, una vez emitida, no es un factor a considerar en la deliberación futura sobre si se debe cumplir.

Después de la sumisión, el agente ya no delibera sobre si debe cumplir o no la regla. El sujeto simplemente determina qué acción cuenta como implementación de la regla.

Entendiéndolo desde la perspectiva de la teoría de juegos, un agente racional que debe considerar sus acciones futuras está interactuando estratégicamente con otro agente: su yo posterior. Cuando un agente se somete a la autoridad, su yo actual intenta limitar las acciones de su yo futuro. En este "juego", el yo actual da el primer paso y el yo futuro no podrá actuar en contra de esa regla si las acciones del yo actual tienen éxito.

Hay que hacer varias aclaraciones sobre esta propuesta. El modelo de la restricción no sostiene que alguien que se somete a una autoridad nunca pueda desobedecerla. Esto, por supuesto, sería absurdo. Cuando alguien se somete a una autoridad, debe intentar sinceramente restringir su yo futuro. Eso no significa que se haya restringido a sí mismo, sino que lo intentó. Puede que se equivoque: la restricción puede no haberse aplicado, o puede que sí lo haya hecho, pero que luego caduque. El modelo de la restricción sólo se

ocupa de la sumisión exitosa, cuando el agente realmente cumple las directivas emitidas.

El modelo de la restricción tampoco sostiene que las directivas autoritativas nos hagan amoldarnos a ellas. Como la obediencia es una acción intencional, el sujeto tiene que actuar y hacerlo por una razón. Más bien, según el modelo de la restricción, las directivas autoritativas restringen causalmente la no conformidad: nos impiden que las rompamos. **(p. 419)** Cuando un sujeto obedece a una autoridad considerada legítima, actúa por razones aunque no tome decisiones al hacerlo. La obediencia es una acción intencional, pero no libre.

Como el modelo de restricciones ubica la funcionalidad de las directivas autoritativas en su capacidad de afectar la viabilidad de la no conformidad, puede explicar el valor instrumental de la orden de Sonny. Como mencionamos, el problema de Larry no radica en sus preferencias, sino en su capacidad de actuar en función de ellas. La orden de Sonny le permite actuar en función de sus preferencias al cortarle la capacidad de actuar ante la tentación. Cuando Sonny le ordena a Larry que vaya al gimnasio, quedarse en casa se vuelve inviable: hacer ejercicio se convierte en la única opción disponible. Charlie, por otro lado, no necesita a Sonny porque la viabilidad de quedarse en casa no le plantea dificultades prácticas. Su conocimiento de que esta opción es subóptima es suficiente para impedirle ejercerla.

El modelo de la restricción no sólo puede explicar el valor instrumental de la orden de Sonny, sino que también resuelve fácilmente la paradoja de la autoridad y la racionalidad. Para ver esto, supongamos que un agente se compromete con una autoridad para beneficiarse de sus directivas. Supongamos además que la autoridad emite una directiva que, según la propia opinión del agente, no está respaldada por el balance de razones. ¿Es racional que el agente cumpla? Según el modelo de la restricción, lo es. Porque, según esta perspectiva, cuando un agente se somete con éxito a la autoridad para beneficiarse de sus directivas, eso significa que la autoridad no cumple con sus directivas.

Autoridad

El agente no tiene otra opción que aplicar la directiva cuando reconoce que es aplicable. El cumplimiento es la única opción factible y, por lo tanto, la única opción óptima.

Supongamos ahora que la directiva está, según la propia opinión del agente, respaldada por el balance de razones dependientes del contenido. ¿Es la directiva relevante para el razonamiento práctico del agente? De nuevo, según el modelo de restricciones, lo es. Según el modelo de restricciones, las directivas autoritativas afectan el razonamiento práctico al transformar el conjunto de opciones factibles, no las preferencias sobre esas opciones o las creencias sobre esas preferencias. Por lo tanto, incluso si el agente hubiera preferido cumplir antes de la emisión de la directiva, una vez que esta se emita, dejará su marca práctica: lo que una vez fue factible ya no lo es.

El modelo de la restricción también constituye una respuesta eficaz a la paradoja de la autoridad y la autonomía. La voluntad de otro posee poder *normativo* , según esta perspectiva, debido a su poder *causal* . Las directivas de la autoridad constituyen razones para obedecer, dado que las directivas hacen que la desobediencia sea inviable; las directivas hacen que la conformidad sea la mejor opción por defecto. Irónicamente, la autoridad se reconcilia con la autonomía al mostrar cómo los sujetos comprometidos no son autónomos, en el sentido de que no tienen pleno control de sus acciones.

Sin duda, es moralmente permisible renunciar al control sobre las propias acciones sólo si se tiene una buena razón moral para hacerlo. No se puede eximirse de responsabilidad simplemente afirmando que no se tuvo otra opción que seguir órdenes, cuando se optó por no tener otra opción. Hemos visto un ejemplo en el que los agentes pueden tener buenas razones para obligar a sus yo futuros a atender las demandas de los demás. En las próximas secciones, veremos otros.

(p. 420) 6 Las deficiencias de los modelos de decisión

El modelo de decisión es incapaz de explicar la normatividad de la orden de Sonny. Esto demuestra, como mínimo, que no puede proporcionar un marco general para

entender la racionalidad de la orientación autoritativa, en la medida en que es falsa en algunos contextos. Sin embargo, esto podría no parecer tan perjudicial. Se podría argumentar que casos como el de Larry son inusuales y que las autoridades normalmente son innecesarias en situaciones en las que los agentes saben lo que deben hacer. Son valiosas, en su mayor parte, en casos en los que los agentes requieren información de algún tipo, ya sea porque carecen de experiencia, recursos cognitivos o una posición ventajosa para coordinar el comportamiento.

En las siguientes secciones, argumentaré que el modelo de decisión no sólo es falso en algunos tipos de casos, sino que es falso en todos los tipos de casos. En una amplia gama de situaciones normales, los sujetos no pueden deferir racionalmente a los expertos, compensar las deficiencias de racionalidad o coordinar el comportamiento si utilizan pronunciamientos autoritarios para tomar decisiones.

Para presentar estos argumentos, recurriré a las técnicas de la teoría de la elección racional. Los modelos de razonamiento práctico que hemos utilizado hasta ahora, por desgracia, no son lo suficientemente robustos, ni en el plano representacional ni en el analítico, para manejar las complejidades de las situaciones prácticas en cuestión. El "balance de razones", después de todo, es sólo una metáfora; no se puede hacer que cumpla la función que muchos le han encomendado. Aunque ningún modelo de razonamiento práctico obtendrá el asentimiento universal, mi esperanza es que los principios generales de la teoría de la probabilidad y de la utilidad que emplearé sean lo suficientemente aceptables como para dar plausibilidad a mis conclusiones.

6.1 Asesoramiento autorizado63

Se suele distinguir entre dos grados distintos de ignorancia: el riesgo y la incertidumbre.64 En situaciones que implican riesgo, el agente no sabe cuál de varios estados de cosas se ha dado o se dará, pero sí asigna un valor de probabilidad único a cada uno de los estados posibles. Quien atribuye cincuenta/cincuenta probabilidades de que una moneda caiga cara o cruz está actuando en condiciones de riesgo.

Los casos de incertidumbre implican un mayor grado de ignorancia. En estas situaciones, el agente no sabe lo suficiente como para asignar valores de probabilidad únicos a cada situación, o quizás a cualquier situación. Una persona que no tuviera idea de si una moneda era justa podría incluso no asignar una probabilidad del cincuenta por ciento a que cayera cara o cruz.

(p. 421) Siguiendo a Isaac Levi, podemos modelar la incertidumbre utilizando probabilidades "indeterminadas".6

5 En lugar de tratar

Si el agente incierto no asigna valores de probabilidad a los estados, imaginamos que ha asignado muchos valores posibles. El estado epistémico del agente está representado por un *conjunto* de distribuciones de probabilidad, cada una de las cuales el agente se ha negado a descartar como admisible. Alguien que no supiera si una moneda es justa podría admitir como

Autoridad

Es posible que cada distribución de probabilidad coherente, es decir, asignaría disyuntivamente al estado 'la moneda cae cara'

todo el intervalo [0, 1]. Una ventaja de utilizar la interpretación de Levi es que permite reconocer y representar diversos grados de incertidumbre. Un agente puede ser radicalmente incierto, es decir, cuando suspende el juicio entre todas las distribuciones de probabilidad y, por lo tanto, acepta todas como admisibles, o simplemente ligeramente incierto, es decir, cuando descarta algunas, pero no todas, las distribuciones posibles.

En condiciones de ignorancia, es normal buscar expertos y atenerse a sus recomendaciones. Al confiar en su conocimiento y juicio superiores, podemos compensar nuestra propia falta de información y experiencia. El modelo de decisión no tiene problemas para explicar la normatividad del asesoramiento de expertos en condiciones de riesgo. Cuando un agente atribuye un valor de

probabilidad único a alguna proposición, puede optar por tratar el asesoramiento autorizado sobre esa proposición como evidencia y actualizarlo utilizando la condicionalización bayesiana.66 Si el experto afirma la verdad de la proposición, entonces el agente, si es racional, aumentará la probabilidad asignada a la proposición. La cantidad del aumento, y la disminución correspondiente con respecto a las proposiciones contrarias, estará determinada por el teorema de Bayes y será una función de la confiabilidad atribuida a los juicios del experto y la probabilidad previa asignada a la proposición en cuestión.

Sin embargo, en condiciones de incertidumbre, dejarse guiar por los expertos normalmente no será una estrategia racional. Para demostrarlo, presentaré un argumento desarrollado por Levi, quien ha demostrado que normalmente no es posible que un agente racional aproveche el valor informativo de las autoridades teóricas si el agente fuera libre de no seguir el consejo, pero aun así lo tratara como evidencia confiable.67

El argumento de Levi se puede ilustrar con el siguiente ejemplo. Supongamos que Tony está enfermo y debe decidir si debe tomar un determinado antibiótico que encuentra en su botiquín. Tony tiene muy pocos conocimientos médicos; de hecho, está radicalmente inseguro acerca de la proposición, llámese *h* , de que la píldora lo hará sentir mejor. Es decir, no asigna **(p. 422)** probabilidades únicas a *h* , sino que, más bien, suspende por completo el juicio sobre cuáles deberían ser las probabilidades apropiadas.

Supongamos que Tony cree que su médico tiene razón el 90 por ciento de las veces. Parecería razonable que Tony confiara en la recomendación de su médico sobre la píldora. Sin embargo, como señala Levi, si Tony trata la recomendación de su médico como evidencia y la actualiza mediante la condicionalización bayesiana, no aprenderá nada y sus probabilidades seguirán siendo indeterminadas al máximo.

Para probar la afirmación de Levi, supongamos, a los efectos de la contradicción, que las probabilidades de Tony son máximamente indeterminadas antes de que conozca la

recomendación de su médico, llamémosle a este informe *e* , pero no después. Eso debe significar que Tony descarta alguna función de probabilidad *p* (

e ·). Sea *p (*

eh) = *x* . Sin embargo, *p* (

e ·) se puede obtener mediante el método bayesiano.

Condicionalización a partir de la función *p* (·), donde *p(h*) = *x* * *p(e)/p(e|h*). Sabemos que Tony no descarta esta función con y inicial porque su estado epistémico inicial es y máxima indeterminado. Por lo tanto, cuando Tony comienza con probabilidades máximas indeterminadas de y, terminará con probabilidades máximas indeterminadas de y si actualiza su estado de probabilidad mediante la condicionalización bayesiana.

Al no está perdido. Tony puede decidir de antemano obligar a su yo futuro a asignar una probabilidad de 0,9 a *h* cuando se haga el informe *e* . Como lo describe Levi, Tony no trata *a e* como una "evidencia" que incorpora a su teoría de fondo y a partir de la cual condiciona. Más bien, la trata como un "insumo" causal y se obliga a seguir una rutina a la que se ha comprometido previamente. Debido a la fiabilidad de su médico, esta elección "inicial" de no aceptar *e* como evidencia le permite a Tony beneficiarse del consejo médico.

El argumento de Levi, por lo tanto, demuestra que el modelo de decisión no puede dar cuenta de la normatividad del consejo del médico, ya que sería irracional que Tony aceptara la recomendación de su médico como verdadera en ausencia de una restricción para hacerlo. Al tomar decisiones epistémicas, los agentes deben actualizar cada distribución de probabilidad admisible mediante la condicionalización bayesiana y, por lo tanto, aquellos con probabilidades máximas indeterminadas no pueden extraer el valor informativo de las recomendaciones autorizadas. La deferencia a la autoridad en estas situaciones es, por lo tanto, irracional según el modelo de decisión, pero no según el modelo de restricción.

La misma conclusión se puede extender a casos de incertidumbre más leve. Si Tony descartara las distribuciones de probabilidad atípicas, por ejemplo, aquellas que asignan probabilidades previas de menos de 0,1 a cualquier estado posible, podría no ser racional que Tony se remitiera a su médico. Porque con respecto a cada distribución no excluida que asigna *a h* una probabilidad previa baja, la condicionalización podría no desplazar suficiente masa de probabilidad de -h *a* h *para* que la probabilidad posterior de *h* exceda el umbral para la aceptación de la creencia. En tales casos, Tony debería seguir suspendiendo 68

sentencia sobre *h* 68 y no aceptar como verdadera la evidencia confiable de su médico.

(p. 423) Creo que el argumento de Levi socava la coherencia del modelo de decisión en casos que implican asesoramiento de expertos. Cualquier modelo de razonamiento práctico debería permitir a los agentes aceptar el asesoramiento de expertos en condiciones de incertidumbre, radical o de otro tipo. Sin embargo, como hemos visto, el modelo de decisión no validará la aceptación del asesoramiento de expertos cuando el estado epistémico del agente sea altamente indeterminado.

Sin embargo, el argumento de Levi puede utilizarse para apoyar la afirmación de Raz de que es adecuado distinguir entre dos tipos de asesoramiento, el ordinario y el autorizado, y que esa distinción es de tipo único, no de grado. En situaciones de riesgo o de incertidumbre leve, el asesoramiento dado puede tratarse como cualquier otra pieza de evidencia. Ese asesoramiento ordinario puede utilizarse para calcular probabilidades posteriores a partir de probabilidades y verosimilitudes previas de acuerdo con la condicionalización bayesiana. Por el contrario, cuando el agente se enfrenta a tipos de incertidumbre más radicales y el asesoramiento emana de una fuente altamente confiable, el agente debe comprometerse de antemano a aceptar como verdadera la recomendación del experto. Sólo

restringiendo nuestro yo futuro podemos ceder racionalmente al asesoramiento autorizado cuando nuestros estados epistémicos presentes son altamente indeterminados.

6.2 Compensación de las deficiencias de racionalidad

En algunas situaciones, las autoridades tienen un valor instrumental porque nos ahorran tener que involucrarnos en deliberaciones costosas y riesgosas. Podemos simplemente seguir sus pronunciamientos y estar razonablemente seguros de que estaremos haciendo la selección correcta la mayor parte del tiempo. ¿Qué sucede cuando las autoridades dan la respuesta equivocada? Según el modelo de decisión, todavía puede ser racional que el agente decida seguir su recomendación. Las directivas que reducen los costos de deliberación se comparan con las apuestas racionales: siempre que los costos esperados de la deliberación excedan los beneficios esperados, un agente debería optar racionalmente por seguir las directivas en todos los casos aplicables.

Perder una apuesta no delata irracionalidad si era racional que el jugador hubiera tomado sus riesgos.

Considere el siguiente ejemplo. Liz odia decidir qué pedir cuando está en un restaurante. También piensa que los camareros

Los juicios culinarios tienden a ser tan fiables como los suyos. Por lo tanto, considera que sería mejor para ella, considerando todas las cosas, considerar sus evaluaciones como autorizadas en lugar de angustiarse por qué comer.

Según el modelo de decisión, cada vez que Liz sigue la recomendación de un camarero, está tomando una decisión racional. Aunque Liz deje pasar un plato estupendo de vez en cuando por seguir las indicaciones del camarero (digamos que cree que el camarero mencionará un plato especial el 5 por ciento de las veces), no deja de ser un riesgo aceptable, dado que la probabilidad de que ocurra es baja en relación con el ahorro que puede esperar obtener si no delibera.

El problema de este razonamiento es que es falaz: una vez que Liz conoce los platos especiales, la probabilidad de que le ofrezcan un plato estupendo ya no es 0,05, sino 1 o 0 **(p. 424).** Las probabilidades siempre deben calcularse en relación con la evidencia total de que dispone el agente y, en relación con la evidencia de que dispone Liz, o bien se le ofrece un plato estupendo o no. O bien vale la pena deliberar o no. Ya no está tomando decisiones bajo riesgo, sino que se enfrenta a un problema de decisión bajo certidumbre. La recomendación del camarero ahora le resulta inútil, porque la única forma de saber si debe seguir la directiva, es decir, si da la respuesta correcta, es deliberando. Si el camarero da el consejo equivocado, entonces es irracional que decida aplicarlo.

Para que no haya confusión sobre este asunto, no estoy afirmando que el requisito de evidencia total exija que Liz delibere. Simplemente exige que su elección sea una que esté avalada por una deliberación ideal sobre la base de todas las pruebas disponibles. Liz está ahora en un aprieto: la única manera en que puede saber si debe deliberar es deliberando. En este punto, los principios de racionalidad no ofrecen ninguna orientación; cualquier decisión que tome no es irracional.

Por otra parte, si Liz se viera obligada a seguir la recomendación del camarero, la probabilidad de que merezca la pena deliberar es irrelevante. Liz se verá obligada a cumplir con lo que le pide el camarero independientemente de las probabilidades de éxito *ex post* . Este comportamiento obligado es óptimo desde una perspectiva *ex ante* y, por lo tanto, su decisión de comprometerse, así como su cumplimiento de su compromiso, son actos racionales.

Una vez más, el modelo de decisión no puede dar cuenta de la normatividad de las directivas autoritativas. Cuando los agentes tienen una mentalidad abierta, se les exige que maximicen la utilidad esperada. Sólo comprometiéndose de antemano a aceptar la dirección de una autoridad, esa dirección puede ser una razón para la acción.

6.3 Coordinación

Según el modelo de decisión, las directivas autoritativas afectan el razonamiento práctico en un juego de coordinación al proporcionar evidencia sobre las actividades de los otros jugadores. Las directivas autoritativas son capaces de proporcionar evidencia de las actividades de los demás porque crean "prominencia". La regla que exige que los conductores se detengan en una señal de stop, por ejemplo, hace que la estrategia conjunta "el conductor que se acerca a la señal de stop se detiene, el tráfico transversal continúa" sea evidente para todos. La regla, por lo tanto, constituye una buena evidencia de que el tráfico transversal puede cruzar la intersección cuando me acerco a la señal de stop, lo que hace que sea racional para mí decidir detenerme.

Me gustaría cuestionar este análisis. En primer lugar, argumentaré que las autoridades no resuelven los problemas de coordinación creando prominencia. La prominencia es una forma de resolver un problema de coordinación, la autoridad es otra. En segundo lugar, intentaré demostrar que, suponiendo que los jugadores creen comúnmente que los demás son racionales, las directivas autoritarias no podrían constituir evidencia de las actividades de los demás y, por lo tanto, no podrían resolver los problemas de coordinación. Si las autoridades son capaces de resolver los problemas de coordinación, el modelo de decisión no puede ser correcto.

(p. 425) Para ver por qué la prominencia es un concepto erróneo para emplear con respecto a soluciones autoritarias a problemas de coordinación, sería mejor considerar brevemente las razones por las que se introdujo por primera vez el concepto de prominencia. En La *estrategia del conflicto* , Thomas Scheling estaba interesado en corregir la tendencia dominante en la teoría de juegos que consideraba todas las instancias de conflicto como casos de conflicto puro. Como señaló, muchas situaciones estratégicas importantes implican componentes de suma no cero. A menudo, a las partes les conviene cooperar. El problema es que en muchas situaciones

estratégicas, la negociación explícita no es factible. Debido a que la existencia de un conflicto con frecuencia conduce a una ruptura de la comunicación, la selección mutua de un equilibrio de coordinación no puede lograrse mediante una simple manifestación verbal de intención. Un encuentro de las mentes debe tener lugar mediante un proceso de segunda conjetura imaginativa, en el que cada uno trata de averiguar qué esperaría el otro agente que seleccione sabiendo que el otro sabe que él lo sabe.69

Por lo tanto, el trabajo principal que debe realizarse en la negociación tácita es el de adivinar. Cada parte intenta adivinar lo que adivinará la otra. La opción que posee la propiedad de "ser la más fácil de adivinar" fue llamada por Scheling la opción "sobresaliente".

Por lo tanto, la prominencia no es tanto una función de la singularidad de una opción, sino más bien de su notoriedad. Cada parte debe saber que la opción se destaca en algún aspecto, atrayendo y centrando la atención, y cada parte debe saber que la otra lo sabe.

Decir que la negociación tácita es un ejercicio de conjeturas no significa afirmar que las partes no puedan tener plena confianza en que se logrará la coordinación. Los estudios experimentales han demostrado que los seres humanos son extraordinariamente buenos negociadores tácitos.

La cuestión es que la coordinación de expectativas en estos casos no se logra mediante un proceso de comunicación.

Cada parte debe adivinar lo que piensa la otra, dado que no ha habido ninguna revelación explícita de intención.

Es fundamental señalar que los cálculos de prominencia son necesarios para compensar la falta de comunicación. "El concepto de "coordinación" que se ha desarrollado aquí para la negociación tácita no parece directamente aplicable a la negociación explícita. No hay necesidad aparente de una relación intuitiva cuando se puede utilizar el habla; y las pistas adventicias que coordinan los pensamientos e influyeron en el resultado en el caso tácito vuelven al estado de detalles incidentales". 70 Es un error decir que

cuando dos partes **(p. 426)** acuerdan seguir un curso de acción determinado, cada una actúa sobre la misma opción porque esa opción es ahora la más importante. En estas situaciones, la prominencia es ociosa.

Así como es un error hablar de prominencia en el contexto de la negociación explícita, también lo es cuando se habla de dirección autoritaria. La autoridad es apropiada en contextos de coordinación porque soluciona los problemas de falta de comunicación. Dados los obvios costos de transacción asociados con la negociación explícita, muchos problemas de coordinación deben resolverse sin interacción verbal bilateral. Para superar esto, la autoridad actúa como un mecanismo de señalización unilateral,7

1. Permitir a las partes resolver su problema de coordinación mediante el uso de un algoritmo compartido. Una autoridad no hace que una opción sea relevante, al igual que dos personas que acuerdan elegir un curso de acción no hacen que ese curso de acción sea relevante. En ambos casos, las partes tienen una técnica establecida que les permite resolver sin esfuerzo un problema que, sin ese procedimiento, sería bastante más difícil, si no imposible, de eludir.

El argumento contra el modelo de decisión no es simplemente que sus partidarios hayan utilizado el concepto técnico equivocado, es decir, la prominencia, sino más bien que decir que la autoridad a veces o siempre crea prominencia enmascara la forma única en que se pueden resolver los problemas de coordinación en tales casos. En primer lugar, y lo más importante, cuando intervienen las autoridades,

Autoridad

Las respuestas a los problemas de coordinación se establecen de antemano. Las autoridades eliminan las conjeturas a la hora de coordinar el comportamiento. En segundo lugar, las consideraciones que habrían sido relevantes para establecer la prominencia se vuelven irrelevantes en contextos autoritativos. Por lo tanto, las soluciones autoritativas tienden a ser más estables que sus

contrapartes prominente, dado que las directivas no se invalidan por cambios en la prominencia de su contenido.

Los partidarios del modelo de decisión podrían aceptar esta objeción y admitir que las directivas autoritativas no crean prominencia. Sin embargo, podrían argumentar que, por mucho que las directivas autoritativas centren la atención en los equilibrios, el hecho de que lo hagan da a cada persona una razón para creer que los demás elegirán actuar de acuerdo con los equilibrios. Las directivas autoritativas son capaces de resolver problemas de coordinación porque a veces pueden constituir una prueba sólida de que los demás se adherirán a la directiva, lo que hace que sea racional elegir también adecuarse a ella.

Sin embargo, esto no es suficiente. Si asumimos que los jugadores son racionales y creen en la racionalidad de los demás, el modelo de decisión no arroja el resultado de que sería racional para cualquier jugador seguir tales directivas. Consideremos la siguiente cadena de razonamiento: el modelo de decisión afirma que es racional para un jugador, llamémosle X , decidir cumplir con tal directiva cuando, y sólo cuando, X puede establecer que proporciona buena evidencia sobre el comportamiento de los otros jugadores. Pero la directiva proporciona buena evidencia sobre el comportamiento de los demás sólo cuando sería racional **(p. 427)** que los demás la siguieran. Sin embargo, si estos jugadores son racionales, la cuestión de si es racional para ellos seguir la directiva es la misma que si es racional para X seguir la directiva.

Por lo tanto, X puede establecer que la directiva constituye buena evidencia sólo si *primero* puede establecer que es racional para él seguirla.

X ha recorrido ahora un círculo. Si X quiere demostrar la racionalidad de seguir la directiva, parece que ya debe saber que es racional para él seguir la directiva. Pero como está tratando de demostrar la racionalidad de seguir la directiva, no puede suponer la proposición con el propósito de probarla. Por lo tanto, si X no cree ya que es racional para él seguir la directiva, nunca llegará a esa conclusión.

La conclusión que creo que deberíamos sacar de este argumento es que las reglas de coordinación no pueden resolver los problemas de coordinación si los jugadores son racionales y se cree comúnmente que todos los jugadores son racionales y tratan las directivas simplemente como evidencia acerca del comportamiento de los otros jugadores. Los jugadores deben creer que al menos algunos de los otros jugadores (1) tratan las directivas como restricciones a la acción o (2) creen que al menos algunos de los otros jugadores las tratan como restricciones a la acción. El hecho de que algunos jugadores estén comprometidos con la autoridad garantiza que seguirán las reglas y estos compromisos, o al menos la creencia de que algunos están tan comprometidos, permitirán que se formen las expectativas apropiadas para que pueda tener lugar la coordinación.

6.4 Viabilidad72

El concepto central, y aún no analizado, del Modelo de Restricciones es, por supuesto, la "factibilidad": ignorar una directiva se considera "infactible", como si no fuera una "opción" disponible para el agente. Por lo tanto, es importante que diga al menos algunas palabras sobre el concepto de "factibilidad" que emplea el Modelo de Restricciones.

Diremos que un curso de acción es una opción factible para un agente si y solo si ese agente tiene la capacidad de realizar esa acción *por una razón* . Por lo tanto, un curso de acción es inviable siempre que el agente no pueda realizar la acción por una razón, es decir, cuando esa acción no sea una acción intencional posible.

Ahora bien, si tuviéramos que especular sobre los mecanismos por los cuales las directivas autoritarias hacen que la desobediencia sea inviable, se nos ocurren dos posibilidades. En primer lugar, someterse a una autoridad podría ser la contraparte psicológica del compromiso previo, en el que el agente queda físicamente incapacitado para mover su cuerpo de ciertas maneras. Esta incapacidad física no sería impuesta por algún dispositivo externo, sino que se generaría desde "dentro" por medios puramente psicológicos.

Me inclino a pensar que este enfoque no es prometedor, al menos si atendemos a la fenomenología de la conducta guiada por reglas en general. Una persona normal no piensa **(p. 428)** que el compromiso con una autoridad o con una regla personal induzca una forma de parálisis física. Cuando alguien adopta una regla de no volver a beber nunca más alcohol en un bar, no piensa que de alguna manera se le impedirá físicamente pedir la bebida. No es como si pensara que si abre la boca no podrá pronunciar las palabras "quiero una cerveza" o que si pide una cerveza su mano se quedará congelada en la posición hacia abajo. En este sentido, no es como Ulises: Ulises puede tener la intención de liberarse de la cuerda. Página 27 de 39

Autoridad

y tratar de hacerlo. La guía de reglas, por otro lado, parece más una restricción a la voluntad, a la formación efectiva de intenciones. Si John tiene la intención de beber alcohol, probablemente terminará haciéndolo.

En cambio, me gustaría sugerir que las directivas autoritativas normalmente impiden que los agentes "desobedezcan voluntariamente" sus demandas, no inhabilitando físicamente la expresión de la voluntad. ¿Cómo podrían surgir estas restricciones a la voluntad? En primer lugar, la directiva, junto con el compromiso con la autoridad, podría impedir que el agente considere las razones para desobedecer. Las razones para desobedecer, en otras palabras, serían "reprimidas" por la directiva. Esta represión bloquea la posibilidad de una acción intencional contraria a la directiva: el agente, al no ser consciente de las razones para no cumplir, sería incapaz de desobedecer por una razón. En segundo lugar, la directiva, junto con el compromiso con la autoridad, podría inhabilitar las inhibiciones psicológicas normales de la persona. Un agente en las garras de una autoridad podría ya no ser capaz de soportar ciertas presiones emocionales, como la culpa y la vergüenza, aunque el agente sea consciente de las razones importantes para no cumplir.

Todo esto es especulación, por supuesto, pero creo que es una especulación plausible. Si uno piensa en las

capacidades de la mente humana, sin duda uno de sus poderes es el de la represión. Normalmente nos ocultamos a nosotros mismos las "razones para actuar" todo el tiempo. La conciencia de todas las razones que teníamos para actuar de una manera en lugar de otra sería simplemente demasiado dolorosa de soportar. Estoy sugiriendo que cuando nos sometemos a la autoridad para beneficiarnos instrumentalmente de ella, aprovechamos esta capacidad, al menos a veces, para reprimir ciertos hechos y deseos de nuestro razonamiento práctico. Con respecto a las reglas, la expresión más común indicativa de este proceso es: "Tengo una regla que me prohíbe hacer esto, así que ni siquiera voy a pensar en actuar de otra manera". Al negarnos a pensar en ello, garantizamos que no podemos romper nuestras reglas por razones.

Sin embargo, la mayoría de las veces ni siquiera somos conscientes de las razones que nos llevan a violar nuestros compromisos. Simplemente seguimos las reglas y directivas sin ningún tipo de lucha o conflicto, incluso en situaciones en las que, si pensáramos en ello, nuestras acciones nos perturbarían profundamente. Se convierten casi en hábitos, ya que se pueden ejecutar prácticamente sin pensar.

La capacidad de reprimir razones no es algo que todos tengan ni la tienen en el mismo grado. Tampoco la necesidad de reprimir razones es tan importante en algunas personas como en otras, principalmente porque no todas las personas controlan sus acciones con la misma frecuencia. Como dicen los teóricos del control, algunas personas tienen "bucles de retroalimentación" más largos. En situaciones en las que la necesidad de orientación es más aguda, por ejemplo en el ejército, es necesario entrenar a las personas para que alarguen sus bucles de retroalimentación.

El entrenamiento militar consiste en entrenar a las personas **(p. 429)** para que ignoren sus instintos, para que reaccionen primero en lugar de pensar. Esto se logra en parte mediante la reglamentación total de la vida y en parte mediante la realización obligada de tareas absurdas como limpiar pisos con cepillos de dientes. La forma más fácil de lograr que las personas repriman sus razones es, por lo tanto, impedirles que se las propongan.

En cuanto a la desinhibición, es bien sabido que las personas que actúan bajo órdenes pueden verse obligadas a actuar de forma monstruosa. No es que no se den cuenta de lo que están haciendo, sino que parecen incapaces de oponerse a las exigencias de la autoridad que les da las directivas. Al informar sobre los resultados de sus famosos experimentos de obediencia en la década de 1960, Stanley Milgram describió vívidamente este fenómeno. En estos experimentos, Milgram quería ver hasta qué punto la gente corriente era capaz de hacer daño a los demás cuando una autoridad les ordenaba hacerlo. Se dijo a los sujetos que iban a participar en un experimento sobre aprendizaje y refuerzo negativo. Siempre que el supuesto alumno cometiera un error, el líder del experimento le ordenaba que administrara una serie cada vez mayor de descargas eléctricas para castigarlo por el error. Para sorpresa de Milgram, muchos de los sujetos siguieron las órdenes del líder y administraron lo que los sujetos creían que eran descargas extremadamente dolorosas. Lo que fue aún más sorprendente es que los sujetos expresaron a menudo grandes reservas acerca de continuar con el experimento, pero lo hicieron de todos modos porque se les había ordenado hacerlo. Esta es la descripción de Milgram: Algunas personas interpretan la situación experimental como una en la que el sujeto, de una manera altamente racional, puede sopesar los valores conflictivos de la situación, procesar los factores de acuerdo con algún cálculo mental y basar sus acciones en el resultado de esta ecuación. De este modo, el predicamento del sujeto se reduce a un problema de toma de decisiones racional. Este análisis ignora un aspecto crucial de la conducta iluminado por los experimentos. Aunque muchos sujetos toman la decisión intelectual de no dar más descargas al alumno, con frecuencia son incapaces de transformar esta convicción en acciones. Al observar a estos sujetos en el laboratorio, uno puede sentir su intensa lucha interna para liberarse de la autoridad, mientras que vínculos mal definidos pero poderosos los mantienen en el generador de descargas. Un sujeto dice que la situación experimental es una situación en la que el sujeto puede, de una manera muy racional, sopesar los valores conflictivos de la situación, procesar los factores de acuerdo con algún cálculo mental y basar sus acciones en el resultado de esta ecuación.

Experimentador: "No lo puede soportar. No voy a matar a ese hombre que está ahí. Lo oyes gritar. Está gritando. No lo puede soportar". Aunque en el nivel verbal el sujeto ha decidido no continuar, sigue actuando de acuerdo con las órdenes del experimentador. Muchos sujetos hacen movimientos tentativos hacia la desobediencia, pero luego parecen estar restringidos, como si estuvieran atados. 73

Milgram planteó la hipótesis de que al aceptar la autoridad de otro, uno renuncia a la capacidad de inhibir acciones a la luz de sus propios valores: "Los mecanismos inhibitorios que son vitales cuando el elemento individual funciona por sí mismo se vuelven secundarios a la necesidad de ceder el control al componente coordinador".74 En otras palabras, se adhirió al Modelo de Restricción.

En cierto sentido, es irrelevante si los mecanismos que he descrito están presentes en seres humanos que funcionan normalmente.

En sentido estricto, las directivas autoritativas pueden servir **(p. 430)** para los beneficios que se supone que sirven en caso de que pensemos que tenemos la capacidad de limitar nuestro yo futuro. Si realmente podemos hacer tal cosa es otra cuestión. Podemos estar equivocados en nuestra creencia de que las autoridades pueden dar a los agentes racionales razones para actuar, pero esta creencia no es ni incoherente ni inverosímil.

6.5 Conclusión provisional

En las secciones anteriores, argumenté que, en una amplia gama de casos estándar, el modelo de decisión no puede dar cuenta del potencial instrumental que las directivas autoritativas tienen para los agentes racionales. También argumenté que el modelo de restricción sí proporciona una explicación adecuada. Los agentes racionales pueden beneficiarse de las directivas que se les proporcionan solo si no toman decisiones sobre si obedecer directivas individuales. Pueden tomar decisiones para comprometerse con la autoridad, pero esas decisiones no son decisiones para tomar decisiones futuras.

Además, sugerí que el Modelo de Restricciones puede proporcionar una resolución adecuada a las paradojas de la autoridad.

Cuando las directivas autoritativas dan resultados erróneos, no es irracional ni inmoral que el sujeto obligado las cumpla, dado que el cumplimiento es la única opción factible. Cuando las directivas autoritativas dan resultados correctos, la directiva es relevante para el razonamiento práctico en la medida en que afecta la viabilidad de la no conformidad.

Sin embargo, este argumento no es suficiente para terminar la discusión de las paradojas, pues incluso si uno aceptara la verdad del Modelo de Restricción, el anarquista filosófico podría argumentar que las paradojas persisten. El Modelo de Restricción resuelve las paradojas sólo cuando se presupone una teoría particular de la autoridad legítima, a saber, una que adopte la Tesis de Justificación Normal. Si la legitimidad de una autoridad no dependiera de su capacidad para generar directivas instrumentalmente valiosas, las paradojas permanecerían sin resolver, pues el Modelo de Restricción no tiene nada que decir sobre la obediencia que no esté motivada por el deseo de aprovechar el potencial instrumental de las directivas. Es consistente con el Modelo de Restricción que los individuos que obedecen directivas a pesar de su falta de valor instrumental toman decisiones de obedecer. Si es así, las paradojas persisten: ¿cómo puede ser razonable/moralmente aceptable que los agentes elijan obedecer directivas que son erróneas?

Las paradojas persisten, por supuesto, sólo si es posible que una autoridad sea legítima a pesar de su incapacidad para generar directivas instrumentalmente valiosas. Como argumentaré en la próxima sección, debemos tomar en serio esta posibilidad.

(p. 431) 7 Al servicio de los gobernantes

A pesar de toda la atención crítica que ha recibido la teoría de la autoridad de Raz, pocos han cuestionado la validez de la tesis de la justificación normal. Los críticos de Raz han aceptado, en general, su afirmación de que las autoridades

son legítimas sólo en el caso de que los sujetos tengan más probabilidades de actuar en función de las razones que se les aplican independientemente si se someten a sus directivas que si intentan ajustarse a ellas directamente. El principal motivo de discordia, como hemos visto, se ha centrado en la tesis de la preeminencia, no en la de la justificación normal.

El atractivo de la Tesis de la Justificación Normal, creo, surge de que es una expresión de la Concepción del Servicio. Según la Concepción del Servicio, es función de las autoridades servir a los gobernados. La Tesis de la Justificación Normal considera que este servicio consiste en proporcionar directivas a los sujetos para que puedan ajustarse mejor a las razones que los obligan.

Autoridad

La idea de que las autoridades están a nuestro servicio, y no al revés, es una de las ideas más importantes surgidas de la Ilustración.7

5 El pensamiento de la Ilustración rechazó la idea de que las autoridades derivan su poder de un nacimiento superior o de un estatus social. De hecho, la teoría política moderna se ha encargado de explicar cómo las autoridades pueden tener el poder que afirman tener a pesar del hecho de que ningún individuo es "mejor" que otro. La concepción de servicio proporciona la respuesta estándar a este dilema: las autoridades tienen el poder de decirnos qué hacer porque nos beneficiamos de que tengan ese poder.

Sin embargo, como argumentaré, la Tesis de la Justificación Normal no es más que *una* expresión de la Concepción del Servicio.

En consecuencia, distinguiré entre dos modelos diferentes de servicio: uno que considera la función de la autoridad como mediadora entre razones y personas, y otro que entiende su papel como arbitrador entre partes rivales. Sostendré que la concepción liberal tradicional del servicio no consiste en la mediación sino en el arbitraje.

En lugar de capturar un tema dominante del pensamiento liberal tradicional, la Tesis de la Justificación Normal representa una comprensión algo radical de la función que las autoridades legítimas deben cumplir.

Por supuesto, no se trata de un argumento contra la Tesis de la Justificación Normal que rompa con la tradición. Más bien, argumentaré que la teoría de la autoridad de Raz es defectuosa debido al papel justificatorio inadecuado que le otorga a la toma de decisiones democrática. Según la Tesis de la Justificación Normal, el valor de varios esquemas de distribución del poder en una sociedad se entiende principalmente en términos instrumentales: una estructura de gobierno es más legítima que otra cuando es más probable que una siga el equilibrio de razones dependientes que otra. En consecuencia, las estructuras democráticas **(p. 432)** son preferibles a las no democráticas solo en caso de que las primeras generen "mejores" resultados.

directivas que estas últimas.

Sin embargo, sugeriré que el valor de la toma de decisiones democrática no reside en su valor instrumental. Más bien, los procedimientos democráticos pueden tener autoridad legítima porque representan acuerdos de reparto de poder que son justos. En lugar de violar la propia autonomía, el cumplimiento de reglas que uno cree que son erróneas puede ser una afirmación del valor de la autonomía en general. Muestra respeto por las facultades racionales de los demás, reconoce la justicia de aceptar cargas en iniciativas cooperativas y apoya la igualdad en la distribución del poder en la sociedad.

7.1 Mediación y arbitraje

Las autoridades pueden servir a sus súbditos de dos maneras. En primer lugar, pueden servir a sus súbditos mediante la orientación que proporcionan sus directivas, es decir, permitiéndoles lograr beneficios que no habrían podido lograr sin ellas. En este capítulo hemos visto los numerosos beneficios que la orientación autoritaria puede garantizar mediante sus directivas, es decir, proporcionar información valiosa, compensar las deficiencias cognitivas,

economizar en los costos de deliberación, combatir la debilidad de la voluntad y coordinar la conducta.

En segundo lugar, las autoridades pueden servir a sus súbditos proporcionándoles una forma de resolver sus disputas sobre cuestiones normativas. Los desacuerdos entre las partes pueden resolverse apelando a las decisiones autoritativas de una o varias personas determinadas, como el clero, los maestros, los padres, los funcionarios, los tribunales, las legislaturas o los organismos. En este sentido, el éxito no se mide por el contenido de las directivas emitidas, sino que las autoridades cumplen su función cuando las directivas emitidas son capaces de resolver disputas reales o potenciales.

En consecuencia, podemos distinguir entre dos concepciones de la autoridad desde el punto de vista del servicio. La primera, que podría denominarse

'Modelo de Mediación', entiende la función de la autoridad como la mediación entre razones y personas.

Las autoridades son legítimas para un sujeto en la medida en que cumplen esa función de manera eficaz, es decir, el sujeto se encuentra en una mejor situación en términos de las razones que lo vinculan al cumplir las directivas que se le dan que si intentara ajustarse a esas razones directamente. El principal defensor del modelo de mediación es, por supuesto, Joseph Raz.

Según lo que podría llamarse el "modelo de arbitraje", la función de la autoridad es actuar como árbitro entre sujetos. Las autoridades son legítimas para un sujeto determinado sólo en el caso de que la aceptación del proceso como vinculante por alguna de las partes genere una obligación moral para el sujeto de acatar el resultado. El tipo de aceptación, las partes que deben aceptar el proceso y la naturaleza de la obligación moral generada por dicha aceptación variarán según el tipo de modelo de arbitraje. Un teórico del contrato social, por ejemplo, entendería la aceptación como un acto de consentimiento por parte del sujeto y la obligación generada como una **obligación** promisoria.

El teórico del juego limpio, por otro lado, entendería la aceptación como la recepción voluntaria de los beneficios del proceso por parte del sujeto y la obligación generada sería una de equidad, es decir, que las partes deben soportar las cargas de un proceso cuando también aceptan voluntariamente sus beneficios.

Los modelos de mediación y arbitraje difieren en tres aspectos. El más obvio es que difieren en la función principal que se atribuye a las autoridades. En el caso del modelo de mediación, la función es la de mediación entre razones y personas; en el caso del modelo de arbitraje, es la de arbitraje entre partes rivales. En segundo lugar, estos modelos difieren en la relación que establecen entre la función de la autoridad y su legitimación. En un modelo de mediación, la relación entre función y legitimación es directa: las autoridades son legítimas para un sujeto si y sólo si cumplen su función de mediación para ese sujeto. En un modelo de arbitraje, por el contrario, las autoridades no son necesariamente legítimas para un sujeto simplemente porque resuelven con éxito las disputas que lo involucran. La conexión es más indirecta: la función de arbitraje da a las partes razones para aceptar el resultado del proceso y es esta aceptación, no el desempeño exitoso de la resolución de la disputa, lo que le da legitimidad al proceso.

En tercer lugar, los modelos difieren en cuanto a los fundamentos últimos de legitimación. En el modelo de mediación, las autoridades se legitiman en última instancia por razones dependientes. Cuando se enfrenta a una autoridad legítima, es probable que cada sujeto se desempeñe mejor en cuanto a las razones que lo vinculan si cumple las directivas que si no las cumple. En el modelo de arbitraje, los sujetos pueden obtener peores resultados en cuanto a las razones dependientes. Lo que vincula a los sujetos es la aceptación del proceso como vinculante por algunas de las partes.

El contraste entre ambos modelos se puede resumir de la siguiente manera: en el modelo de mediación, la obediencia en sí misma tiene un valor instrumental; en el modelo de

arbitraje, las partes no se benefician de su obediencia, sino que ésta es el *precio moral* que las partes deben pagar para conseguir el cumplimiento de los demás.76

7.2 Mediación y democracia

El modelo de arbitraje ha sido sin duda la explicación dominante de la autoridad en la teoría liberal moderna. Los teóricos liberales clásicos como Hobbes, Locke y Kant creían que el fundamento de la autoridad legítima residía en su capacidad para arbitrar disputas. El paso del estado de naturaleza a la sociedad civil, sostenían, era necesario debido a los costos asociados con la anarquía, es decir, con la ausencia de una persona o personas a las que las partes en conflicto pudieran apelar para resolver sus disputas. La función de las **autoridades** es servir a sus súbditos, pero no principalmente a través de la emisión de directivas instrumentales valiosas, sino más bien por el hecho de que emiten directivas en general. Idealmente, por supuesto, las directivas emitidas deberían ser moralmente apropiadas y propicias para el bien común. Sin embargo, la obligación de obedecer estas directivas no depende de que cumplan, o incluso se acerquen, a este ideal.

A pesar de su condición marginal en la teoría liberal moderna, el modelo de mediación ha encontrado un punto de apoyo y está ganando impulso. Lamentablemente, ésta no es la ocasión para una investigación exhaustiva del modelo de mediación en comparación con el modelo de arbitraje. Sin embargo, me gustaría sugerir que el modelo de mediación podría ser menos plausible de lo que se ha pensado hasta ahora.

Según el modelo de mediación, la legitimidad de la autoridad está determinada exclusivamente por su capacidad de proporcionar directivas instrumentales valiosas. Los orígenes del régimen autoritario parecen ser irrelevantes, al menos desde el punto de vista de la obligación de obedecer. Las instituciones, como hemos visto, se miden principalmente en términos instrumentales.

Una estructura es más legítima que otra siempre y cuando la primera conduzca a una mediación más efectiva que la segunda.

Sin embargo, esta concepción instrumental ignora el valor intrínseco de la democracia. La legitimidad de un gobierno no se juzga en general exclusivamente, o tal vez incluso principalmente, por sus *resultados* , sino más bien por sus *insumos* , es decir, por si el régimen ha sido determinado y apoyado por el pueblo. La teoría política platónica ha sido ridiculizada durante siglos precisamente por su estructura de arriba hacia abajo. A pesar de las excelentes habilidades de mediación del rey filósofo, su derecho a gobernar es defectuoso porque aquellos sobre quienes gobierna no tienen voz ni voto en cuanto a si debería tener tal derecho.

En cambio, el modelo de arbitraje tiene margen para dar cabida a la importancia que tiene el régimen democrático en la legitimación de la autoridad. Para comprenderlo, debemos volver a las paradojas de la autoridad.

7.3 El arbitraje y las paradojas de la autoridad

El modelo de mediación intenta resolver las paradojas de la autoridad, como hemos visto, adoptando un enfoque completamente instrumental de las directivas autoritativas. Sin embargo, esta estrategia no funcionará para el modelo de arbitraje, ya que la normatividad de las directivas no depende de su valor instrumental. El modelo de arbitraje sanciona la obediencia, por ejemplo, incluso cuando la directiva no está respaldada por el balance de razones dependientes del contenido, los sujetos son conscientes de ello y tienen la capacidad de no cumplirla. Debemos ver, entonces, si la obediencia a la autoridad puede hacerse compatible tanto con la racionalidad como con la autonomía.

Comencemos con la paradoja de la autoridad y la racionalidad. Supongamos que una autoridad legítima emite una directiva que está respaldada por un balance de razones dependientes del contenido. ¿La directiva le da al sujeto una razón para actuar?

Sí, según el Modelo Arbitral. Como el sujeto está moralmente obligado a cumplir **(p. 435)** el resultado de procesos legítimos, tendrá una razón adicional para cumplir. Si el sujeto desobedece a la autoridad, habrá cometido dos delitos: habrá realizado una acción que, independientemente de la orden, no debería haber realizado y habrá violado su obligación moral de obedecer.

Supongamos ahora que la orden no está respaldada por el balance de razones dependientes del contenido. ¿Puede ser razonable, no obstante, la obediencia? En el modelo de arbitraje, sí. Puesto que cada sujeto está moralmente obligado a cumplir, la orden constituye una razón para la acción independiente del contenido. El balance de todas las razones, tanto dependientes del contenido como independientes, se inclinaría entonces en el sentido de la obediencia, aunque se hubiera inclinado en la dirección opuesta si no se hubiera emitido la orden.

Obsérvese que el modelo de arbitraje ofrece una solución a la paradoja de la autoridad y la racionalidad, independientemente de si es verdad o no. Mientras un agente piense que es verdad, será racional que obedezca.

En cambio, el modelo arbitral debe ser verdadero para que dé solución a la paradoja de la autoridad y la autonomía, pues no bastará con demostrar la coherencia de los sujetos que creen que pueden tener obligaciones morales de cumplir con los resultados del arbitraje, sino que hay que demostrar que tales obligaciones existen efectivamente.

Consideremos, por ejemplo, la variante del contrato social del modelo de arbitraje. Uno podría verse tentado a responder a la paradoja de la autoridad y la autonomía argumentando que la obligación promisoria engendrada por el consentimiento proporciona a los sujetos razones para actuar en contra del resto de razones dependientes del contenido. Sin embargo, como vimos en la Sección 2, esta respuesta es una petición de principio. Si la voluntad de alguna persona no puede darme una razón para hacer lo que ordinariamente estaría mal, ¿cómo puede mi propia voluntad darme esa licencia? Dado que el consentimiento también pretende dar lugar a razones perentorias e independientes del contenido para la acción, la explicación

del contrato social simplemente empuja la paradoja un paso hacia atrás, a saber, ¿cómo puede el mero hecho de que haya consentido en acatar los resultados de algún proceso darme una razón suficientemente buena para acatar los resultados de ese proceso?

En lo que sigue, sugeriré que la obligación moral de obedecer a la autoridad puede generarse bajo ciertas condiciones en un sistema político democrático liberal. En términos generales, la idea es que la deferencia hacia la autoridad elegida democráticamente en condiciones de libertad significativa es deferencia hacia un acuerdo de distribución del poder que es *socialmente necesario, empoderador* y *justo* .

Al desobedecer, los sujetos establecen de manera unilateral y, por tanto, irracional, los términos y la dirección de la cooperación social.

Un esbozo de este argumento comienza con la verdad de que la cooperación social no es posible, en la práctica, sin la disponibilidad de procedimientos para la resolución de conflictos. Los desacuerdos entre las partes sobre los términos apropiados de la interacción social y la división del excedente social impedirían o descarrilarían los esfuerzos individuales y colectivos. Y, a falta de una resolución aceptable, las disputas se convertirían en peleas abiertas y las batallas intestinas probablemente amenazarían la supervivencia misma de la comunidad.

(p. 436) Los procedimientos democráticos de decisión constituyen, por supuesto, sólo un pequeño subconjunto de los posibles mecanismos de resolución de disputas. Sin embargo, se distinguen por el grado en que empoderan a la ciudadanía. En las democracias liberales, se concede a los ciudadanos el poder de ejercer control sobre sus vidas al permitirles, a través del sufragio, afectar los términos de la cooperación social y la dirección de las actividades colectivas. Pueden afectar la forma del paisaje social ya sea directamente, mediante plebiscito, o, más familiarmente, indirectamente, mediante la elección de representantes. La protección de la libertad de expresión también permite a los ciudadanos influir en la estructura y los objetivos sociales al permitirles la oportunidad de persuadir a sus

rivales, y a los no comprometidos, de sus puntos de vista. Por lo tanto, a diferencia de los oráculos, las pruebas ordalías o los lanzamientos de moneda, los procedimientos democráticos permiten a los individuos cierta participación en la resolución de sus disputas. Las democracias dan expresión a la libertad de expresión y crean oportunidades para el ejercicio de la libertad de expresión.

Autoridad

las capacidades autónomas del individuo.

Por último, los procesos democráticos que se desarrollan en condiciones de libertad significativa constituyen procedimientos justos para la resolución de disputas. Estos procesos son justos porque el poder se comparte de manera aproximadamente igualitaria. La distribución equitativa del poder consiste, en primer lugar, en el poder de voto igualitario que tienen los individuos, o los grupos a los que pertenecen, en la selección de políticas o la elección de representantes. En segundo lugar, la igualdad de poder está determinada por la oportunidad igualitaria y significativa que tienen los individuos, o los grupos a los que pertenecen, de expresar sus opiniones y persuadir a los demás sobre el valor de sus posiciones.

Mi afirmación no es que todos los procesos democráticos sean justos, sino sólo aquellos que tienen lugar en condiciones de libertad significativa. El hecho de que una sociedad extienda el derecho al voto a todos los ciudadanos y proteja su derecho a la libertad de expresión no implica que la distribución del poder político sea justa. Como es bien sabido, el derecho a la libertad de expresión en realidad tiene el potencial de disminuir sustancialmente la capacidad de los ciudadanos de hacer oír su voz en el debate público. En *Buckley v. Valeo* ,77 por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la Primera Enmienda prohíbe los topes obligatorios a los gastos de campaña, aunque los límites a las contribuciones son constitucionalmente aceptables. Como resultado de esta sentencia, enormes sumas de dinero han encontrado su camino hacia las campañas políticas, principalmente mediante el uso de "dinero blando" social recaudado y gastado por grupos de interés político en nombre de ciertos

candidatos. Muchos han argumentado que la influencia del dinero en el discurso político ha tenido un efecto moralmente destructivo, permitiendo que ciertos grupos dominen el debate público mientras ahogan efectivamente otras voces.78 Si la situación actual en los Estados Unidos no cumple con las condiciones de una "libertad significativa" y, de ser así, cuáles son los remedios apropiados , 79 son preguntas que están más allá del alcance de este capítulo. Sin embargo, supondré que tales condiciones son alcanzables en la sociedad moderna, aunque admito que tal proposición está lejos de ser evidente.

7.4 Democracia y autonomía

El último paso del argumento es la afirmación de que no es razonable que un individuo no respete procedimientos socialmente necesarios, justos y que le otorgan poder. Para justificar esta afirmación, consideremos la objeción que podría presentarse para impugnarla.80 Se podría argumentar que es una violación irrazonable de la libertad personal exigir a los individuos que se atengan a un procedimiento que no aceptaron voluntariamente. Nadie tiene derecho a exigir que otros carguen con cargas cuando esos beneficios se les han impuesto.

Sin embargo, esta objeción carece de fundamento. Ignora el hecho de que la libertad personal sólo tiene valor cuando ya existen esquemas de cooperación social. No podemos quejarnos de que nuestra capacidad para llevar adelante proyectos de la manera que nos parezca adecuada se vería sobrecargada cuando la capacidad significativa para llevar adelante esos proyectos depende de la moderación de todos los demás.8

1 La propia afirmación de la libertad personal indica que el objetor acepta voluntariamente los beneficios de tales procedimientos. En otras palabras, el objetor quiere tener todo lo que tiene y comérselo también.

Quien no está de acuerdo con los resultados de un procedimiento socialmente necesario, empoderador y justo y, por lo tanto, lo ignora, actúa, podríamos decir, como un dictador: "dicta" unilateralmente los términos de la

interacción social a los demás y, por lo tanto, ejerce un control inapropiado sobre las vidas de sus conciudadanos. No es una defensa para el rebelde señalar que el procedimiento produjo un resultado incorrecto, ya que, sea que así sea o no, no "depende de él" imponer su propio juicio a los demás.

La conclusión a la que me gustaría llegar es que la desobediencia a la voluntad democrática, al menos en ciertas circunstancias, equivale a una arrogación irrazonable del poder.82 Quienes actúan de manera tan irrazonable privan a la mayoría **(p. 438)** de tres bienes importantes. En primer lugar, niegan a la mayoría el resultado que tenía derecho a esperar. En segundo lugar, niegan a la mayoría el control sobre sus vidas que tenía derecho a ejercer. En tercer lugar, niegan a la mayoría el respeto que se les debe como participantes iguales en un acuerdo justo de reparto del poder.

Resulta un tanto sorprendente que la sumisión a la autoridad, en lugar de conducir inexorablemente a la violación de la autonomía, en realidad manifiesta respeto por la autonomía, entendida aquí como el poder de controlar la propia vida. Someterse a la autoridad elegida democráticamente o a políticas seleccionadas en condiciones de libertad significativa es someterse a un conciudadano. Al hacerlo, uno respeta la importancia de que a las personas se les asigne cierto control sobre sus vidas y la justicia de compartir ese poder de manera equitativa.

Por el contrario, el modelo de mediación subestima la importante contribución que puede hacer la toma de decisiones democrática. Página 33 de 39

Autoridad

La política no consiste sólo en hacer las cosas bien, sino también en participar en una actividad comunitaria en la que todas las voces tienen la oportunidad de ser escuchadas y en la que cada una puede marcar una diferencia. Como escribió Learned Hand:

Por mi parte, me resultaría sumamente molesto que me gobernaran un grupo de guardianes platónicos, incluso si supiera cómo elegirlos, cosa que, sin duda, no sé. Si ellos estuvieran a cargo, echaría de menos el estímulo de vivir en una sociedad en la que tengo, al menos teóricamente, algún papel en la dirección de los asuntos públicos. Por supuesto, sé lo ilusorio que sería creer que mi voto determina algo; pero, sin embargo, cuando voy a las urnas, siento la satisfacción de saber que todos estamos comprometidos en una empresa común. 83

Quisiera terminar esta sección con una breve advertencia. No estoy afirmando que los ciudadanos de una república democrática, incluso en condiciones de libertad significativa, deban someterse a la voluntad de la mayoría en todos los casos. De hecho, el hecho de que la autonomía y la justicia desempeñen papeles tan importantes en la base de la obligación de obedecer los procedimientos democráticos sugiere que el alcance de la obligación en sí está limitado por esas mismas preocupaciones. Siempre que las democracias se inmiscuyen demasiado en nuestros asuntos personales, privan de derechos a segmentos de la ciudadanía o discriminan a los políticamente impotentes, la obligación de obedecer las normas infractoras termina.

Mi objetivo en esta sección era esbozar una solución a las paradojas de la autoridad. Las paradojas intentan demostrar que las autoridades son incapaces de obligar moralmente a sus súbditos. Por lo tanto, una resolución adecuada de las paradojas no necesita trazar un mapa de toda la esfera del poder legítimo; sólo necesita demostrar que existe tal esfera. Las paradojas se habrán resuelto si uno puede demostrar que, al menos bajo ciertas circunstancias, las autoridades tienen el poder de obligar independientemente del contenido.

He intentado disipar la nube de la paradoja sugiriendo que las reivindicaciones de la autoridad democrática deben verse a través de la lente de la autonomía. Si se quiere garantizar la autonomía de los ciudadanos, las autoridades democráticas deben tener el derecho moral de obligar incluso cuando se equivocan. Porque un mundo en el que los individuos tuvieran derecho a oponerse a las decisiones colectivas **(p. 439)** sólo porque creen que son equivocadas

es un mundo en el que nadie tiene el poder de afectar los términos y la dirección de la cooperación social. Los individuos tienen control sobre sus vidas sociales sólo en la medida en que aquellos con quienes no están de acuerdo decidan cumplir. Los individuos son autónomos, en otras palabras, sólo cuando pueden lograr que otros actúen sólo porque ellos, o sus representantes, lo han dicho.

8 Conclusión

Volvamos a la disputa entre Eliezer y los rabinos. ¿Tenía razón Eliezer al no someterse al juicio equivocado de los rabinos? Creo que es justo decir que Eliezer actuó mal. Si realmente le importara la voluntad de Dios, se habría sometido, pues Dios había dispuesto que las decisiones legales se decidieran por mayoría de votos.

Eliezer manifestó un vicio que no es infrecuente entre los piadosos, un vicio que podría llamarse "purismo excesivo".

Los puristas excesivos siempre insisten en actuar de la manera técnicamente correcta. Se niegan a corromperse, a ensuciarse las manos descendiendo al nivel del lumpenproletariado y a actuar como lo hacen los ignorantes. Sin embargo, como he intentado argumentar, uno puede tener razones para acatar la voluntad de otro, incluso cuando sabe que está equivocado. Mantenerse altivamente por encima de la refriega puede manifestar una falta de respeto extrema hacia sus conciudadanos.

Tal vez los peligros del purismo excesivo en materia de autoridad sean leves comparados con los pecados del extremo opuesto, es decir, la apatía, la pereza y el servilismo. Una actitud escéptica hacia la autoridad sea tal vez la postura más saludable que se pueda adoptar. Pero tal escepticismo, como he intentado sugerir, puede ir demasiado lejos. **Notas:**

Me gustaría agradecer a Bruce Ackerman, Jules Coleman, David Golove, Peter Hilal, Ken Himma y Michael Moore por sus útiles comentarios sobre los borradores anteriores de este capítulo.

(1) Baba Metzia, 59b.

(2) Por alguna razón, el Talmud añade que otros afirman que el algarrobo aterrizó a 400 codos de distancia.

(3) Deuteronomio 30:12.

(4) Estos enfoques son revisionistas en el sentido de que buscan revisar la comprensión de la autoridad que presuponen las paradojas. No sostienen que nuestro concepto de autoridad legítima deba ser reelaborado, sino sólo que las paradojas emplean un concepto que, aunque parezca serlo, en realidad no lo es.

(5) Véase Robert Paul Wolff, *In Defense of Anarchy* (1970). Las secciones pertinentes de la monografía de Wolff están citadas como 'El conflicto entre autoridad y autonomía', en *Authority* , ed. Joseph Raz (Nueva York: New York University Press, 1990). Todas las citas en este capítulo se harán con referencia a este extracto.

(6) Wolff, supra n.:

5 20.

(7) A diferencia de la autoridad, el poder no puede ser honrado en la violación: uno puede defraudar a un ladrón, pero no puede engañar a un ladrón.

(8) Wolff, p. 21. Wolff no menciona un tercer sentido en el que alguien puede tener autoridad. *X* puede tener autoridad sólo en caso de que existan reglas que le confieran autoridad . Todas las autoridades legales tienen autoridad en este sentido. Este concepto de autoridad, al menos cuando se aplica al derecho, genera paradojas propias, ya que cualquier intento de establecer su existencia genera una paradoja del "huevo y la gallina". El enigma puede enunciarse de la siguiente manera: *X* puede poseer autoridad en el tercer sentido sólo cuando las reglas legales le confieren dicha autoridad. Pero las reglas legales sólo existen cuando alguien con autoridad legal crea dichas reglas. ¿Quién es, entonces, esta persona que crea estas

reglas que le confieren autoridad a *X* ? No puede ser *X* , porque *X* no tiene autoridad antes de que las reglas se la confieran. Sin embargo, si es alguien distinto de *X* , entonces podemos hacer las mismas preguntas sobre esa persona que las que hicimos sobre *X.* Nos vemos conducidos a un círculo vicioso o a una regresión infinita. Véase 'On Hart's Way Out', *Legal Theory* , 4 (1998), 454, reimpreso en *Lecturas de la filosofía de la Derecho* , ed. J. Coleman (Nueva York: Garland Publishing, 2000) y, con revisiones, Hart's Postscript to The Concept of Law, ed. J. Coleman (Oxford: Oxford University Press, 2001).

(9) ibíd., pág. 22.

(10) ibíd.

(11) ibid. Pero véase el análisis en la sección 2.2 más adelante.

(12) ibíd., pág. 25.

(13) ibíd., págs. 28-29.

(14) ibíd., pág. 29.

(15) ibíd.

(16) William Godwin, *Investigación sobre la justicia política* , ed. K. Carter (Oxford: Clarendon Press, 1971), 122.

(17) ibíd.

(18) Kant, 'Una respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?', en H. Reiss (ed.), *Kant: Escritos políticos* (Cambridge: Cambridge University Press, 1991).

(19) HLA Hart, 'Órdenes y razones legales autoritativas', en *Ensayos sobre Bentham* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 253–5.

(20) Véase, por ejemplo, Wolff, supra n. 5: 26 ('El hombre autónomo, en la medida en que es autónomo, no está sujeto a la voluntad de otro. Puede hacer lo que otro le dice, pero

no *porque* se le haya dicho que lo haga' (énfasis en el original).

(21) Godwin, supra n. 16: 88.

(22) Godwin, supra n. 16: 88.

(23) Wesley Newcombe Hohfeld, 'Concepciones jurídicas fundamentales tal como se aplican en el razonamiento judicial', ed. WW

Cocinero (New Haven: Yale University Press, 1923), 35.

(24) Robert Ladenson, 'Una defensa de una concepción hobbesiana del derecho', *Philosophy and Public Affairs* , 9 (1980), reimpreso en *Authority* , supra n. 5.

(25) ibíd., pág. 38.

(26) ibíd., pág. 39.

(27) Compárese esto con la caracterización que hace el propio Hobbes de las directivas autoritativas: "Una orden es cuando un hombre dice haz esto o no hagas esto todavía sin esperar ninguna otra razón que la voluntad de quien lo dijo". Es decir, Hobbes tomó las órdenes como razones independientes del contenido para la acción. El único elemento hobbesiano de la explicación de Ladenson, por lo tanto, es la justificación que ofrece para la coerción estatal, no la explicación de la autoridad en sí.

(28) Godwin, supra n. 16: 120.

(29) Para una elaboración poderosa de esta crítica, véase Joseph Raz, 'Autoridad y Justificación', en *Autoridad* , supra n.

5. Ladenson podría replicar que la cooptación del lenguaje de la obligación por parte del derecho no implica que las

autoridades jurídicas afirmen que sus súbditos están moralmente obligados a cumplir. Ese vocabulario deóntico podría utilizarse en un sentido puramente técnico: *X* está legalmente obligado a hacer *A* , en este sentido técnico, sólo en caso de que exista una o más reglas jurídicas que exijan esa conducta. Para una discusión y defensa de esta concepción semántica de la obligación jurídica, véase HL

A. Hart, 'Deber y obligación legal', en *Ensayos sobre Bentham* y Hart, supra n. 19, pág. 266.

(30) Joseph Raz, 'Introducción' en *Autoridad* , supra n. 5: 4.

(31) Platón, *La República* , trad. Desmonde Lee (Londres: Penguin, 1955), 202. Para una expresión contemporánea de la explicación epistémica, véase Heidi Hurd, 'Challenging Authority', *Yale Law Journal* , 100 (1991), 1611.

(32) Sin embargo, puede ser necesario recurrir a expertos para identificar la existencia de situaciones en las que es necesaria la coordinación. Véase Joseph Raz, 'Facing Up: A Reply', *Southern California Law Review* , 62 (1989), 1153, 1192.

(33) Se podría argumentar que en los problemas de coordinación las directivas autoritativas son razones para creer que otros actuarán en función de la solución de coordinación, aunque no sean consejos de expertos. Como argumentaré en la Sección 6.3, las directivas autoritativas no podrían resolver los problemas de coordinación si se creyera comúnmente que todos las tratan como evidencia del comportamiento de otras personas y que son racionales.

(34) Joseph Razz, *La moralidad de la libertad* (1986), 56.

(35) ibíd., págs. 42-53.

(36) ibíd., pág. 48.

(37) ibíd., pág. 47.

(38) ibíd., pág. 53.

(39) ibíd., págs. 73-75

(40) Joseph Raz, *La moralidad de la libertad* (1986), pág. 57.

(41) ibíd., pág. 58.

(42) ibíd., pág. 61.

(43) ibíd., págs. 41-42.

(44) ibíd., pág. 42.

(45) ibid., pág. 62. ('Para establecer que algo es claramente incorrecto no es necesario examinar el razonamiento subyacente.')

(46) ibíd., pág. 75.

(47) Joseph Raz, *La moralidad de la libertad* (1986), pág. 39.

(48) Joseph Raz, *La autoridad de la ley* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 27.

(49) ibíd.

(50) *Autoridad* , supra n. 5: 135.

(51) La teoría de Raz es notablemente similar a la presentación que hace Rawls del utilitarismo de las reglas. Véase John Rawls, "Two Concepts of Rules", en *Theories of Ethics* , ed. Philippa Foot (Oxford: Oxford University Press, 1967).

(52) Véase, por ejemplo, J. J. C. Smart, 'Esquema de una teoría de la ética utilitaria', en *Utilitarianism: For and Against* , ed. JJC.

Smart y Bernard Williams (Cambridge: Cambridge University Press, 1973).

(53) Hurd, 'Challenging Authority', supra n. 31: 1624. Véase también DS Clarke, Jr., 'Exclusionary Reasons', *Mind* , 62

(1977), 253.

(54) Leslie Green, *The Authority of the State* (1988), 113-14. Para análisis similares, véase Donald Regan, 'Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom', *Southern California Law Review* , 62 (1989), 995, 1027; Heidi Hurd, 'Sovereignty in Silence', *Yale Law Journal* , 99 (1990), 1016-1019; Larry Alexander, 'Law and Exclusionary Reasons', *Philosophical Topics* , 7 (1990), 18.

(55) Stephen Perry, 'Razones de segundo orden, incertidumbre y teoría jurídica', *Southern California Law Review* , 62

(1989), 913. Véase también, Stephen Perry, 'Obligación judicial, precedente y derecho consuetudinario', *Oxford Journal of Legal Estudios* , 7 (1987), 215.

(56) Véase Perry, 'Second-Order Reason', supra n. 55: 94.

(57) Véase Fred Schauer, *Jugando según las reglas: Un examen de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida* (1991), 91.

(58) Véase, por ejemplo, Stephen Perry, 'Judicial Obligation', supra n. 55; Schauer, supra n. 57: 91.

(59) Michael Moore, 'Autoridad, derecho y razones razianas', *Southern California Law Review* , 62 (1989), 827, 867.

Véase también Perry, nota 55 supra: 963.

(60) Es cierto que las directivas autoritativas pueden ayudar a coordinar la conducta entre los jugadores para que cada uno pueda actuar en la misma solución

cooperativa. Las directivas pueden incluso hacer que los jugadores tomen conciencia de que están involucrados en un dilema del prisionero. Sin embargo, las autoridades no estarían resolviendo dilemas del prisionero *per se* , sino más bien problemas de coordinación o déficit de información.

(61) Como me señaló Sidney Morgenbesser, a las personas como Larry que saben lo que deben hacer pero no son capaces de hacerlo, se las conoce en yiddish como "schlemiels".

(62) Véase, por ejemplo, Stanley Milgram, *Obedience to Authority* (Nueva York: Harper & Row, 1974), 134. ('Dado que el cambio de agencia es en gran medida un estado mental, algunos dirán que su cambio de actitud no es una alteración real en el estado de la persona.

Yo diría, sin embargo, que estos cambios en los individuos son precisamente equivalentes a aquellas alteraciones importantes en los sistemas lógicos de los autómatas consideradas anteriormente. Por supuesto, no tenemos interruptores que surjan de nuestros cuerpos, y los cambios se efectúan sinápticamente, pero esto no los hace menos reales.) Pero véase la Sección 6.4, donde sostengo que hay algunas diferencias importantes entre la sumisión autoritaria y el compromiso previo.

(63) El argumento de esta sección mejoró mucho gracias a los comentarios que recibí de Bruce Ackerman.

(64) Véase, por ejemplo, R. Duncan Luce y Howard Raiffa, *Games and Decisions* (Nueva York: Dove Publishing, 1958), cap. 13.

(65) Véase Isaac Levi, 'Sobre probabilidades indeterminadas', en *Decisiones y revisiones* (Cambridge: Cambridge University Press, 1984).

(66) Condicionalización bayesiana: sea p (·) la función de probabilidad de X y p (

e ·) sea la función de probabilidad que

resulta cuando *X* aprende que *e* es verdadero y lo incorpora a su teoría de fondo. Entonces *p* (

eh) = [*p* (*e* | *h*) * *p* (*h*)] /

p (*e*). *p* (*h*) se conoce como la probabilidad previa de *h*, *p* (

eh) como la probabilidad posterior de *h* dado *e* y *p* (*e* | *h*) como la probabilidad de *e* dado *h* .

(67) Véase, por ejemplo, Isaac Levi, *The Enterprise of Knowledge* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1980), 296-8, 399-423. Véase la página 37 de 39.

Autoridad

También Isaac Levi, 'La inducción como autocorrección según Peirce', en *Science, Belief and Behavior* , ed. Hugh Mel o (Cambridge: Cambridge University Press, 1980), 127.

(68) Tony debería aceptar *h* como verdadero sólo si cada distribución de probabilidad admisible atribuye a *h* un valor de probabilidad que exceda cualquier valor umbral que sea apropiado para la aceptación.

(69) Uno de los ejemplos de Schelling de un juego de "motivos mixtos" es el caso de la guerra química. Dado que las naciones que lucharon en la Primera Guerra Mundial tenían interés en limitar el número de bajas que se producirían, todas las partes sabían que era deseable que se prohibiera mutuamente el uso del gas nervioso. Sin embargo, el número de prohibiciones posibles era considerable, por ejemplo, "No usar gas", "Algo de gas", "El gas sólo se usa en personal militar", "El gas sólo se usa en defensa propia", etc. La comunicación entre las distintas facciones en guerra era imposible al comienzo del conflicto y no se podían poner a prueba las distintas opciones, considerando que un fallo de coordinación podría haber impedido la cooperación posterior (es difícil que un ejército se abstenga de gasear a un ejército que acaba de gasearlo). El resultado fue una negociación tácita. De todas las reglas

que se podían seleccionar, la prohibición absoluta del uso del gas nervioso era la más sencilla. Cada lado conjeturó que el otro escogería la regla que éste pudiera adivinar que adivinaría, y dado que una regla era la más notoria en su simplicidad, sirvió como punto focal para el acuerdo.

(70) Thomas Schel ing, *La estrategia del conflicto* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1960), 67.

(71) Con un mecanismo de señalización "unilateral", la señalización se realiza para coordinar las acciones de los miembros de la audiencia, mientras que con un mecanismo "bilateral" la transmisión tiene como objetivo coordinar las acciones del comunicador y la audiencia. Véase, en general, David Lewis, *Convention* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1969), 122, *pág* .

(72) Esta sección es una adaptación de la Sección 7 de 'La diferencia que hacen las reglas', *Analizando el derecho: nuevos ensayos sobre derecho Teoría* , ed. B. Bix (Oxford: Clarendon Press, 1998).

(73) Stanley Milgram, nota 62 supra: 148–9.

(74) ibíd., pág. 129.

(75) O, como debería decir, "resurgió", ya que la Concepción del Servicio fue un tema importante en el pensamiento político clásico.

(76) Además de estas dos teorías, podríamos imaginar un tercer modelo mixto de autoridad. El "modelo mixto" es una combinación disyuntiva de los modelos de mediación y arbitraje. Legitima la autoridad sólo en el caso de que ésta media con éxito entre razones y personas o el compromiso de los sujetos de acatar las determinaciones de la autoridad genera efectivamente una obligación moral de obedecer.

(77) 424 Estados Unidos 1 (1976).

(78) Véase, por ejemplo, Ronald Dworkin, 'The Curse of American Politics', *New York Review of Books* (17 de octubre de 1996), pág. 19; David A. Strauss, 'Corruption,

Equality, and Campaign Finance Reform', *Columbia Law Review* , 94 (1994), 1369; Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (Nueva York: The Free Press, 1993), 94-101; John Rawls, *Political Liberalism* (Nueva York: Columbia University Press, 1993), 356-63.

(79) Es justo decir que la mayoría de los comentaristas creen que la decisión en el caso *Buckley* fue errónea y piden que se revoque.

Además de las fuentes citadas en la nota anterior, véase C. Edwin Baker, 'Campaign Expenditures and Free Speech', *Harv. CR-CLL Rev.* , 33 (1998), 1; Owen M. Fiss, 'Money and Politics', *Columbia Law Review* , 97

(1977), 2470; Edward B. Foley, 'Igualdad de dólares por votante: un principio constitucional de financiación de campañas', *Columbia Law Review* , 94 (1994), 1204; Richard L. Hasen, 'Clipping Coupons for Democracy: An Egalitarian/Public Choice Defense of Campaign Finance Vouchers', *California Law Review* , 84 (1996), 1; Burt Neuborne, 'Buckley's Analytical Flaws', *JL & Pol'y* , 6 (1997), 111. Para una fascinante propuesta de reforma que no requiere la anulación de *Buckley* , véase Bruce Ackerman e Ian Ayres, *Voting with Dollars* (próximamente).

(80) Véase, por ejemplo, Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Nueva York: Basic Books, 1974), 90-96.

(81) Estoy ignorando aquí el caso del llamado "exiliado interno", cuyo interés en la libertad personal no depende

Autoridad

sobre un esquema preexistente de cooperación social para su cumplimiento.

(82) Para una visión similar sobre la naturaleza de la obligación que los gobiernos democráticos imponen a sus ciudadanos, véase Thomas Christiano, *The Rule of the Many* (Boulder, Colo.: Westview Press, 1996).

(83) Learned Hand, *La Declaración de Derechos* (Cambridge: Harvard University Press, 1958), 73–4.

Scott J. Shapiro

Scott J. Shapiro es profesor de Derecho en la Facultad de Derecho Benjamin N. Cardozo de la Universidad Yeshiva.





Razones

Manuales de Oxford en línea

Razones

John Gardner y Timothy Macklem

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0011

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo destaca algunos aspectos del papel de la vida humana que a menudo han sido malinterpretados. Algunos de los malentendidos provienen de las expectativas exageradas de los entusiastas de la racionalidad, mientras que otros provienen de reacciones exageradas de los escépticos a ese entusiasmo. Comienza reafirmando, contra

los escépticos, la idea clásica de que, como seres racionales, somos seres en el mundo que respondemos al mundo. La siguiente sección sostiene que responder a las razones es responder a los hechos, no responder a la propia construcción de los hechos. Se aborda el contraste, tan mal entendido, entre hechos y valores, lo que permite una visión más clara de la relación entre razones y valores. Se explica además la importancia de la inconmensurabilidad. Por último, se establece el contraste entre ser razonable y ser racional. La racionalidad en sí misma también deja espacio para el agente que habla, crea y construye.

AL diferenciar a los seres humanos de otros animales, Aristóteles enfatiza la excelencia humana en las facultades estrechamente conectadas del habla y la razón.

1 Podemos pensar en estas facultades, en su forma más desarrollada, como las formas distintivamente humanas de relacionarnos con el mundo. Una, la facultad del habla, nos proporciona una manera distintiva de imponernos al mundo. La otra, la facultad de la razón, es el canal distintivo a través del cual el mundo, a su vez, se impone a nosotros.

De todas las prácticas humanas, la práctica del derecho es la que más claramente sirve para plantear la cuestión de *cómo* se conectan ambas facultades. Muchos de los problemas intemporales de la jurisprudencia giran en torno a la forma desconcertante en que el discurso jurídico crea razones jurídicas y la consiguiente dificultad de que las razones jurídicas a menudo se codifiquen en el discurso jurídico. La moda jurisprudencial reciente ha puesto de relieve el lado del discurso de la ecuación. Empezando por el interés de Hart en la filosofía del lenguaje en general y la teoría de los actos de habla en particular, pasando por el compromiso de Dworkin con la teoría de la interpretación, pasando por la aplicación escéptica de la teoría literaria al derecho por Fish y otros, y culminando en el actual renacimiento del interés en la estética jurídica y la forma jurídica, el estudio del razonamiento jurídico ha llegado a considerarse cada vez más como subsidiario **(p. 441)** del estudio del discurso jurídico. En parte, esto ha sido un reflejo de un cambio más general en el estado de ánimo cultural, una creciente sensación de que la razón *per se* nos

ha defraudado de alguna manera, de que el optimismo racionalista había ofrecido una falsa promesa de progreso. Pero en parte también fue una reacción comprensible a las aspiraciones cientificistas de la jurisprudencia del siglo XIX y principios del XX, que a muchos les pareció, con razón, que habían suprimido la dimensión creativa y constructora de mundos de la vida jurídica en favor de una árida preocupación por la racionalización total.

Esta tendencia en la filosofía del derecho refleja la moda filosófica más general. Aunque ha habido una gran cantidad de trabajos importantes recientes sobre las razones y la racionalidad, el tema se ha encontrado nadando contra la corriente más fuerte del interés por el lenguaje y la interpretación.2 Sin embargo, como otras modas, esta se alimenta con demasiada frecuencia de la versión más absurda y forzada de la moda que la precedió. Por lo tanto, la racionalidad se representa rutinariamente como una falsa prisión de nuestra propia construcción. A veces es como si la idea misma estuviera cargada con toda la carga de la racionalidad.

Razones

En este clima, florecen diversas formas de escepticismo sobre la racionalidad. A menudo, lo que los escépticos rechazan es una caricatura extraña que no se puede reconocer como facultad humana, y mucho menos como excelencia humana. Si la racionalidad fuera como dicen los escépticos, tendríamos todos los motivos para dudar de su importancia para nuestra autocomprensión como seres humanos. Pero, afortunadamente, la racionalidad no es como la representan sus entusiastas más incautos ni los detractores que se aprovechan de esa incautela, y, debidamente entendida, su importancia sigue siendo tan ineludible como Aristóteles la sostenía.

En este capítulo destacaremos algunos aspectos del papel de las razones en la vida humana que a menudo han sido malinterpretados. Algunos de los malentendidos surgieron de las expectativas exageradas de los entusiastas de la racionalidad, mientras que otros surgieron de las

reacciones exageradas de los escépticos a ese entusiasmo. Comenzamos reafirmando, contra los escépticos, la idea clásica de que, como seres racionales, somos seres en el mundo que respondemos al mundo (Sección 1). Responder a las razones es responder a los hechos, no responder a la propia comprensión o a la propia construcción de los hechos. Pero a medida que avanza el capítulo, ciertas supuestas implicaciones ampliamente promocionadas de esta visión de que las razones habitan el reino de los hechos se refinan, se ponen en duda o se niegan de plano. El contraste, muy mal entendido, entre hecho y valor se matiza (Sección 2).

2), lo que permite una visión más clara de la relación entre razones y valores (Sección 3). Se explica el sentido en que, a pesar de su facticidad, las razones pueden ser de algún modo personales para cada uno de nosotros (Sección 4). Se desestima el impulso racionalista a suponer que, en vista de la importancia de las razones, todo debería hacerse razonando con ellas (**Sección** 5). Se toman luego medidas para aliviar la ansiedad de que las razones sean fundamentalmente restrictivas, con una diatriba contra el análisis de las razones como obligatorio (Sección 6) y una explicación de la importancia de la inconmensurabilidad (Sección 7). Finalmente, a la luz de todas estas maniobras, se somete a crítica el contraste que a veces se establece entre ser razonable y ser racional (Sección 8). El resultado neto es reafirmar que el tipo especial de capacidad de respuesta al mundo que reside en ser un ser racional no es todo lo que hay en ser un ser humano, aunque uno no sea un ser humano plenamente desarrollado sin ella. La racionalidad en sí misma también deja espacio para el agente que habla, crea y construye.

En general, nuestros ejemplos no se extraen del derecho y la atención específica que prestamos a las razones jurídicas y al razonamiento jurídico es extremadamente limitada. Somos de los que creen que, a pesar de su importante lugar en la interfaz entre el habla y la razón, no existe un modo jurídico especial de racionalidad ni una lingüística jurídica especial. El pensamiento y la acción jurídicos están sujetos a las mismas doctrinas y principios fundamentales de racionalidad (y la expresión jurídica a las mismas reglas fundamentales del lenguaje) que el resto de la vida

humana. Esta opinión no se defenderá aquí, pero para justificar el lugar de este capítulo en este libro debe asumirse.

1 Razones y hechos

Un hombre solitario abandona la oscuridad del Embankment y se precipita hacia el puente de Waterloo, mirando repetidamente por encima del hombro. Al llegar al centro se detiene de repente, mira primero hacia atrás, luego hacia delante y se lanza hacia el río. Atrapado por un transeúnte en el último momento, lucha por liberarse, gritando que lo persiguen por todos lados hombres con machetes. En realidad no es así. ¿Tiene, sin embargo, la razón que dice tener para saltar al río? Si en verdad lo persiguieran hombres con machetes, tendría esa razón para saltar al río, suponiendo únicamente que sus posibilidades contra el río sean mejores que contra los machetes. ¿El hecho de que nadie lo persiga significa que no tiene la razón para saltar que cree tener? ¿Su creencia sigue siendo una razón, aunque sea engañosa?

Un año después, tras un tratamiento exitoso para la paranoia, el hombre (llamémosle *A*) se reencuentra con su salvador. Le agradece efusivamente, se disculpa por los problemas que causó y explica que en ese momento tenía la impresión de que lo perseguían hombres con machetes. De hecho, no tenía ninguna razón para saltar y todas las razones para no hacerlo. En ese momento estaba enfermo y actuaba de manera irracional. ¿Tiene razón al denunciar la razón que dio en el momento de su rescate? ¿O su creencia de que lo perseguían hasta la muerte, por más engañosa que haya sido, constituyó una razón para saltar al río?

(p. 443) ¿En qué testimonio debemos confiar? En relación con un momento particular de su vida, el momento en que estaba a punto de saltar del puente, *A* dijo cosas diferentes en diferentes momentos. En el puente mismo sostuvo que tenía un motivo, pero un año después dijo que no tenía ninguno. La contradicción entre estas declaraciones no se puede obviar llamando la atención sobre el lapso de tiempo entre las dos afirmaciones. Huelga decir que *A* no tenía ningún motivo para saltar al río después de su curación. La

única pregunta es si tenía tal motivo en ese momento.

Razones

Cuando estaba a punto de saltar, en ese momento dijo que sí, luego dijo que no. ¿Cuál afirmación es verdadera?

Es tentador decidir a favor de lo que dijo originalmente en el puente. Es tentador concluir que su creencia en ese momento, aunque falsa, fue una razón para que hiciera lo que hizo. Después de todo, sólo esa creencia *explica* lo que hizo. ¿Y no es el trabajo de las razones explicar? Sin embargo, observe que ni en el puente ni después, el propio *A* se basó en su creencia como una razón. En el puente señaló la presencia de sus perseguidores, no la presencia de su creencia en su presencia. Después señaló la ausencia de perseguidores, no (como podría hacerlo si estuviera "en negación") la ausencia de su creencia en su presencia. Cuando citó su creencia anterior como explicación de su conducta en el puente, fue simplemente para negar que esa creencia fuera una razón para su conducta. De hecho, lo que dijo fue que había actuado irracionalmente, porque sus acciones se habían basado en una creencia engañosa.

Se podría pensar que el problema aquí, la explicación de por qué la creencia anterior no era una razón, es precisamente que la creencia en cuestión era engañosa. El pobre hombre estaba loco. Tal vez las cosas serían diferentes si hubiera estado actuando sobre la base de una creencia que tenía alguna base en la realidad. ¿No sería una creencia *así* una razón? Tal vez. Tomemos entonces un tipo diferente de historia, una en la que no hay engaño, ni puente, ni intento de saltar al río. Supongamos que en la oscuridad del Embankment, un hombre ve a un pequeño grupo de hombres corpulentos tomar el camino que tiene delante, hombres que se parecen mucho a hombres con los que acaba de tener un altercado en un bar. Ahora están demasiado cerca para que él dé media vuelta y se retire. Si ataca rápidamente, de modo que elimine al más grande de ellos, puede ser capaz de abrirse paso hasta una carretera transitada y bien iluminada que está justo delante. Si no ataca, se verá abrumado, o eso cree. En caso de que golpee

y logre llegar a la carretera, solo para ser interceptado allí por un policía.

En realidad, y como pronto establece el policía, los hombres corpulentos eran turistas alemanes que esperaban disfrutar de lo que ellos creían que era el romanticismo de la ribera del río y que pedían indicaciones para llegar a la estación de metro más cercana a uno que supusieron que era un amable residente local. Informado de esto, nuestro hombre (llamémosle *B*) se siente avergonzado y se disculpa enormemente, pero sostiene que se trata de un caso genuino de identidad equivocada. Los hombres corpulentos pueden haber sido turistas, pero en la oscuridad del Embankment, no lejos del pub donde había tenido lugar un altercado poco antes, su tamaño y número le dieron todas las razones para creer que eran los hombres con los que se había peleado y de los que bien podía esperar un ataque. ¿Significa esto que *B* tenía motivos para atacarlos como lo hizo?

(p. 444) La diferencia sobresaliente entre el caso de *A y* el de *B es que B* pasa a defender su creencia errónea en términos de las razones que tenía para sostenerla. No se dejó engañar hasta el final. Realmente tuvo un altercado, y los hombres corpulentos que se le acercaron realmente se parecían a los hombres del pub. Aunque sigue disculpándose, no denuncia su anterior autoexplicación como irracional de la manera en que *A* , curado de su paranoia, lo hizo. Pero el hecho de que *B* no se considere a sí mismo como irracional no significa que todavía piense que tenía una razón, en la forma de su creencia errónea, para atacar a los turistas alemanes.4 Es compatible con que haga una afirmación más modesta. Es compatible con que admita que no tenía tal razón, pero que, sin embargo, afirme que tenía razones para creer, como creía, que tenía tal razón. Su racionalidad residía en el hecho de que respondía correctamente a las razones para creer, en lugar de a las razones para actuar. Habiendo respondido correctamente a las razones para creer, él naturalmente, como agente racional, respondió a las razones para actuar que se le hizo creer que tenía. Pero aun así, al igual que *A* , en verdad no tenía tales razones.5

El contraste aquí es entre tener razones para actuar y tener razones para creer que uno tiene razones para actuar. Corresponde a la distinción, bien conocida por todos los abogados, entre justificaciones y excusas. Uno *justifica* sus acciones en referencia a las razones que tuvo para actuar. Las acciones de uno se *excusan* en términos de las razones que tuvo para creer que tenía razones para actuar. Para ser exactos, la excusa paradigmática es que uno tenía una creencia justificada en la justificación. Este caso excusatorio a veces es conocido por los abogados como un caso de "suposición" o "perspectivismo".

6 Las calificaciones "putativo" y "perspectivista" muestran que está en juego algo menos que una justificación real para la acción. Esto significa, a nuestro entender, que está en juego algo menos que una razón real para la acción.

Más bien, es una razón real para creer que hay una razón para la acción.

Debemos dejar claro que no todas las excusas se basan en creencias. Algunas se basan en el argumento de que uno actuó injustificadamente en base a emociones justificadas como la ira y el miedo. Sin embargo, son adaptaciones de la misma idea básica, la idea de que desde el interior de la ira o el miedo, como desde el interior de la creencia errónea, parecen justificadas acciones que en realidad no lo están. Sin embargo, la ira, el miedo o la creencia errónea pueden estar justificados, y ese es el fundamento de la excusa. 7 Estos casos de excusa, de los cuales el de *B es un ejemplo, difieren de casos como* el de A. *A no* es **(p. 445)** responsable de sus acciones paranoides, con el resultado de que esas acciones no llaman a la justicia.

para justificación o excusa, pues la expectativa de justificación y excusa se aplica sólo a agentes responsables.8 Esto es lo que *A* está tratando de transmitir cuando, en tono de disculpa, denuncia sus acciones engañosas como si hubieran sido realizadas bajo el dominio de la irracionalidad. Por el contrario, *B* está afirmando su

responsabilidad cuando, en tono de disculpa, alega su creencia equivocada pero justificada como excusa para su acción, reconocidamente injustificada. Al defender sus acciones, no tiene ningún deseo de ver su racionalidad impugnada, aunque admita su error.

Estas ideas tienden a corroborar la afirmación de que las razones para actuar son hechos y no creencias. O, en todo caso, respaldan la idea de que las creencias *falsas* no son razones para actuar, incluso si son creencias que uno tiene todas las razones para mantener. Ni *B* ni *A* tenían las razones que creían tener en el momento de actuar, porque sus creencias se apartaban de los hechos. Es cierto que esto no elimina del todo la posibilidad de que las razones para actuar sean creencias y no hechos. Tal vez las razones para actuar sean creencias *verdaderas .*

Consideremos, entonces, un nuevo ejemplo, en el que las razones están presentes pero las creencias correspondientes están ausentes. Supongamos que una joven, recientemente nombrada para un puesto de presentadora de televisión, ha tenido la mala suerte de atraer el interés de un acosador famoso, un hombre que se dispone a matarla. Ella no sabe nada de este acosador, y mucho menos de sus intenciones asesinas. Sin embargo, la policía ha sabido de sus fuentes todo lo que hay que saber sobre este hombre y sus intenciones, y le han dicho que hay una carta bomba en camino hacia ella. Al no haber podido interceptar la bomba, ¿tienen razón para advertir a la joven, a la que llaman *C* , que no toque el correo hasta que lleguen a su casa?

Por supuesto que sí. ¿Quién lo negaría? Pero, ¿qué razón tienen exactamente? Forma parte de la idea misma de una advertencia, como de la idea de un consejo, el hecho de que llame la atención de otra persona sobre las razones que, según el que advierte o el asesor, la otra persona *ya tiene* . Por tanto, para que lo que hacen cuente como una advertencia, la policía debe estar llamando la atención de *C* sobre una razón que, según ellos, *C* ya tiene para no abrir su correo. La razón es que hay una bomba en él. Por supuesto, *C* no es consciente de esta razón. La policía la conoce y ella no. Pero si las razones fueran creencias (verdaderas), entonces *C* no tendría ninguna razón para no

abrir su correo hasta que supiera (y por lo tanto creyera verdaderamente) que había una bomba en él, y por lo tanto no tendría ninguna razón para no abrir su correo hasta que se le advirtiera que no lo hiciera. De esto se sigue que su razón para no abrir su correo no podría ser de ninguna manera una razón para que la policía le proporcionara ese conocimiento. En otras palabras, no tienen nada de qué advertirle. Esta conclusión es extraña. De ello se deduce que el hecho de que *C* no tenga todavía la creencia de que está en peligro no puede ser un obstáculo para que tenga una razón para evitar ese peligro. La razón (para que *C* no abra el correo y para que la policía le advierta *de que* no lo haga) es el hecho de que hay una bomba en el correo **(p. 446)** , no la verdadera creencia de *C* en ese hecho, creencia que, en el momento en que es necesaria para justificar la advertencia, *C* aún no posee.

Así pues, las razones, al parecer, son hechos, no creencias. Una de las objeciones más comunes a esta opinión proviene de la conexión que ya hemos señalado entre razones y justificaciones. Si *C* tiene la misma razón, la conozca o no, ¿no se seguiría de ello que, en igualdad de condiciones, estaría justificada en no abrir su correo incluso si no fuera consciente de su contenido? Esto sugeriría que uno está justificado siempre que accidentalmente emprende el curso de acción que la razón apoyaría, independientemente de su razonamiento. Esta conclusión parece demasiado para soportarla. Afortunadamente, no tenemos necesidad de soportarla. Hay al menos dos condiciones independientes que deben cumplirse para establecer que uno estaba justificado en lo que hizo. En primer lugar, uno debe demostrar que las razones efectivamente apoyaron el curso de acción que uno ha emprendido. En segundo lugar, uno debe demostrar que uno actuó *por* una de esas razones de apoyo.9 De ello se deduce que *C* no está justificada en negarse a abrir su correo si no es consciente de ninguna razón para no hacerlo, porque en ese caso no puede actuar *por* esas razones. No obstante, las razones existen y pueden contribuir a que se cumpla la primera condición, sea o no consciente de ellas. De modo que el hecho de que las justificaciones desconocidas no sean justificaciones no es en modo alguno incompatible con la afirmación de que las razones son hechos, no creencias.

Quienes están comprometidos con la idea opuesta, de que las razones son creencias, y sin embargo encuentran esa conclusión desagradable con respecto a ciertas creencias, particularmente con respecto a la creencia paranoica sostenida por *A* (de que estaba siendo perseguido por hombres con machetes), deben excluir ciertas creencias del ámbito de la razón sin apelar a una relación entre esas creencias y los hechos. Para lograr esto, y así salvar su posición, necesitan apelar a la cualidad de esas creencias *como creencias* . Necesitan apelar a lo que podríamos llamar la "creencia" de esas creencias, donde esta cualidad no reside en la relación entre esas creencias y los hechos, es decir, en su facticidad. ¿Pueden hacerlo? El contraste mismo entre creencia y facticidad es extraño, ya que está en la naturaleza de una creencia el apuntar a los hechos, de modo que podría pensarse que, sea lo que sea la creencia, es necesariamente proporcional a la facticidad. Sugerimos que la idea está bien fundada. En verdad, a lo que estos adversarios nuestros necesitan apelar para identificar una razón (o ausencia de razón) son los hechos (o la ausencia de hechos), y Página 4 de 24

Razones

En consecuencia, los argumentos que realmente ofrecen son plausibles sólo en la medida en que esos argumentos hagan una apelación admitida o tácita a la relación entre creencias y hechos, es decir, a la facticidad de las creencias.

A pesar de los elaborados intentos de demostrar que hay algo erróneo en las creencias de *A* , independientemente de los hechos, de modo que *A* no tiene la razón para saltar que él cree tener, al final la única manera de aislar un error en el razonamiento de *A* es haciendo referencia a los hechos. ¿Hay algo más erróneo en las creencias de *A* ? ¿Son incoherentes con sus otras creencias, o no cree que sus creencias estén justificadas, por escoger **(p. 447)** dos criterios que a veces se han sugerido como pruebas de la creencia? De ninguna manera. Su trastorno no es una forma de demencia o compulsión. No está confundido consigo mismo ni lucha a regañadientes contra impulsos ajenos. Por el contrario, se siente cómodo con su visión coherente pero engañosa del mundo. Su creencia en la

presencia de hombres con machetes es irracional, no porque sea incoherente o ajena y, por lo tanto, deficiente en creencia, sino simplemente en la medida en que es engañosa, es decir, alejada de los hechos. El atractivo de las apelaciones a la coherencia, o a la aprobación cognitiva de segundo orden, o a cualquier otra relación entre creencias, proviene de los vínculos tácitos entre estas pruebas y las pruebas auténticas de facticidad. Las personas son engañadas para pensar que las creencias coherentes o aprobadas tienen más probabilidades de ser verdaderas (y *viceversa*) y es sobre la base de esa verdad que se sienten atraídas por tales explicaciones de la racionalidad. Pero no deberían ser engañadas de esa manera. La falta de racionalidad de *A en relación con B* radica en una falta de conexión con los hechos. La verdadera razón por la que *B* está tan ansioso por distanciarse de la acusación de irracionalidad es que no admite estar tan alejado de los hechos y, por lo tanto, del mundo. La esencia de la excusa de *B* es que estaba casi completamente conectado con los hechos. Porque las razones son hechos.

2 Hechos y valores

Se puede decir, incluso por aquellos que están de acuerdo en que las razones son hechos en oposición a creencias, que esto sólo cuenta la mitad de la historia. Una razón *completa* está formada en realidad por dos componentes, se puede decir, y sólo uno de ellos es el componente fáctico reconocido. El otro componente es *evaluativo* . En respuesta a una petición de razones, a veces enunciamos sólo el componente fáctico (que hay una bomba en el puesto de *C), pero en otras ocasiones enunciamos sólo el componente evaluativo (que sería terrible que C* fuera volado por una bomba). Cuál de estos elegimos enunciar y enfatizar depende de cuál de ellos se puede esperar que nuestro interlocutor ya considere obvio, de modo que no sea necesario decirlo. A veces ambos componentes son complejos y requieren expresión. Pero uno típico será suficiente. Sin embargo, se dice, el otro componente siempre acecha en el fondo. 10

Estamos de acuerdo en que muchas afirmaciones de razones son incompletas porque dan por sentadas ciertas

cosas. Supongamos que un amigo que conoce en la tienda de vinos **(p. 448) le pregunta** *a D* por qué está comprando una botella de Trebbiano.

Supongamos que la respuesta de *D* es simplemente que va a cenar espaguetis con almejas. Su amiga está desconcertada. ¿Es el Trebbiano un ingrediente de los espaguetis con almejas?, pregunta. No, dice *D , pero es un acompañamiento espectacular para ese plato. Esta respuesta deja claro que su respuesta original no era una declaración completa de su razón para comprar Trebbiano, o* , para decirlo de otra manera, no enunciaba una razón completa para comprar Trebbiano. Su razón completa tiene dos componentes, uno *operativo* y el otro *auxiliar.1*

1 El componente operativo de su razón es que Trebbiano es

un acompañamiento espectacular para los espaguetis con almejas. El componente auxiliar es que ella va a cenar espaguetis con almejas. Juntos, estos componentes forman una razón completa para que ella compre Trebbiano. No es la única razón posible (completa) para comprar Trebbiano, ni la única razón posible para comprar Trebbiano que contiene el componente auxiliar de que *D* va a cenar espaguetis con almejas. Como reveló la pregunta de su perpleja amiga, podría ser una razón para comprar Trebbiano que, según algunas recetas, Trebbiano sea un ingrediente de los espaguetis con almejas en lugar de un acompañamiento, y que el socio de *D* haya decidido hacer espaguetis con almejas según una de esas recetas. De manera similar, la misma premisa operativa puede combinarse con una variedad de diferentes razones auxiliares.

El hecho de que el Trebbiano sea un acompañamiento espectacular para los espaguetis con albahaca también podría ser una razón para *hacer* espaguetis con albahaca, si *D* y su pareja aún no han decidido el menú de la cena y lo que van a beber esta noche es Trebbiano.

Pero ¿es cierto que toda razón completa comprende ambos componentes? Consideremos la premisa operativa de que *D*

menciona, a modo de explicación adicional de su elección de vino, que el Trebbiano es un acompañamiento espectacular para los espaguetis con almejas. ¿No es esto una razón completa para una acción diferente de la que está realizando *D* , es decir, probar la combinación de los dos? No sería una razón completa para comprar Trebbiano o para comer espaguetis con almejas, porque la razón de esas acciones es incompleta en ausencia de un componente auxiliar, que *D* y su pareja estén comiendo espaguetis con almejas esta noche, o que ya hayan abierto una botella de

Razones

Trebbiano. Sin embargo, la premisa operativa es, de hecho, una razón completa para intentar la combinación de las dos y puede ser reconocida como tal por el amigo de *D. Por ejemplo, esa premisa es todo lo que el amigo de D* necesita ofrecer a modo de explicación la semana siguiente cuando su compañero le pregunta por qué insiste tanto en esta combinación particular de comida y bebida. ¿No demuestra esto que, si bien cada premisa auxiliar necesita una premisa operativa para completarla como razón, lo inverso no es cierto?

Una respuesta natural a esta afirmación podría ser tratar de demostrar que incluso esta razón (que Trebbiano es un acompañamiento espectacular para los espaguetis con almejas) se descompone en dos componentes, que lo que hemos exhibido como premisa operativa es de hecho una premisa operativa y una premisa auxiliar combinadas. Afirmar que Trebbiano es un acompañamiento espectacular para los espaguetis con almejas, se podría argumentar, es incorporar **(p. 449)** por referencia una premisa operativa no enunciada, que las combinaciones espectaculares de comida y bebida siempre valen la pena probar, en relación con la cual la razón enunciada y supuestamente completa es estrictamente hablando sólo una premisa auxiliar. Pero esta respuesta falla. La nueva premisa operativa sugerida es vacía. No sólo no hace falta decir que las combinaciones espectaculares siempre valen la pena probar, sino que la razón por la que no hace falta decirlo es que la idea de que siempre valen la pena probarlas está incorporada a la idea de que son espectaculares. En otras palabras, la

proposición es analítica. Dicho esto, el Trebbiano es un acompañamiento espectacular para los espaguetis con almejas, pero no se añade nada más que una explicación más detallada de por qué se está probando esa combinación, y mucho menos algo *operativo* , añadiendo que vale la pena probar combinaciones espectaculares.

Tal vez sea posible encontrar otra forma ingeniosa de descomponer la razón completa por la que Trebbiano es un acompañamiento espectacular de los espaguetis con almejas en dos componentes, uno genuinamente operativo y el otro genuinamente auxiliar. Lo que estamos diciendo es que siempre llegará un punto en el que un mayor desmantelamiento de las premisas operativas sucesivas introduzca una vacuidad. En ese punto, la premisa pseudooperativa vacía desaparece, lo que se presentó como premisa auxiliar resulta ser todavía operativa, y esa premisa operativa es una razón completa por derecho propio.

Esto no significa restar importancia racional a las premisas auxiliares, sino dejar intacto su papel central, que es su papel en el razonamiento práctico . Su papel es transmitir la fuerza de una razón completa para la acción a otra acción, es decir, una acción que contribuirá a la realización de la primera. Por ejemplo, comprar Trebbiano contribuye a probar la espectacular combinación de Trebbiano y espaguetis con almejas por si acaso uno ya está planeando comer espaguetis con almejas para la cena. Del mismo modo, el salto de *A* al río contribuye a que escape de unos hombres con machetes por si acaso hay hombres con machetes persiguiéndolo y el río lo alejará de ellos con menos peligro para él. En estos casos, como en todos los demás, la premisa auxiliar es una razón para la acción dada la premisa operativa. Es una razón para realizar la acción que, de hecho, contribuirá a la realización de la acción posterior para la cual la premisa operativa es una razón completa. Es por ello que las explicaciones que citan premisas auxiliares, como las explicaciones ofrecidas por *A, B* y *C* , pueden, si las premisas auxiliares son verdaderas, ser explicaciones racionales.

En este punto se podría decir que hemos puesto en duda nuestras propias afirmaciones en la sección anterior. Allí

sosteníamos que las razones son hechos. Luego comenzamos esta sección planteando un desafío a esa opinión, a saber, el desafío de que los hechos sólo cuentan la mitad de la historia. Lo que cuentan es la mitad auxiliar de la historia. La mitad operativa de la historia, continúa el desafío, es evaluativa más que fáctica. Al argumentar que las premisas operativas pueden ser razones completas sin depender de premisas auxiliares, ¿no hemos confirmado que algunas razones no tienen componentes fácticos? En el caso de tales razones, seguramente no es ni siquiera una verdad a *medias* decir, como dijimos, que las razones son hechos.

Sin embargo, al respaldar la distinción entre premisas operativas y auxiliares, no respaldamos la opinión de que las premisas operativas no son hechos. Lo que es cierto es que las premisas operativas son evaluativas, pero lo son precisamente porque los hechos **(p. 450)** que las componen son hechos cargados de valores. Son hechos como el hecho de que Trebbiano es un acompañamiento espectacular para los espaguetis con almejas, o el hecho de que el Distrito de los Lagos es hermoso, o el hecho de que el Támesis es peligroso. El error elemental de quienes intentan descomponer toda razón completa en componentes operativos y auxiliares es el error de pensar que, si bien puede haber mezclas de hechos y valores, no hay verdaderos compuestos de los dos. Siempre es posible, se dice, separar lo fáctico de lo evaluativo sin cambiar el carácter de ninguno de ellos y sin caer en el vacío. Sin embargo, no es necesario creer en la tesis fuerte de que todas las propiedades evaluativas son supervenientes a las fácticas para negar que tal separación sea siempre posible.12 De cualquier manera, sostener que todas las razones están cargadas de valores no es de ninguna manera incompatible con sostener que todas las razones son hechos, de principio a fin.

3 Razones y Valores

De modo que parece que todas las razones están cargadas de valores. Toda razón completa contiene un componente operativo que revela el valor que tendría la acción para la que es una razón. Si esto es cierto, se plantea la cuestión de la relación entre razones y valores. En particular, puede traer a la mente una tesis polémica que podríamos llamar *proporcionalismo* . El proporcionalismo es una tesis que sostiene que la relación entre razones y valores es constante. Según el proporcionalismo, para ser exactos, uno siempre tiene más razones para realizar la más valiosa de dos acciones. Algunos proporcionalistas sostienen que esta doctrina es analíticamente verdadera, porque las declaraciones de razones son simplemente sinónimos de declaraciones de valores. En otras palabras, definen las razones como valores o los valores como razones. 13 Otros proporcionalistas sostienen que esta doctrina es una verdad sintética, en el sentido de que las razones siguen a los valores o los valores siguen a las razones, aunque las dos cosas no sean la misma cosa. En ocasiones, las concepciones proporcionalistas se han asociado con teorías morales consecuencialistas o, más ampliamente, con concepciones instrumentalistas de la racionalidad.14 Sin embargo, como revela nuestra formulación **(p. 451) , el proporcionalismo** no tiene por qué ser un credo tan parroquial. Un proporcionalista puede creer que las razones siguen a los valores o que los valores siguen a las razones. Esta última posibilidad es la que se asocia con las concepciones morales deontológicas, concepciones según las cuales, en el lenguaje rawlsiano, lo correcto es anterior al bien.1

5 Hasta luego

Como se considera que los valores en cuestión siguen de manera consistente las razones, o en otras palabras, mientras se considere que las acciones son buenas sólo en la medida en que son correctas, tales visiones morales deontológicas son plenamente compatibles con el proporcionalismo.

Sin embargo, muchas personas discrepan con el proporcionalismo. Su inquietud común tiende a ser ésta: sin duda, dicen, los valores son cosas impersonales, mientras que las razones son (o pueden ser) personales. 16

Yo puedo tener mis razones y tú puedes tener tus razones, muy diferentes, sin que ello implique rivalidad alguna. Pero mis valores y tus valores, muy diferentes, según este razonamiento, sólo pueden ser rivales. Si las razones son personales y los valores son impersonales, se concluye, entonces las razones no pueden corresponder a los valores. Deben variar de alguna manera independientemente unas de otras. Las variaciones podrían darse en una u otra dirección. Podría haber razones que no correspondan a los valores. También podría haber valores que no correspondan a las razones. Diferentes críticos del proporcionalismo enfatizan una u otra de estas posibles asimetrías. Pero ¿tiene razón alguno de estos críticos? ¿Existen verdaderos contraejemplos del proporcionalismo?

3.1 Razones sin valores

Un ataque al proporcionalismo cita la posibilidad de que existan razones que no correspondan a valores. Se dice que los componentes operativos de esas razones no implican, estrictamente hablando, evaluaciones positivas correspondientes de las acciones para las que son razones. La sugerencia más común, y la que enfatizaremos, es ésta: los deseos, al igual que los valores, pueden constituir razones para la acción. 17 Tal vez sea así, podría responder el proporcionalista **(p. 452)** , pero incluso si los deseos figuran en el razonamiento, no es necesario que sean separables de los valores para que así sea. En primer lugar, el hecho de que algo sea deseado podría ser en sí mismo una de las cosas que le da valor a su búsqueda. En segundo lugar, los deseos mismos podrían responder a valores, en cuyo caso la apariencia de que un deseo es una razón podría explicarse señalando los valores que respaldan el deseo. De cualquier manera, la introducción de los deseos en nuestra imagen de las razones no abriría ninguna brecha entre las razones y los valores.

¿Es sostenible alguna de estas sugerencias sobre el papel de los deseos en la racionalidad? ¿Podría haber valor en el hecho de que los deseos se satisfagan? ¿O podrían los deseos responder a valores? Creemos que ambas sugerencias son sostenibles, pero que están interconectadas, de modo que la primera posibilidad depende de la segunda. Cuando los deseos están

suficientemente respaldados por razones, son capaces de convertirse en razones adicionales. Cuando se cumple esa condición, son capaces de convertirse en nuestros *objetivos* , y los objetivos no sólo reflejan razones, sino que también las constituyen.

Pensemos en un caso en el que no se cumple la condición. Supongamos que un hombre, llamado *E* , comprueba que ha cerrado con llave la puerta de entrada antes de salir para la oficina. Tras comprobar la puerta, emprende el camino de entrada, pero gira en la verja y comprueba la puerta de nuevo, empujándola con fuerza varias veces. Tras comprobar la puerta una segunda vez, recorre el camino de entrada y llega a la calle, pero gira y comprueba la puerta de nuevo.

Y así sucesivamente, una y otra vez, hasta que tarda diez minutos en salir de casa finalmente, todavía mirando por encima del hombro mientras dobla la esquina de la calle. ¿Es su deseo de comprobar la puerta en cada ocasión sucesiva una razón para comprobar la puerta en esa ocasión? Podemos descartar la razón de comprobar la puerta para evitar la ansiedad que de otro modo podría sentir durante el transcurso del día como resultado de que su deseo permanezca insatisfecho. Esta razón corresponde a un valor, el valor de tener un día libre de ansiedad, porque un día de ansiedad es un día en el que

Se podrían haber logrado otras cosas valiosas, además de un día de experiencias negativas. *E* podría citar su deseo como la razón aquí, pero si lo hiciera, estaría suprimiendo la premisa operativa, a saber, que los deseos persistentes le quitan valor al día de uno. El hecho de que *E* tenga el deseo es la premisa auxiliar de esta razón. Nuestra pregunta es si el deseo de revisar la puerta en cada ocasión sucesiva es una razón para revisar la puerta una vez que se ha sustraído de la historia la eliminación de la ansiedad. ¿El deseo es alguna vez operativo y, por lo tanto, una razón por derecho propio?

El caso es una variante del de *A* , cuya acción se basó en una creencia patológica y que no tenía la razón de pensar que tenía que saltar del puente. La acción de *E* se basa en un deseo patológico, que a su vez se basa en una creencia patológica de que ha dejado la puerta sin llave. ¿Hay alguna razón más para comprobar la puerta que para saltar del puente? Es poco probable que *E* diga que simplemente sintió ganas de comprobar la puerta, sin dar una razón adicional. Incluso si dijera tal cosa, lo volvería doblemente loco. ¿Quién simplemente siente ganas de comprobar una puerta, que sabe perfectamente que está cerrada, para asegurarse de que está cerrada? Lo que es más probable que diga *E* es que no estaba seguro de si la puerta estaba cerrada con llave, que no podía recordar si la había cerrado con llave **(p. 453),** que le habían robado una vez como resultado de dejar la puerta abierta y quería estar seguro de no dejar la puerta abierta nuevamente, o algo así. Todas estas serían buenas razones para revisar la puerta y querer revisarla, si fuera *E*

No estaba tan claramente engañado en su creencia de que había dejado la puerta sin llave.

Es probable que *E* ofrezca tal explicación simplemente porque reconoce que el deseo, como la acción, responde a la razón.

Cuando el deseo no está respaldado por la razón, como lo demuestra la insuficiencia de las explicaciones de *E* , *el deseo en sí no es una razón para hacer lo que lo satisfaría. Como reconoce E* , su deseo sólo sería una razón para la acción si fuera un deseo valioso (es decir, si realmente contribuyera a reducir el riesgo de que se abriera la puerta) o si fuera racionalmente significativo por el valor de evitar la frustración o la ansiedad que resultaría de su insatisfacción (en cuyo caso sería auxiliar de esa premisa operativa). De cualquier manera, no alteraría la relación proporcional entre la razón y el valor.

Tal vez, como en el caso de *A* , el problema aquí es que el deseo es patológico. Tal vez se puedan extraer contraejemplos más convincentes de la consideración de los casos aparentemente paradójicos en los que las personas se oponen deliberadamente, o afirman oponerse,

a la búsqueda de valor. Estos casos se dividen en tres tipos. En primer lugar, está el caso simple de las personas que se oponen a la búsqueda de valor sin darse cuenta de lo que están haciendo, porque erróneamente consideran valioso lo que no lo es, y no valioso lo que sí lo es. Esas personas no exigen ninguna reevaluación de las relaciones entre la razón y el valor. Su situación es similar a la de *B*. En la medida en que se equivocan acerca del valor, también se equivocan acerca de las razones para la acción que se les aplican. En la medida en que, no obstante, son racionales, es porque, no obstante, tienen razones para creer lo que creen erróneamente. En el mejor de los casos, se les excusa en lugar de justificar lo que hacen en virtud de esa creencia.

El segundo tipo de caso es más problemático. Es el de *la akrasia* , o debilidad de la voluntad. A menudo se piensa que esto plantea el mayor desafío a las explicaciones racionales de la acción humana, porque es un caso en el que los deseos de una acción superan las razones que el agente sabe que prestarían más apoyo a la realización de otra. 18 Pero esta caracterización en sí misma deja en claro por qué *la akrasia* no plantea ningún desafío al proporcionalismo, porque en la medida en que el agente actúa conscientemente contra la razón, actúa conscientemente contra el valor. O, en cualquier caso, no hay nada en *la akrasia* que sugiera lo contrario. En efecto, es otro caso, aunque menos dramático y más cotidiano, de lo patológico. Es menos dramático porque, en general, las personas *akraticas* tienen una razón para hacer lo que hacen y, correspondientemente, hay valor en ello. El problema es solo que, a la luz de las alternativas, no tienen *suficiente* razón, *suficiente* valor, para justificar lo que hacen, como bien saben.

(p. 454) Esto nos deja con el tercer tipo de caso. Se trata del tipo de caso en el que el agente se opone *literalmente* a la búsqueda de valor. Lo que busca es el mal *en cuanto* mal. 19 Por supuesto, no hay necesidad de que demostremos que este personaje tiene razones para lo que hace. Tal vez sea irracional. Pero ¿cómo es siquiera inteligible que piense como lo hace? ¿Cómo podría imaginar, si el proporcionalismo es verdadero, que podría tener razones para perseguir el mal sin perseguirlo bajo la

descripción del bien compensatorio? ¿Debemos concluir que el proporcionalismo es falso, que hay cosas distintas de los valores que podrían concebirse como razones? No es así. En la medida en que este personaje es inteligible, de hecho persigue secretamente (lo que considera) el mal bajo el título de bien. Como lo demuestran las ridículas persecuciones de los satanistas en todo el mundo, la descripción del mal es una especie de palabra clave para lo que su perseguidor considera encubiertamente como algo bueno. Tal vez sea el valor de pertenecer a un grupo que comparte el *escalofrío* de la prohibición, o tal vez sea simplemente el valor de la contradicción. No se debe negar que puede haber un valor real en estas cosas. Por supuesto, este valor real, en la medida en que sea un valor en absoluto, puede no ser suficiente para justificar las actividades en la página 8 de 24.

Razones

La cuestión es si se comparan con sus características genuinamente malas. Pero esto sólo demuestra que los proporcionalistas no tienen nada que temer en este tipo de ejemplo. La cuestión de qué justificaría estas actividades es, en realidad, una cuestión de su valor, ya que no hay otras razones para citar en defensa de ellas que las que corresponden a los valores reales que tienen.

De esto resulta tentador concluir que los deseos desaparecen por completo del panorama racional, que no aportan nada a la justificación para hacer nada, sino que, en el mejor de los casos, brindan a las personas un refuerzo motivacional (y, en el peor, obstáculos motivacionales) para hacer lo que, en cualquier caso, tienen motivos para hacer. Pero esta sería una conclusión demasiado apresurada.

Cuando los deseos de uno están suficientemente respaldados por razones, el hecho de tener esos deseos puede darnos más razones para hacer lo que deseamos. Esas razones adicionales representan el valor de estar personalmente comprometido, a través de nuestros deseos, en lo que en cualquier caso son actividades valiosas. ¿Puede esto explicar la idea, señalada anteriormente, de que las razones para la acción son de alguna manera cosas personales, que yo tengo mis razones y tú tienes las tuyas?

No se ofrece todavía una explicación completa. El compromiso de uno es valioso, y este valor, como cualquier otro valor, está en principio ahí para que todos lo persigan. En lo que hemos dicho hasta ahora no hay ninguna sugerencia de que el valor del compromiso personal sea un valor relativo al agente, que figure especialmente en la vida del que se compromete y que, por lo tanto, sea especialmente relevante para su razonamiento práctico. 20 En la medida en que produce razones, produce razones **(p. 455)** no sólo para que cada uno se comprometa personalmente, sino también para que todos contribuyan a ese compromiso personal. Por lo tanto, si hay un sentido en el que algunas razones prácticas son personales, esto aún está por explicar.

3.2 Valores sin razones

Concluimos que si hay un argumento en contra del proporcionalismo, no radica en la existencia de razones que no corresponden a valores, porque no las hay. ¿Reside acaso en la posibilidad inversa? ¿Existen valores que no corresponden a razones? Tomemos el caso de dos amigos que no se llevan bien últimamente.

Reconociendo la amenaza a su amistad, acuerdan salir a pasar el día para ver si pueden arreglar las cosas. Uno de ellos, demasiado ansioso por la situación, hace todo lo posible para complacer al otro, para gran disgusto de este último. Se produce una breve discusión entre ellos y el ansioso amigo, llamado *F* , promete no tratar de complacer más a su compañero. Por supuesto, si cumple esta promesa, parte del valor de hacerlo será que complacerá a su amigo. Sin embargo, si *F* actúa *para* complacer a su amigo, si ese valor está operativo en su razonamiento, romperá su promesa.

De ello se deduce que el valor de complacer a su amigo no le da *a F* ninguna razón para cumplir su promesa, a pesar de que este valor es parte del valor de cumplir la promesa. *F* tiene todas las demás razones para cumplir su promesa, pero no ésta.

La explicación de este fenómeno reside en que forma parte de la naturaleza de una razón el que sea lógicamente

posible hacer lo que esa razón quiere que uno haga *actuando por esa razón* . El problema en el caso de *F* es que si trata de cumplir su promesa para complacer a su amigo, necesariamente rompe su promesa. Sería lógicamente contraproducente para él actuar por esa razón. De ello se sigue que no tiene esa razón para actuar, aunque su acción tenga el valor correspondiente, es decir, el valor que correspondería a la razón si la tuviera.

De esto no se sigue que este valor no le dé *a nadie* motivos para actuar. Supongamos que *F* tiene otro amigo *G* , que está al tanto de la promesa y de lo importante que es para la amistad de *F con el destinatario de la misma. G* también sabe que *F* es una persona muy ansiosa y que no hará falta mucho, tal vez sólo un comentario sobre el mal humor del destinatario de la promesa, para restablecer *a F.*

El afán contraproducente de G por agradar. Para evitar que *F* rompa su promesa de esta manera, *G* , que se ha unido a los dos amigos para almorzar, se mantiene en silencio cuando de otra manera podría haber hablado. La razón de *G* para su silencio es prevenir el disgusto del prometido por el incumplimiento de la promesa. No tiene ningún deseo de empeorar el humor del prometido. No hay nada lógicamente contraproducente en que *G* actúe por esta razón. Puede contribuir a que *F* cumpla su promesa por una razón que no es una razón para que *F* cumpla esa promesa él mismo, aunque corresponda a parte del valor de que *F* cumpla la promesa. Tratar **(p. 456)** el hecho de que el incumplimiento de la promesa desagradará al prometido como una razón para que *F* cumpla la promesa es lógicamente contraproducente para *F* , pero no para *G.*

Dudamos de que los hechos que tienen valor estén libres de significado racional para todos. Su falta de significado racional siempre es relativa a personas particulares y acciones particulares de esas personas. La situación más común es que la primera parte, aquella cuya acción tendrá el valor en cuestión, es aquella para quien ese valor no es una razón, mientras que los terceros, aquellos que pueden contribuir a la realización de la acción que tiene valor por parte de la primera parte (por ejemplo, conspirando, persuadiendo u obligando), tienen acceso racional a ese valor. Pueden conspirar, persuadir u obligar por esa razón,

aunque la primera parte no pueda realizar la acción por esa razón.

Razones

Nosotros llamamos a esta la situación más común, pero algunos dirán que la situación que estamos describiendo no es común en absoluto. Algunos dirán que nuestro ejemplo fue inusual y artificial, no muy lejos del caso paradójico de una promesa de no cumplir las promesas. Nosotros pensamos, por el contrario, que nuestro caso está muy alejado de este caso paradójico. La nuestra es una promesa de un tipo inteligible, válido y, creemos, bastante común. Más importante aún, nuestra promesa pone claramente de relieve una característica de la vida práctica que también puede surgir incluso sin la intervención de ninguna promesa, orden, solicitud o dispositivo similar independiente del contenido para crear razones.

Pensemos en un alma sin amigos, llamémosla *H* , que oye a todo el mundo hablar del gran valor de tener amigos. Sin haber participado nunca en ese valor desconocido, se propone hacerlo. Es una imitadora extremadamente buena. Enseguida se acostumbra a comportarse con la gente de forma aparentemente amistosa y capta rápidamente lo que ella considera un círculo de amigos. No sólo eso, sino que estas personas también la consideran parte de su círculo. Sin embargo, todo el tiempo su atención sólo está puesta en el valor de tener amigos. Nunca piensa en sus supuestos amigos de la misma forma que lo hacen los amigos. Sus alegrías y sus penas nunca son sus alegrías y penas, sus pasiones son simplemente vergüenzas para ella, y así sucesivamente. Piensa en ellos como seres que satisfacen su necesidad de tener amigos. Lo que no se da cuenta es que esta forma de pensar en ellos, esta forma de reaccionar ante ellos, es en sí misma incompatible con el hecho de tener amigos. No tiene amigos mientras que, en sus relaciones con sus pseudoamigos, aspira a tenerlos como amigos. Imaginemos que un extraño al círculo le pregunta a *H por qué es amiga de los miembros del círculo. Ella responde que es para tener amigos. Esto sólo demuestra que no es amiga de ellos en absoluto. Su búsqueda del*

valor de tener amigos es lógicamente contraproducente. Por supuesto, el problema básico de H es que no entiende el valor de tener amigos. Algunos dirán que este ejemplo es un error de evaluación más que una derrota en la búsqueda de un valor genuino. Pero nuestro punto es que el error de evaluación de *H* radica precisamente en su pensamiento de que uno puede tener amigos para tener amigos. Es cierto que tener amigos es parte del valor de la amistad. Pero eso no es una razón para realizar ninguno de los actos constitutivos de la amistad.21

(p. 457) En nuestra opinión, el ejemplo puede reproducirse. Hay otros valores que no se pueden aplicar lógicamente a las acciones persiguiéndolos. Pensamos, por ejemplo, que los valores intrínsecos de algunas o todas las virtudes morales se encuentran entre estos valores. Sospechamos que no hay coraje en las acciones realizadas con el fin de demostrar coraje, ni compasión en las acciones realizadas con el fin de ser compasivo, y así sucesivamente. Son casos complicados y no podemos desarrollarlos aquí. Pero los casos que sí desarrollamos ya muestran que el proporcionalismo es una doctrina demasiado simplificada. Muchos autores han tratado de poner en duda la doctrina mostrando que algunas razones no corresponden a valores. Rechazamos esta crítica, pero respaldamos la crítica menos ampliamente apoyada de que, en relación con algunos agentes y algunas acciones, algunos valores no corresponden a razones. Algunos valores que radicarían en que los agentes realicen esas acciones no corresponden a razones para que esos agentes realicen esas acciones, aunque bien puedan dar lugar a razones para que otros contribuyan a tal desempeño.

4 Razones y Personas

Hemos empezado a ver, a través del estudio de la relación entre razones y valores, cómo las razones podrían ser más personales que los valores. Dado un valor al que tanto *F* como *G* podrían servir a través de sus acciones, a saber, el valor de complacer al destinatario de la promesa, *G* (el tercero) tenía una razón correspondiente a ese valor, pero *F* (el promitente) no. Pero hasta ahora esto parece ser una asimetría en la dirección equivocada. Uno habría esperado que el valor del compromiso personal fuera tal que, con

respecto a su propia promesa, *F* tuviera razones que *G* no tenía. El único atisbo de relatividad del agente en las razones que hemos visto hasta ahora parece, perversamente, trasladar la carga racional de las actividades de cada persona a los demás.

Pero volvamos a la historia de la promesa de *F y la contribución de G* para que la cumpliera. Consideremos una posible complicación.

Tras haber notado el mal humor del destinatario de la promesa durante el almuerzo, *G* podría verse tentado a advertir *a F* que lo trate bien, por ejemplo, no rompiendo su promesa. Después de todo, el hecho de que *F* haya complacido al destinatario de la promesa es una razón para que *G* contribuya a ese placer, y ¿qué contribución sería más natural que una palabra de consejo amistoso sobre el humor del destinatario de la promesa? Pero en el caso de *C* y su paquete bomba llamamos la atención sobre una característica especial de las advertencias y los consejos. Advertir o aconsejar a alguien es llamar su atención sobre razones que ya se aplican a él. Ya sabemos que complacer al destinatario de la promesa no es razón para que *F* cumpla su promesa. De ello se sigue que *G* , sabiendo lo que *F* prometió, no puede advertirle *a F* que cumpla su promesa por esta razón. Eso no sería una contribución a que *F* cumpla su promesa en absoluto.

Más bien, sería una contribución a su violación de la misma. Éste es otro caso de acción contraproducente. Lo que la hace contraproducente no es la razón por la que *G* realiza su acción, sino más bien **(p. 458)** la acción que realiza para

esa razón. Él tiene la razón para actuar, a diferencia de *F* , pero la razón no es una razón para realizar esta acción tentadora, porque la razón es una razón para contribuir y esto no sería una contribución.

Éste es sólo un caso especial de un fenómeno muy extendido. Ya hemos trazado la distinción entre hacer lo

que una razón haría que uno haga y hacerlo por esa razón. En la sección anterior afirmamos que nada es una razón para que alguien haga algo que esa razón haría que haga a menos que sea lógicamente posible que lo haga por esa razón. Ahora añadimos un punto más. A veces las personas realizan acciones por razones que, de hecho, no apoyan la realización de esas acciones, pero que apoyan la realización de otras acciones en su lugar. Tienen esas razones, porque sería lógicamente posible que hicieran, por esas razones, lo que esas razones harían que hicieran.

Lamentablemente, lo que hacen en realidad por esas razones es otra cosa. Por ejemplo, tienen una razón para contribuir a las acciones de otra persona, pero lo que hacen por esa razón está lejos de ser una contribución. Es en realidad un obstáculo. Este es un tipo importante de error racional. Se diferencia sutilmente de los errores cometidos por *A* y *B* , que fueron errores sobre qué razones se les aplican a ellos *tout court* . Este, por el contrario, es un error sobre qué acciones están respaldadas por razones que se reconoce que son aplicables.22

Entre los errores más comunes de este tipo se encuentran los errores de terceros que ignoran el valor del compromiso personal. Este valor, como hemos dicho, es neutral respecto de los agentes, como todos los demás. El compromiso personal de cada uno con actividades valiosas es, en principio, asunto de todos. Esta forma de plantear el asunto plantea el espectro de un mundo de fisgones que se entrometen en la vida de los demás a cada paso. Nos recuerda la objeción habitual al utilitarismo de que da a todos un mismo objetivo: servir a los objetivos de todos.23 Pero hay que tener en cuenta que esta imagen ignora el hecho de que muchas de las contribuciones que las personas podrían verse tentadas a hacer para que otras personas persigan sus objetivos no serán contribuciones en absoluto, ya que restarán valor al compromiso personal que implica la idea misma de perseguir un objetivo, en lugar de añadirlo. En lugar de haber más compromiso personal en el mundo, gracias a estos fisgones habrá menos. Por tanto, las razones que tienen para contribuir al compromiso personal de otras personas no son razones para realizar estas acciones pseudocontributivas.

Esto es lo principal que da a la gente la impresión de que las razones son de alguna manera más personales que los valores.24

La realidad es que las razones en cuestión son tan neutrales respecto de los agentes **(p. 459)** como los valores (salvo los casos especiales que tratamos en la última parte de la sección anterior). Son razones tanto para terceros como para primeros.

El punto es, sin embargo, que los terceros sólo tienen el poder de hacer contribuciones limitadas a la conformidad de la primera parte con esas razones. Por lo tanto, las razones que se aplican a los terceros son razones para una gama más restringida y menos interesante de intervenciones de lo que pueden verse tentados a suponer. En vista de esto, puede haber algún valor en que las personas piensen de manera relativa a los agentes acerca de los roles y las actividades de otras personas.2

5 Por supuesto, esto también puede suceder.

Puede salirse de control y desembocar en un egoísmo absurdo. Sin embargo, dentro de ciertos límites, adoptar una perspectiva relativa al agente en nuestro razonamiento práctico puede ayudarnos, día a día, a resistir la tentación de involucrarnos tanto en los compromisos personales de otras personas que dejen de ser compromisos personales de otras personas y su valor como tales se destruya por nuestra intromisión bien intencionada pero contraproducente.

5 razones y razonamiento

En la sección anterior se presentaron ejemplos que ilustraban el valor del razonamiento indirecto. En estos ejemplos, uno tenía una razón para hacer algo, pero al actuar por esa razón era propenso a hacer lo incorrecto. Si uno tenía una razón para ayudar (por ejemplo, que un amigo suyo tiene problemas para alcanzar sus metas) y actuaba por esa razón, era propenso a interferir hasta el punto de obstaculizar en lugar de ayudar. En tales casos, es *contingentemente* contraproducente actuar por una razón determinada.26 No es contraproducente desde el punto de

vista lógico, porque es lógicamente posible que cuando uno tiene la intención de ayudar, ayude. Sin embargo, las características de uno mismo o de su situación pueden impedir el éxito de uno. Puede haber distracciones, tentaciones u otras complicaciones que hagan probable que al intentar ayudar uno sólo obstaculice. Este es el vicio del muy difamado "hacedor del bien", que se da cuenta de que tiene razones para ayudar a los demás, pero no sabe cuándo parar. Ella no se da cuenta de que en un momento determinado su afán de que los demás alcancen sus metas, y la consiguiente insistencia en participar en que lo hagan, es precisamente lo que se interpone en el camino de que ellos alcancen sus metas. Porque en un momento determinado *su* participación diluye *la* participación de los demás, el compromiso muy personal que forma parte del valor de tener **(p. 460)** y perseguir metas. En este momento ella tiene una razón para no tratar de ayudar. No se sigue de ello que no tenga ninguna razón para ayudar. Esto sólo se seguiría si actuar por el bien de ayudar fuera lógicamente contraproducente, lo que en este caso no lo es. Tampoco se sigue de ello que ella tenga una razón para no ayudar. Lo que ella tiene es una razón para no actuar por una razón determinada, a saber, por la razón de ayudar. Tales razones para no actuar por una razón tienen un significado diferente.

se conocen, siguiendo a Raz, como *razones excluyentes* .27

A veces, obviamente, tiene sentido actuar para proteger a los niños. Hacer que los niños usen el cinturón de seguridad ayuda a protegerlos de algunas lesiones y, en el caso de la mayoría de las personas, no hay nada que distraiga o complique el hecho de hacer que los niños usen el cinturón de seguridad por esa misma razón. Pero otras operaciones relacionadas con la seguridad de los niños son más complejas.

Pensemos en un padre, llamémosle *J* , que prohíbe a sus hijos salir a jugar a la calle para protegerlos del tráfico pesado y de extraños malintencionados. A corto plazo lo

consigue, pero pronto las cosas empiezan a ir mal. El hijo mayor crece obediente pero tímido. Cuando por fin se encuentra solo en la calle, ya de joven, no está preparado para enfrentarse al tráfico y a los extraños. No sabe cómo calcular la velocidad del tráfico que se aproxima y no sabe juzgar el carácter de los demás. La hija menor, en cambio, crece rebelde y temeraria. Cruza la calle sin tener en cuenta el tráfico y no es en absoluto discriminadora a la hora de elegir compañía. Cuando entran en la edad adulta, ambos niños son vulnerables a peligros a los que no habrían sido tan vulnerables si su padre *J* no hubiera dado tanta importancia a su seguridad y les hubiera prohibido jugar en la calle en su adolescencia. El hecho de que *J* conceda tanta importancia a la seguridad de sus hijos y, en consecuencia, adopte medidas protectoras en aras de esa seguridad, es contingentemente contraproducente (suponiendo que lo que le importa es la seguridad a largo plazo de sus hijos, su seguridad en la edad adulta). Para hacer lo que esa razón le indicaría que hiciera, es decir, para que sus hijos estuvieran más seguros, sería mejor que *J* no hubiera actuado tan a menudo por esa razón; en otras palabras, no hubiera sido tan protector. Como sucede con tantos padres, la razón lo tentó a caer en el vicio de la sobreprotección. En vista de esa tentación, tuvo, al menos en algunas ocasiones durante la crianza de sus hijos, una razón para no actuar por esa razón: una razón excluyente.

Algunas personas han dudado de la posibilidad misma de que pueda haber razones excluyentes.28 Una explicación de su duda es que malinterpretan la proposición sobre las razones que introdujimos en la Sección 3, a saber, que nada es una razón a menos que sea lógicamente posible hacer lo que esa razón haría que uno haga al actuar por esa razón.

Según la interpretación errónea, nada es una razón a menos que sea posible *en las circunstancias* hacer lo que esa razón quiere que hagamos actuando por esa razón. Esta interpretación errónea da lugar a dos mitos, que llamaremos mitos racionalistas. La combinación de estos dos mitos lleva a la conclusión de que hay menos razones para la acción de **las** que se podría haber supuesto, pero que esas razones ofrecen mayor seguridad contra el error a sus fieles seguidores.

El primero es el mito que suele plasmarse en el lema «el deber implica poder». Tal como lo utilizan quienes se dejan llevar por los mitos racionalistas, significa que las personas que tienen capacidades atenuadas u oportunidades atenuadas también tienen, por esa razón, menos razones para la acción. Carecen de razones para la acción que les permitan hacer lo que les falta capacidad u oportunidad de hacer. No abordaremos directamente ese mito aquí. 29 Nuestro principal interés reside en el segundo mito racionalista. Según este mito, es propio de la naturaleza de una razón que no puede haber mejor manera de hacer lo que cualquier razón querría que uno haga que actuar por esa razón. Las razones, según el razonamiento, son para seguir. ¿Cómo es compatible con esta verdad, preguntan los partidarios del segundo mito racionalista, que a veces es mejor, incluso en lo que respecta a la razón misma, no seguir esa razón? ¿Cómo puede haber alguna vez una razón para no seguir una razón?

¿Cómo son posibles las razones de exclusión?

Un desarrollo destacado del segundo mito en la filosofía moral moderna es que se lo invoca como principio para hacer frente a una variedad de razones conflictivas. Según el segundo mito, recal, no hay mejor manera de hacer lo que cualquier razón haría que uno haga que actuar por esa razón. Para algunos, hay un pequeño paso desde esta proposición a la proposición de que no hay mejor manera de actuar como el *balance* de razones haría que uno actúe que *sopesando* esas razones, es decir, *deliberando* sobre los pros y los contras de las diversas acciones que están abiertas a uno en las circunstancias.

Sin embargo, no es necesario introducir la idea de una razón excluyente para mostrar que este pequeño paso es un paso en la dirección equivocada. Deliberar sobre lo que hay que hacer es en sí algo que uno hace. Es una acción (o actividad) preliminar a otras acciones (o actividades). Como tal, hay razones ordinarias a favor y en contra de participar en ella. De ello se sigue que deliberar sobre lo que hay que hacer no siempre es la mejor manera de hacerlo, como lo harían las razones que figuran en la propia deliberación, ya que esa ecuación eliminaría las razones a favor y en contra de la deliberación en sí. Para

decirlo concisamente, hay algunos valores que se ven mal servidos por la acción deliberada, pero que se ven bien servidos por la acción espontánea.30 El más obvio es el valor de la espontaneidad en sí, que es **(p. 462)** un componente de muchas relaciones valiosas.

Pero también está, de manera más prosaica, el valor del tiempo que se ahorra al no detenerse a deliberar. Estos valores dan Página 12 de 24

Razones

razones que se oponen a la deliberación sobre si se deben realizar las acciones que uno tiene razones para realizar. Por lo tanto, la sugerencia de que la mejor manera de hacer lo que las razones nos indican que debemos hacer es necesariamente contar o sopesar esas razones es errónea. Este error no tiene nada que ver con las razones excluyentes. Las razones excluyentes no son razones que se oponen a la deliberación, o a la inclusión de ciertas razones en las propias deliberaciones, sino razones que se oponen a actuar por ciertas razones, independientemente de que la acción de uno implique deliberación o no.

Gran parte de la confusión que se genera en la filosofía moral, política y jurídica contemporánea surge de la suposición de que nuestras facultades racionales son nuestras facultades deliberativas. En cierto sentido, puesto que la deliberación es un poder racional, la acción es menos racional, si no deliberada. Pero sólo es menos racional en un aspecto; en otros aspectos puede serlo más.

Alguien que reacciona instintivamente para salvar su vida no exhibe todas sus facultades racionales. Más obviamente, no exhibe su capacidad para la deliberación. Pero, considerando todo, es más racional que alguien que exhibe su capacidad para la deliberación pero, gracias al tiempo perdido en la deliberación, muere mientras la exhibe. La capacidad maestra que se incluye bajo el título de racionalidad es la capacidad de actuar por razones, y esto es lo que el autoconservador instintivo exhibe *por excelencia* , mejor que su contraparte más deliberativa. Después de todo, salta fuera del camino del coloso que

avanza velozmente mientras ella se queda fatalmente en su camino, pensando qué hacer. Lo impulsa el miedo puro.

Esto demuestra la falacia del contraste tan extendido entre razón y emoción. Nuestro miedo o ira, siempre que sean justificados, son amigos de la racionalidad. Uno está justificado en tener miedo o enojarse sólo si su miedo o ira se basa en hechos que son tales que si nos hacen sentir miedo o enojarnos es más probable que reaccionemos a ellos de manera mesurada que si medimos el camino por nosotros mismos. Naturalmente, como ya mencionamos en la Sección 1, es posible realizar una acción injustificada por un miedo o ira justificados. Sin embargo, la justificación del miedo o la ira de uno reside en la probabilidad de que uno no realice tal acción.3

1 Al igual que toda justificación, la justificación es

racional. Si se le pregunta a alguien por qué tiene miedo o está enojado, da sus razones.

Así, la cuestión de la deliberación es una distracción. Las razones excluyentes son razones que regulan las razones por las que uno actúa. La sensación de que son paradójicas no proviene de la idea de que hacer *deliberadamente* lo que las razones nos harían hacer es racionalmente **superior** a hacer lo mismo *intencionalmente pero sin pensar* . Más bien, proviene de la idea de que hacer *intencionalmente* lo que las razones nos harían hacer (ya sea con o sin pensar) es racionalmente superior a hacer *accidentalmente* lo que las razones nos harían hacer, es decir, hacer lo que esas razones nos harían hacer pero por alguna *otra* razón. La pregunta que plantea el segundo mito racionalista es si hay algo sospechoso en hacer accidentalmente lo que una razón nos haría hacer. ¿No es esto desafiar o traicionar la propia racionalidad?32

Para entender por qué no, hay que entender el verdadero sentido en que las razones deben seguirse y el verdadero sentido en que la racionalidad haría que uno actúe sobre la base de un equilibrio de razones. Lo que la racionalidad, en sentido estricto, pide es que uno actúe siempre por una razón *invencible* . La metáfora del equilibrio, que se usa comúnmente, centra la atención en los casos en que las

razones son derrotadas en conflictos ordinarios con razones ordinarias para acciones rivales. En otras palabras, son superadas. Pero las razones que son excluidas por razones excluyentes también son razones derrotadas. Cuando la racionalidad pide que uno actúe sobre la base de un equilibrio de razones, en consecuencia, pide que uno actúe por una razón que no ha sido superada ni excluida. Esta formulación revela que la realidad es una especie de *tertium quid* entre el accidente y la intención. No hay nada malo en hacer lo que una razón haría que uno haga pero no por esa razón (en otras palabras, hacer accidentalmente lo que la razón haría que uno haga), siempre y cuando uno lo haga por *alguna* razón invencible (y en ese sentido, la intencionalidad entra en contacto con las razones). Esto agudiza la prueba de justificación que propusimos en la Sección 1. En la Sección 1 dijimos que para demostrar que la acción de uno estaba justificada uno debe demostrar que las razones efectivamente apoyaban el curso de acción que uno emprendía y que uno actuaba por una de esas razones de apoyo. Ahora enunciamos esta prueba bicondicional de manera más técnica pero también más concisa. Demostrar que la acción de uno estaba justificada es demostrar que uno la realizó por una razón infalible. (Y por la misma razón, demostrar que la creencia de uno está justificada es demostrar que uno la sostuvo por una razón infalible, demostrar que el miedo de uno está justificado es demostrar que uno lo sintió por una razón infalible, y así sucesivamente.)

Se podría objetar que nuestra conversación sobre las razones derrotadas pasa por alto ilícitamente una diferencia importante entre las razones que tienen mayor peso que las razones que se excluyen. Cuando una razón tiene mayor peso que las razones que se excluyen, eso realmente marca una diferencia en lo que uno debería hacer. La acción correcta es la que está respaldada por las razones que tienen mayor peso y que es resistida en vano por las razones que tienen mayor peso. Por otra parte, la objeción es que una razón excluida es, según nuestro propio testimonio, simplemente una razón por la cual uno no debería actuar. El mecanismo de la exclusión es simplemente un mecanismo indirecto para hacer que uno haga lo que debería hacer de todos modos, dada la

ponderación de las razones ordinarias. Así entendida, la exclusión 33

Razones

Las razones pertenecen a la filosofía de los medios más que de los fines.33

(p. 464) Pero el contraste aquí es falso. El hecho de que una razón sea derrotada, ya sea por preponderancia o por exclusión, es completamente irrelevante para la cuestión de si sería mejor hacer lo que esa razón quiere que uno haga. *Siempre* será mejor hacer lo que cualquier razón quiere que uno haga, derrotada o no, gracias al hecho de que cada razón corresponde a un valor. En una situación de conflicto racional, las razones empujan a uno en dos o más direcciones incompatibles. Dada la incompatibilidad, no es posible realizar el valor en ambas acciones.

En términos tautológicos, lo mejor es actuar para obtener lo mejor, o, en otras palabras, no realizar una acción que tenga menos valor que otra acción que uno podría haber realizado. Pero, por supuesto, sería aún mejor si, por algún cambio milagroso en las circunstancias, además de hacer lo que las razones invictas nos llevarían a hacer, también hiciéramos lo que las razones derrotadas nos llevarían a hacer. Esto se aplica tanto a las razones superadas como a las excluidas. Las razones superadas no pierden su fuerza racional en el sentido de que sean menos razones para la acción, o en el sentido de que haya menos atractivo que el que habría en caso contrario en hacer lo que nos llevarían a hacer. El único efecto de que sean superadas, como el efecto de que sean excluidas, es eliminar la racionalidad de actuar en función de ellas.

6 La fuerza de las razones

Introdujimos la categoría de razones excluyentes centrándonos en los casos en los que al actuar por una determinada razón uno corre el riesgo de no hacer lo que esa misma razón le obliga a hacer. En esos casos, la función de las razones excluyentes es controlar la

contraproductividad. Pero no todas las razones excluyentes existen para cumplir ese propósito. Algunas están ahí para hacer más probable que uno haga lo que una determinada razón le obliga a hacer, no excluyendo *esa* razón sino excluyendo alguna *otra* razón, a menudo, pero no siempre, una razón contradictoria. Una vez en el restaurante es mejor no adaptar las opciones del menú en función del precio, porque hacerlo es perderse el espíritu de la velada.

De la misma manera, es mejor no dar consejos financieros a los amigos con vistas al propio beneficio, ya que en el proceso se traiciona la amistad. Abundan los ejemplos de este tipo **(p. 465)** . Son diferentes de los casos en los que las razones simplemente pesan más. Naturalmente, uno puede tener otras razones para probar lo que resulta ser el artículo más barato del menú, o para aconsejar a un amigo que haga la inversión que, como sucede, también será para su propio beneficio. Estas razones pueden pesar más que las razones para hacer lo contrario. La cuestión es que cuando este es el caso, uno tiene otras razones invencibles para hacer lo que las razones excluidas le llevarían a hacer. Pero también tiene razones excluyentes para no hacerlo por las razones excluidas, en otras palabras, no hacerlo debido a lo barato o al beneficio, según sea el caso.

El caso clásico en el que las razones excluyentes cumplen esta función de fortalecer las razones contra sus oponentes es el caso del *deber* (también conocido como obligación). Tener el deber de hacer algo es tener una razón para hacerlo que (i) no depende para su existencia de los objetivos que uno tenga en ese momento, y (i) es también una razón para no actuar por ciertas razones conflictivas. La primera característica confiere a los deberes su carácter *categórico* . Las razones categóricas son aquellas que no son rehenes de los objetivos personales predominantes del agente al que se aplican. Las razones de uno para prometer a menudo dependen de lo que uno quiere lograr, pero una vez que uno ha prometido, la razón creada por la promesa no se doblega ante los vientos cambiantes de las ambiciones de uno. Pero para nuestros propósitos es la segunda característica la que es más importante. Una razón para hacer algo que es también una razón para no actuar por ciertas razones contrarias es un tipo especial de razón que Raz denomina razón *protegida* . Una razón

protegida no es meramente la conjunción coincidente de una razón para actuar y una razón excluyente para no actuar por ciertas razones contrarias. La cuestión es que el mismo hecho que constituye la razón para actuar es también la razón para no actuar por ciertas razones contrarias. El hecho mismo de haber prometido es a la vez una razón para hacer lo que se prometió y una razón para no dejarse llevar por el hecho de que hacerlo ahora resulta más inconveniente que cuando se prometió. Cuando una razón tiene esta estructura especial protegida, sentimos su fuerza como una fuerza *obligatoria* . Estamos *obligados* a hacer lo que la razón quiere que hagamos.

Las razones pueden ser categóricas pero no obligatorias y obligatorias pero no categóricas. Los deberes son el caso especial e importante de razones que son a la vez (i) categóricas y (i) obligatorias.

Imaginemos, por ejemplo, que a un entusiasta aficionado a las artes se le ofrece la oportunidad de alojarse en el piso de un amigo en Edimburgo durante el Festival. Es una oportunidad fantástica. Aunque vive no muy lejos, en los suburbios de Glasgow, rara vez ha tenido la oportunidad de ir al Festival, y mucho menos de quedarse varios días. No hay condiciones y le dejarán las llaves en casa de un vecino. La justificación para ir le parece abrumadora. Pero, por desgracia, nuestro devorador de cultura, al que llamamos *K* , descubre que su coche no arranca la mañana en que tiene que salir y el mecánico local dice que tardará una semana en repararlo. Parece que tendrá que desplazarse hasta la ciudad en autobús en 10 minutos.

Razones

K no tiene más remedio que tomar el tren a Edimburgo. Todo este lío no ha hecho más que aumentar el estrés que empezaba a sentir ante la perspectiva de estar fuera del trabajo durante una semana en la que, como resulta, muchos clientes importantes planean venir. Teniendo en cuenta todo esto, la idea en sí se está convirtiendo en un problema mayor de lo que vale. No hay forma de que disfrute del Festival en condiciones tan estresantes. Su entusiasmo por las artes se desvanece minuto **a** minuto. Hasta aquí todo bien. Las razones de *K* para aprovechar la

oportunidad pueden verse ahora frustradas. Pero las cosas serían diferentes si hubiera aceptado cuidar el piso en ausencia de su amigo y, debido a esto, su amigo, nervioso por dejar su piso vacío durante la temporada del Festival, no hubiera contratado a una niñera paga. En ese caso, *K* tiene la obligación de ir a Edimburgo como dijo que haría. Lo que esto significa es que tiene una razón para ir a Edimburgo, a saber, que aceptó que lo haría, y esta razón tiene dos características especiales. A diferencia de su amor por las artes, se trata de una razón que no va y viene con sus ambiciones, estados de ánimo y entusiasmos cambiantes. Es decir, es una razón categórica. Es más, no es sólo una razón para ir a Edimburgo, sino también una razón para no quedarse en casa porque ir a Edimburgo ahora sería más incómodo o perturbador de lo que imaginó en el momento en que aceptó. En otras palabras, la razón también es obligatoria.

Dejemos de lado por un momento el carácter categórico de los deberes u obligaciones. Este afecta a las condiciones en las que existen los deberes, más que a la fuerza que tienen cuando existen. Nos centraremos en su fuerza.

La fuerza de los deberes tiene dos dimensiones. Dicho de otro modo, los deberes atacan a sus oponentes (las razones de la acción con las que entran en conflicto) en dos niveles. En primer lugar, tienen su peso ordinario como razones de la acción. En segundo lugar, tienen una fuerza de exclusión especial e incorporada que los protege contra razones de acción conflictivas, independientemente del peso ordinario que tengan ellos o sus oponentes. Podría pensarse que el segundo aspecto hace que el primero sea redundante. Dado que los deberes excluyen, ¿qué tienen que superar? Si sus oponentes ya están derrotados, ¿por qué necesitan ser derrotados nuevamente? La respuesta simple es que la fuerza de exclusión de los deberes no tiene por qué ser absoluta. Por lo general, el hecho de que hacer algo sea un deber significa que no se pueden alegar ciertas objeciones a hacerlo. A menudo, no se pueden alegar inconvenientes o irritaciones, por ejemplo. En el caso de *K , donde la obligación se asume por acuerdo, K* no puede alegar los inconvenientes e irritaciones cotidianos que tenía motivos para tener en cuenta en el momento en que hizo el acuerdo. Sin embargo, quedan otras razones que impiden

el cumplimiento de la obligación. Por ejemplo, si la casa de *K* fue asaltada el primer día que estuvo en Edimburgo, esa podría ser una razón ineludible para regresar a casa. Y si esa otra razón es lo suficientemente importante, puede justificar que abandone el apartamento de Edimburgo, incumpliendo así su obligación para con su amigo.

En este punto, todo depende del peso de las razones que quedan en juego, incluido el peso del deber mismo, concebido ahora como una razón ordinaria para la acción. No debe suponerse que esta razón ejerza un peso especialmente grande. Las razones pueden ser obligatorias pero triviales. Pueden ser buenas para vencer por exclusión pero malas para vencer por peso. Uno tiene una razón obligatoria pero no especialmente importante para agradecer a sus anfitriones al final de una fiesta. El hecho de que uno estuviera cansado al final de la velada no es razón para no agradecerles, porque esa razón está ciertamente excluida. Sin embargo, una gran cantidad de razones, que van desde el hecho de que la niñera acaba de hacer una llamada ansiosa hasta el hecho de que el anfitrión estaba enfrascado en una conversación, pueden muy bien ser suficientes para justificar el incumplimiento del deber.

(p. 467) Esto crea una interesante ambigüedad lingüística. En un sentido de "incorrecto", las acciones se consideran incorrectas si y sólo si son injustificadas. El hecho de que pueda haber infracciones justificadas del deber introduce, sin embargo, un matiz diferente de la palabra incorrecto. Puede haber acciones que sean incorrectas aunque estén justificadas y que creen una presión especial para justificarlas precisamente porque son incorrectas. Son cosas que, considerando todas las cosas, era correcto que uno hiciera y, sin embargo, al hacerlas, uno hizo algo incorrecto. En esta última flexión, "incorrecto" simplemente significa "en violación de un requisito", lo que deja abierta la cuestión de la justificación.34

A menudo se piensa que la mala conducta en este último sentido tiene especial importancia debido a las huellas que deja en la vida de uno. No se puede negar este punto, pero se puede exagerar. Cada vez que uno no hace lo que *cualquier* razón le obligaría a hacer, ya sea que esa razón

sea obligatoria o no, queda una huella en la vida de uno. Esto siempre es, en principio, motivo de pesar, porque, como vimos, las razones no pierden su fuerza como razones simplemente porque se las derrote. 35

Sin embargo, en lo que respecta a las razones ordinarias, esta fuerza duradera, al igual que la fuerza original de las razones en cuestión, es meramente *consultiva* . Puede pesar mucho, pero todas las muchas y bien conocidas razones para no arrepentirse también pesan mucho y a menudo justifican que uno siga adelante con su vida a pesar de todo.

Sin embargo, cuando uno no hace lo que una razón imperativa le obliga a hacer, la fuerza duradera de la razón es diferente. Sigue siendo una razón imperativa incluso después del fracaso. Así como algunas razones para no hacer lo que uno quiere hacer son diferentes.

Razones

En efecto, las acciones requeridas se excluyeron en virtud del hecho de que la acción era requerida, de modo que se excluyen algunas razones para olvidarse por completo de la falta de ejecución de la acción. En otras palabras, no es tan fácil dejar de lado el hecho de no hacer como lo haría una razón obligatoria. No puede ser simplemente una cuestión de señalar que uno tendría una vida mejor si dejara de llorar sobre la leche derramada. Esto es cierto *a fortiori* cuando la razón obligatoria también es categórica, ya que en este caso los cambios en los objetivos de uno no hacen nada para eliminar la aplicación de la razón, y esto es igualmente cierto cuando el momento de la ejecución ha pasado. Uno no puede escapar de la mancha en la propia vida con un simple cambio de dirección. La presión racional que esto crea es la presión familiar para diversas reacciones correctivas y purgatorias, como la disculpa, el pago de una compensación, la penitencia o el castigo. **36 La** idoneidad de cada una de estas reacciones está, por supuesto, sujeta a otras condiciones. Algunas, como el castigo, pueden ser injustificadas si la acción a la que responden es una acción justificada. Pero sea como fuere, todo exige la violación de un deber.

Acabamos de hablar de las razones ordinarias (no protegidas) para la acción como si tuvieran una fuerza meramente consultiva en oposición a una fuerza obligatoria. Obsérvese que esto no es lo mismo que decir que son permisivas. Sin duda, hay algunas razones que son tales que es permisible no hacer lo que uno querría que hiciera, y las supererogatorias (o

"más allá del cumplimiento del deber") para actuar en su nombre. Éstas representan otro tipo especial de razón que implica elementos excluyentes. No son simplemente razones desprotegidas, sino razones *expuestas positivamente* . No podemos explorar aquí su estructura lógica, que es aún más compleja que la de una razón protegida.37 Pero vale la pena mencionarlas simplemente para advertir contra la tendencia familiar a pensar que la razón sólo tiene dos voces, a saber, la voz elevada de la exigencia y el susurro conspirativo del permiso. Este contraste legalista, por desgracia, omite la voz hablada normal de la racionalidad. Las razones normales son simplemente nuestro consejo y guía. Dejando aparte todos los componentes excluyentes especiales, una razón simplemente apoya la acción (o creencia, emoción, etc.) que apoya. En ausencia de cualquier fuerza excluyente, una razón para realizar esa acción hace que esa acción sea aconsejable. Si hay razones en conflicto, el hecho de que una acción esté apoyada por razones de mayor peso que cualquiera de las otras simplemente la convierte en la acción más aconsejable. Tal vez haga un mejor trabajo con mis compras si voy temprano un sábado, antes de que haya multitudes, en lugar de más tarde en el día. Y tal vez todo lo demás sea igual: no tengo ganas de quedarme en la cama, no tengo nada más planeado para ninguna parte del día, etc. Si voy más tarde, claramente hago lo menos recomendable. Hablando racionalmente, me equivoco. Hago lo incorrecto en el primer sentido que mencionamos. Pero no hago nada incorrecto en el segundo sentido. No es obligatorio para mí ir de compras en el momento más conveniente. Porque, hasta donde llega la historia, no tengo ninguna razón protegida para hacerlo.

Sospechamos que una suposición común es que en casos como éste, una razón protegida entra automáticamente en acción en el último obstáculo. Nuestra conclusión,

claramente, es que no es racional que yo posponga mis compras. Por lo tanto, seguramente ir de compras antes es mi única opción, *salvo que me arriesgue a caer en la irracionalidad* . Puede que no tenga ninguna obligación de ir de compras ahora si mi razón para hacerlo se ve derrotada, pero como no se ve derrotada y todas las razones conflictivas se ven derrotadas, ¿no entra en juego el requisito general de ser racional, el requisito general de actuar por una razón no derrotada, y convierte esto en una razón obligatoria al final?

Dudamos de que exista tal requisito general de ser racional. Algunas personas que desempeñan determinados papeles especiales, como los jueces y otros funcionarios burocráticos, tienen el deber de ser racionales en esos papeles. Además, todos tenemos diversos deberes relacionados con el respeto a nuestra propia racionalidad y a la de los demás. Sin embargo, hay un largo trecho entre esto y la conclusión de que la racionalidad misma se exige de nosotros en todos los ámbitos. Pero incluso si así fuera, nótese que esta afirmación confirma, en lugar de negar, el punto más importante que planteamos **(p. 469)** en esta sección. Para entender la idea de un requisito general de ser racional, habría que entender qué es un requisito que lo distingue de una razón ordinaria para la acción. Es tautológico afirmar que tenemos razones para ser racionales. Pero no es tautológico afirmar que estamos sujetos a un *requisito* de ser racionales, o (lo que es más) que éste es nuestro *deber* . Puesto que estas afirmaciones no son tautológicas, debe haber algo más en los requisitos y deberes que en las razones ordinarias.

En este apartado se explica qué es ese “algo más”. Los requisitos (o razones imperativas) son razones protegidas, es decir, son razones para actuar que también son razones para no actuar por determinadas razones que militan en contra de esa acción. Los deberes (u obligaciones) son exactamente lo mismo, pero con la característica adicional de que también son categóricos, es decir, no están supeditados a los objetivos personales predominantes de quienes están sujetos a ellos.

Una explicación de por qué la gente ha estado ansiosa por admitir la neutralidad fundamental de las razones respecto

de los agentes ha sido la idea de que si las razones de una persona para actuar automáticamente dan lugar a razones para que todos los demás contribuyan a que la primera persona actúe como esas razones la llevarían a actuar, entonces nuestros horizontes están llenos de deberes extremadamente exigentes.38 Después de todo, se piensa, las razones son obligatorias, y las razones para servir a los objetivos de los demás dependen de *sus* objetivos, no de los nuestros, y por lo tanto parecen ser categóricas. ¿Queda algún espacio, surge de nuevo la pregunta, para que yo tenga mis propios objetivos?

Razones

En la sección 4 hemos dado una respuesta parcial a esta inquietud. Hemos dicho que hay límites a la medida en que es posible que una persona contribuya a que otra consiga sus objetivos y que, posiblemente, en vista de la probabilidad de una intervención demasiado entusiasta, las personas deberían adoptar, dentro de ciertos límites, un enfoque de la vida basado en el agente. Ahora añadimos otro punto. Incluso si uno pudiera hacer mucho para ayudar a otra persona a alcanzar sus objetivos, de ello no se sigue que tenga el *deber* de hacerlo. De hecho, no hay razón para pensar que, incluso si otra persona tiene un deber, todo lo que uno pueda hacer para ayudarla a cumplir con su deber sea su propio deber.

El hecho de que una persona tenga una razón automáticamente da a todas las personas razones para contribuir a que la primera persona haga lo que la razón le haría hacer no implica que, si la razón de la primera persona es una razón categórica obligatoria, las razones de todos los demás involucrados sean categóricas y obligatorias también.39 Para establecer que lo son, uno necesitaría mostrar que en relación con cada persona hay razones para no actuar sobre ciertas razones contrarias, incluyendo aquellas que se relacionan con los objetivos de esa persona. Esto es muy a menudo un orden tal. *A fortiori* es un orden tal mostrar que uno tiene el deber de contribuir al cumplimiento de los objetivos de todos los demás. Naturalmente, esto no significa que **(p.**

470) Nunca se tienen esos deberes. Simplemente significa que la existencia de todos esos deberes depende de los argumentos que apoyan la existencia de ese deber en particular, es decir, que apoyan la contribución de una persona a la consecución de los objetivos de otra persona independientemente de los suyos propios y sin tener en cuenta al menos una parte del precio que se debe pagar.

7 El papel de la elección

Así pues, de dos maneras, como hemos descubierto hasta ahora, la racionalidad nos limita menos de lo que algunos están acostumbrados a pensar.

Pero hasta ahora hemos descuidado una tercera forma, y algunos podrían decir que más importante, en la que la racionalidad deja abiertas nuestras opciones. No hemos dicho nada del papel de la inconmensurabilidad. Dejando de lado por un momento el efecto complicador de las razones excluyentes, dos acciones alternativas son inconmensurables si ninguna está respaldada por razones más importantes que la otra y, sin embargo, las razones de ambas partes tampoco tienen el mismo peso.40

Supongamos que una mujer joven, llamada *L* , tiene dos actividades alternativas por delante esta tarde. Puede ir a ver una sesión de matinal de *Casablanca* con su anciano padre o puede jugar un partido de tenis con su hermano. Ambas son actividades valiosas. Harán felices a diferentes miembros de su familia de diferentes maneras, le proporcionarán diferentes tipos de relajación y cada una contribuirá de manera diferente a la consecución de sus propios objetivos, ya que es a la vez cinéfila y ávida jugadora de tenis. Ninguna de las dos salidas puede posponerse, ya que se proyectará *Casablanca* durante una sola tarde y su hermano sólo podrá tener libre esta tarde en el trabajo. ¿Qué puede hacer? No es que una alternativa le proporcione mayor placer que la otra, o que plantee exigencias más interesantes que la otra, o que satisfaga las necesidades de alguien más que la otra. No parece haber nada que elegir entre ellas. *L* puede concluir que las dos alternativas están igualmente respaldadas por razones.

Pero ésta no es la única conclusión posible. Si ambas están igualmente respaldadas por razones, entonces cualquier pequeña razón adicional de una u otra parte hará que la alternativa sea racionalmente superior. Supongamos que el padre de *L llama para decirle que se va a proyectar Casablanca* en una nueva copia. Suponiendo que la calidad de la nueva copia refuerza sus razones para ver la película, aunque sea levemente, *L* presumiblemente debería considerar que la llamada de su padre resuelve el asunto.

Anteriormente desconocía una de las razones que militaban a favor de la película y, en su ignorancia de esa razón, había calculado que todas las demás razones estaban equilibradas. Suponiendo que ahora no considere que ese cálculo haya sido erróneo en ningún otro sentido, ahora sabe que fue erróneo en un sentido, a saber, que se omitió una razón. Si sin esa razón **(p. 471)** las dos alternativas eran iguales en cuanto a apoyo racional, no pueden ser iguales con esa razón añadida. 4

1 Sin embargo, *L* puede concluir que todavía no hay nada que

Escoja entre las alternativas. Si tiene razón al concluir eso, tanto antes como después de que se le proporcione la información adicional, se trata de un caso de inconmensurabilidad. Las razones para ir al cine con su padre no pesan más que las razones para jugar al tenis con su hermano, ni se ven superadas por ellas. Y, sin embargo, tampoco tienen el mismo peso.

Las razones de igual peso tienen poca importancia cotidiana en el razonamiento práctico, ya que el pequeño ajuste necesario para eliminar la igualdad casi siempre está al alcance de la mano. Por lo general, uno puede fortalecer sus razones para realizar una acción en lugar de la otra simplemente ajustando sus metas, ajustando así el valor del compromiso personal, lo que inclina rápidamente la balanza. En este punto, las razones del otro lado son derrotadas por el peso.

Pero las cosas son diferentes cuando las razones de ambas partes no son iguales, sino de peso inconmensurable. En los casos de inconmensurabilidad, los ajustes a las razones de

una de las partes del argumento no necesariamente conducen a una razón que favorezca a esa parte. Esto significa que la inconmensurabilidad de las razones tiene mucha más importancia en el día a día que la inconmensurabilidad de las razones.

igualdad de razones, pues los pequeños ajustes que se pueden hacer para resolver la segunda no resuelven la primera. Siendo así, el principio de racionalidad que recomienda la acción por una razón infalible no decide entre las dos alternativas. Aun suponiendo que no haya complicaciones excluyentes, ambas acciones están respaldadas por razones infalibles. Sin embargo, no tiene sentido intentar inclinar la balanza, pues no hay balanza que inclinar.

Algunas personas ofrecen lo que consideran una interpretación alternativa de la situación de *L.* Dicen que si la nueva información, reconocidamente racional y relevante (que la copia de *Casablanca* es nueva) no logra inclinar la balanza a favor de la película, entonces eso demuestra que las dos alternativas ante *L* , aunque posiblemente no sean iguales, eran y siguen siendo *aproximadamente* iguales.42 Pero ¿qué significa esto? Creemos que probablemente significa que *L* no está muy segura del peso que debe atribuirse a algunas o todas las diversas razones involucradas, de modo que su conclusión ante su padre (que las razones estaban igualmente equilibradas) era necesariamente una aproximación.43 Sin embargo, la historia debe continuar, la razón adicional proporcionada por su padre no agota el margen de error en la aproximación original y, por lo tanto, no proporciona ninguna razón para que la revise. Las alternativas siguen siendo aproximadamente iguales.

Puede ser que haya algunos casos como éste.44 Pero, si es así, son diferentes de los casos de inconmensurabilidad. La noción de igualdad aproximada pertenece al ámbito de las estrategias de razonamiento indirecto, porque es una estrategia (uno puede dudar si es buena) **(p. 472)** diseñada para hacer frente a la incertidumbre sobre el peso de las razones. Dada la incertidumbre, según cuenta la

historia, uno tiene una razón excluyente para no actuar por razones adicionales muy pequeñas a favor de una de las partes. Pero en los casos de inconmensurabilidad no hay razón para no actuar por las razones adicionales muy pequeñas que se puedan esgrimir con la vana esperanza de resolver el conflicto por medios racionales. Uno puede actuar por estas razones a su antojo, pero aun así no estará más cerca de una dirección racional decisiva. Los caminos rivales seguirán estando respaldados por razones invencibles y seguirá siendo impecablemente racional tomar cualquiera de ellos.

Aunque ambos creemos en el papel omnipresente de las inconmensurabilidades en la vida racional, éste no es el lugar para defender esa creencia. Sin embargo, es importante apreciar su importancia. Uno podría preguntarse por qué la idea de la inconmensurabilidad pone a la gente tan nerviosa. Incluso entre aquellos que tienen el deber de ser racionales, o en otras palabras, el deber de actuar en función de una razón inquebrantable, no está claro por qué se debería pensar que alguien tiene el deber, o incluso una razón, de no actuar nunca *en contra de* una razón inquebrantable.4

5 Quizás el sentimiento de que la gente tiene esa razón sea otra razón

Reflejo de lo pernicioso de los mitos racionalistas a los que nos referimos en la sección 5. Estos mitos fueron obra de quienes interpretaron la racionalidad como una promesa de seguridad contra el azar, la suerte y la arbitrariedad. La voluntad se considera un factor arbitrario que necesita un control racional, pero no es arbitraria en ningún sentido preocupante mientras responda siempre a razones infalibles. Esta condición se cumple ampliamente en casos normales de inconmensurabilidad en los que las razones de ambos lados son infalibles. La racionalidad nos llevó tan lejos como prometió al llevarnos a esta situación. No prometió nada más. Fue simplemente una expectativa extraña e infundada de quienes estaban asustados por la condición humana de que nos llevaría más lejos y nos diría qué camino elegir, dado que ambas opciones ya estaban *previstas. hipótesis* racional y defendible.

Se podría responder que el papel de la elección ya está ampliamente contemplado en las consideraciones que hemos aducido anteriormente. Ya hemos creado espacio para que las personas tengan sus diferentes objetivos y para que esto afecte lo que deben hacer.

Pero el papel de la voluntad que introducimos aquí es más radical. Explica no sólo cómo hacemos que nuestros objetivos influyan en lo que debemos hacer, sino también cómo somos lo suficientemente libres para alcanzarlos en primer lugar. En lo que respecta a los argumentos anteriores, nuestros objetivos ejercían una presión racional sobre nosotros, justificando algunos cursos de acción que no habrían estado justificados sin ellos y, en consecuencia, retirando la justificación de otros. Pero en las situaciones normales de inconmensurabilidad mencionadas en esta sección, ambas alternativas están justificadas *ex hypothesi* , y las elecciones de uno no inclinan la balanza racional. Más bien, nos envían en una dirección en lugar de en otra sin que sea una cuestión de determinación *racional el que uno haya tomado ese camino.*

(p. 473) Acabamos de hablar de "situaciones normales de inconmensurabilidad" como una forma de abrir nuestras opciones. Esto era para dejar espacio para una clase especial de casos en los que el efecto de la inconmensurabilidad se invierte, de manera inquietante. En lugar de ofrecernos más de una manera justificada de proceder, la inconmensurabilidad nos niega aquí cualquier manera justificada de proceder y nos relega a la situación en la que lo mejor que podemos esperar es una excusa. La situación que tenemos en mente es un caso especial en el que el conflicto de inconmensurables es un conflicto entre dos o más razones *protegidas* . El problema básico es que las razones están protegidas unas de otras. Cada una excluye a la otra de ser considerada.

Cuando esto sucede el efecto normal es que el conflicto se decide por el peso de las razones *excluyentes* .

La pregunta es: ¿cuál de las dos razones para no actuar por una razón es la más importante? Pero supongamos que las dos razones excluyentes son en sí mismas

inconmensurables. En ese caso, ninguna prevalece sobre la otra. Por lo tanto, ninguna Página 18 de 24

Razones

El dilema moral impide que el otro ejerza su fuerza excluyente. De este modo, ambas razones para la acción se ven derrotadas al ser excluidas. Por lo tanto, no hay forma de actuar por una razón invencible. Este es el caso central de lo que coloquialmente se conoce como dilema moral. Muchas cosas a las que se hace referencia como dilemas morales no llegan a este grado de tragedia, pero todas dan indicios de ello. Todas nos recuerdan que la supuesta seguridad de la racionalidad no sólo se ve comprometida en el sentido de darnos margen de maniobra para seguir nuestra voluntad, sino que en ocasiones también se ve comprometida en el sentido de encerrarnos en una situación en la que, cualesquiera sean nuestras virtudes, estamos condenados a actuar en contra de las máximas básicas de la racionalidad. 46

Cuando el guardia del campo de concentración le ofreció a Sophie la opción de enviar a sus dos hijos a la muerte o elegir a cuál salvar, su plan era poner en peligro su racionalidad de la misma manera que hemos descrito. Esperaba que al enfrentarla a dos deberes inconmensurables, mutuamente excluyentes y contradictorios hacia sus hijos, a saber, el deber de protegerlos y el deber de no demostrar más amor por uno que por el otro, la dejaría en una situación en la que no tendría ninguna alternativa justificada ante ella y, por lo tanto, con su racionalidad degradada (además de todos los otros horrores que experimentaría). La mayoría de los lectores de *La decisión de Sophie* creen que el guardia fracasó en su plan. Sophie estaba justificada al salvar a un niño mientras condenaba a muerte al otro. O bien esto no fue una demostración de más amor por el niño salvado, piensan la mayoría de los lectores, o bien el deber de no demostrar más amor por un niño que por el otro fue superado por el deber de proteger. Por supuesto, esto deja a Sophie en la situación racional que describimos en la Sección 6. Ella todavía estaba incumpliendo uno de sus deberes y las cicatrices de esto aún permanecen con ella.47

Se puede decir que esto es bastante malo, pero no llega a la destrucción moral a la que aspiraba el guardia.

Su objetivo **(p. 474)** no era sólo dañar a Sophie como madre, sino dañarla como ser humano racional al ponerla en una situación en la que nada de lo que pudiera hacer estaría justificado.

8 El estándar de razonabilidad

Varios filósofos morales contemporáneos distinguen la racionalidad de algo más llamado razonabilidad.48

Tal como lo describen, el criterio de razonabilidad es más complaciente que el de racionalidad, pues deja margen para las diferencias de opinión, para opiniones rivales sobre lo que exige la racionalidad. Hay que decir que, en general, en estos criterios no queda claro qué es lo que hace que la racionalidad necesite el criterio de razonabilidad más complaciente para escapar de él. Con demasiada frecuencia parece que estos criterios se basan en una parodia de la racionalidad, en la que la persona racional es aquella que ha desarrollado sólo un aspecto de su funcionamiento racional a expensas de todos los demás. En esta imagen, la persona racional es una persona que delibera con un solo objetivo sobre todo, o una pura instrumentalista que da por sentado acríticamente el valor de sus objetivos y los persigue sin piedad, o una persona de principios y de espíritu noble que abandona escrupulosamente toda parcialidad. Estamos de acuerdo en que es posible utilizar la palabra racional para designar estas capacidades limitadas y estrechas, pero las capacidades así designadas son, en efecto, estrechas y limitadas, y el dominio de una a expensas de las otras no es racionalidad en ningún sentido en el que pudiera constituir un ideal completo válido para los agentes humanos. Correctamente entendida, la racionalidad es justamente lo que hemos descrito en este capítulo. Es exactamente lo mismo que la razonabilidad. Como hemos insistido, es simplemente la capacidad y la propensión a actuar (pensar, sentir, etc.) sólo y siempre por razones infalibles. Como ideal, la persona razonable, o la persona racional (como bien se la podría llamar) es la persona que ejemplifica plenamente esta capacidad y propensión, y lo hace en sus

creencias, emociones, actitudes, acciones, etc. Allí donde hay razones, no desafía su fuerza.

En esta perspectiva, "razonable" significa lo mismo que "justificado". Una acción razonable es una acción justificada, una creencia razonable es una creencia justificada, una emoción razonable es una emoción justificada, y así sucesivamente. Por la misma razón, una persona razonable no es ni más ni menos que una persona que está justificada en cualquier aspecto de su vida que requiera justificación. En el derecho, el estándar de la persona razonable se utiliza a veces para probar creencias, y la prueba de razonabilidad es entonces la prueba de justificación. Es cierto, como dijimos en la Sección 1, que actuar en base a una creencia justificada no es lo mismo que actuar justificadamente cuando esa creencia es falsa. Una acción de ese tipo no está justificada sino excusada. **(p. 475)** Puede ser que la idea de que una acción excusada es, no obstante, la acción de una persona razonable sea lo que ha dado credibilidad a la idea de que un estándar de razonabilidad ofrece mayor latitud que el estándar de racionalidad. Puede ser que esto haya llevado a algunos a concluir que la racionalidad es lo que justifica mientras que la razonabilidad excusa. Sin embargo, esto es un error. Lo único que puede excusar es una justificación. Es decir, la justificación de una respuesta humana, por ejemplo, una creencia o una emoción, es lo que excusa otra respuesta humana, normalmente una acción. El estándar de la persona razonable es el de la justificación en todos sus aspectos. Es el estándar de la racionalidad, un estándar que uno cumple si tiene razones infalibles y responde a esas razones, ya sea en sus creencias, emociones, actitudes o acciones, según sea el caso.

Notas:

Este capítulo fue defendido total o parcialmente por uno o ambos de nosotros en seminarios en University College London, University of Toronto, Rutgers University y New York University. Agradecemos a todos los que participaron.

Por limitaciones de espacio, no hemos dicho nada aquí para disipar las preguntas y objeciones más profundas que se plantearon en esas ocasiones. Esperamos tener la oportunidad de abordar algunas de ellas en otro lugar. Mientras tanto, debemos agradecer especialmente a Grant Lamond por sus interrogatorios extremadamente difíciles, que nos obligaron a sincerarnos sobre muchas cuestiones.

(1) Aristóteles, *Política* 1253a7 y siguientes; *Retórica* 1355b1 y siguientes.

(2) El giro interpretativo se puede vislumbrar, por ejemplo, en la tendencia a leer las afirmaciones de que los valores son inconmensurables como afirmaciones sobre la inconsistencia de interpretaciones rivales del mundo, en lugar de como los tipos de afirmaciones sobre la fuerza racional que se exponen en la sección 7 más adelante. Para críticas de este giro interpretativo general en la filosofía práctica, véase, por ejemplo, Michael S. Moore, 'The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?', *Stanford Law Review* , 41 (1989), 871; Joseph Raz, 'La moral como interpretación', *Ethics* , 101 (1991), 392.

(3) Para una negociación sutil de esta tendencia tal como aparece en el pensamiento feminista, véase Genevieve Lloyd, *The Man of Reason* , 2ª ed. (Londres: Routledge, 1993).

(4) Compárese la observación de Derek Parfit de que algo 'que no merece la acusación extrema de 'irracional' [puede estar] abierto a la crítica racional': Parfit, *Reasons and Persons* (Oxford: Oxford University Press, 1984), 119.

(5) En un idioma, *A* y *B* tenían razones *explicativas* (o *motivadoras*) pero no razones *orientadoras* (o *normativas).*

Aunque esta expresión tiene sus usos, la hemos evitado aquí en favor de la expresión según la cual *A* y *B* carecían de razones para sus acciones, pero consideraban que las tenían, siendo esta consideración la explicación de sus acciones. Para decirlo de forma sencilla: tal como lo presentamos, todas las razones son razones orientadoras.

Para la otra forma de hablar, véase Michael Smith, *The Moral Problem* (Oxford: Blackwell, 1994); también muchas de las contribuciones a Garrett Culture y Berys Gaut, *Ethics and Practical Reason* (Oxford: Clarendon Press, 1997).

(6) Véase, por ejemplo, Suzanne Uniacke, *Permissible Killing* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994).

(7) John Gardner, 'La esencia de las excusas', *Buffalo Criminal Law Review* , 1 (1998), 575.

(8) Nótese que de esta proposición no se sigue que *A* esté fuera de toda justificación y excusa en toda su vida. Está fuera de toda justificación sólo con respecto a aquellas acciones realizadas en base a sus delirios paranoides. Sobre este punto, véase Anthony Kenny, *Freewill and Responsibility* (Londres: Routledge, 1978), 80-4.

(9) El segundo requisito se defiende en John Gardner, 'Justificaciones y razones', en AP Simester y ATH.

Smith (eds.), *Daño y culpabilidad* (Oxford: Clarendon Press, 1996).

(10) La versión más común de la concepción según la cual toda razón completa no puede tener más que dos componentes es la concepción según la cual toda razón comprende una actitud proactiva y una creencia. Esta concepción se debe en primer lugar a Donald Davidson, 'Actions, Reasons and Causes', en Davidson, *Essays on Actions and Events* (Oxford: Clarendon Press, 1980), y ha sido adoptada por muchos otros, entre ellos, por ejemplo, Philip Pettit y Michael Smith, 'Backgrounding Desire', *Philosophical Review* , 99 (1990), 565.

(11) Tomamos prestada esta terminología de Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* , 2.ª ed. (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990), 33-5.

(11) Véase ibíd. 102-3.

(12) Sobre algunas variedades de superveniencia relevantes para el razonamiento práctico, véase RM Hare, 'Supervenience', en Hare, *Essays in Ethical Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1989), o John McDowel, 'Non-Cognitivism and Rule-Fol owing', en McDowel, *Mind, Value and Reality* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998).

(13) Decimos "o" porque la dirección de la definición típica y depende de cuál de las dos ideas se supone que el lector ya entiende. En *What We Owe to Each Other* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998) TM Scanlon "pasa la pelota" del concepto de valor al de razón. Otros pueden considerarlo como más Página 20 de 24

Razones

Es evidente que se puede "pasar la pelota" a la otra parte. Dudamos de que se deba pasar la pelota, no porque no pueda haber una interdefinición válida de valores y razones, sino porque ninguno de los dos conceptos es realmente más fácil de entender que el otro.

(14) Véase John Finnis, *Fundamentals of Ethics* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 85-6. Creemos que lo que llamamos proporcionalismo es lo mismo que Finnis llama con ese nombre.

(15) De hecho, Rawls divide las concepciones morales deontológicas en dos tipos. Una teoría deontológica “o bien no especifica el bien independientemente de lo correcto, o bien no interpreta lo correcto como maximizador del bien”: *A Theory of Justice* , ed. rev. (Oxford: Oxford University Press, 1999), 26. Es posible que las teorías deontológicas del segundo tipo de Rawls desafíen la interpretación proporcionalista, aunque, por razones que se expondrán en las secciones 5 y 6 más adelante, la cuestión no es sencilla.

(16) Para un estudio y ejemplificación de esta ansiedad, véase David McNaughton y Piers Rawling, 'On Defending Deontology', *Ratio* , 11 (1998), 37.

(17) Se podría pensar que en el derecho surge un tipo diferente de contraejemplo a la idea de que todas las razones corresponden a valores. Las razones jurídicas se

basan en fuentes más que en méritos. En otras palabras, si se pide una razón jurídica para hacer algo, la respuesta correcta siempre es citar alguna autoridad más que algún valor. Pero esto no es un contraejemplo. Siempre que una autoridad jurídica crea una razón jurídica para hacer algo, la autoridad afirma que hacer esa cosa tiene valor. ¿Significa esto que a veces las razones corresponden sólo a *valores declarados* más que a valores reales? No, porque en la medida en que los valores sólo se declaran más que son reales, las razones jurídicas sólo se declaran como razones, es decir, son sólo razones desde el punto de vista jurídico. Para una explicación de este fenómeno, véase John Gardner, 'Law as a Leap of Faith', en Peter Oliver, Sionaidh Douglas-Scott y Victor Tadros (eds.), *Faith in Law* (Oxford: Hart Publishing, 2000).

(18) El *locus classicus* es "¿Cómo es posible la debilidad de la voluntad?", de Donald Davidson en sus *Ensayos sobre acciones y Eventos* , n. 10 arriba.

(19) A veces se piensa que la inflicción deliberada de dolor o sufrimiento encaja en este perfil anómico, pero en la mayoría de los casos no es así. Normalmente se piensa que es merecida o justificada por el bien mayor, y valiosa bajo ese encabezamiento. La visión que ofrecemos sobre estas cuestiones es similar a la de Warren Quinn en 'Putting Rationality in its Place', en Quinn, *Morality y acción* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993).

(20) La distinción entre el agente relativo y el agente neutral fue introducida por Thomas Nagel en *The Posibilidad del altruismo* (Oxford: Clarendon Press, 1970), 90-5 y nombrado en estos términos en su 'Los límites de la objetividad', en Sterling McMurrin (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values, Volumen 1* (Salt Lake City: University of Utah Press, 1980), 79, en 102. El término 'relativo al agente' se ha utilizado a menudo de forma más laxa, por ejemplo, para denotar responsabilidades especiales. Sin embargo, en sentido estricto, las responsabilidades especiales son neutrales al agente si existen razones no sólo para que *A* las cumpla, sino también para que *B, C, D* , etc. contribuyan a que *A* las cumpla.

(21) Nótese nuevamente que esta inhibición no se transmite a terceros. *G* puede tomar medidas para que *F* tenga amigos, aunque malinterprete ese valor exactamente como lo hace *H.* Esto no es un anatema lógico para la ayuda de *G a forjar nuevas* y buenas amistades para *F.*

, en ambos casos, se podría argumentar que el error reside en la premisa auxiliar. Sin embargo, hay un sentido en el que las razones se aplican a *G* y no a *A* y *B. G* tiene motivos para sentirse frustrado si descubre que no puede hacer nada para ayudar *a F* , mientras que *A* y *B* no tienen motivos para sentirse frustrados (aunque creen que sí) si descubren que no tienen medios de escape.

(23) La objeción es la famosa objeción de integridad de Bernard Williams en 'A Critique of Utilitarianism', en JJC Smart y Bernard Williams, *Utilitarianism: For and Against* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973), 116-17. Peter Railton desarrolla más el punto en 'Alienation, Consequentalism, and the Demands of Morality', en *Philosophy and Public Affairs* , 13 (1984), 134.

(24) Nos basamos aquí en Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1986), cap. 12. Nuestras conclusiones van más allá de las que Raz defiende.

(25) Para un argumento fuerte y neutral respecto del agente en favor del relativismo limitado respecto del agente, véase Derek Parfit, *Reasons and Persons* , n. 4 supra, Primera Parte.

Las razones y las personas de Parfit (nota anterior) comienzan con un estudio de la autodestructividad. Su contraste entre lo que es directamente contraproducente y lo que es indirectamente contraproducente es cercano, pero no idéntico, a nuestro contraste entre lo que es contingente y lo que es lógicamente contraproducente. Parfit también enfatiza lo que ignoramos, a saber, que la

autodestructividad se ve exacerbada por las actividades de muchas personas. Esta es la fuente de las dificultades racionales familiares en los problemas de coordinación y los dilemas del prisionero.

(27) Joseph Raz, *Razón práctica y normas* , n. 11 supra, 39.

(28) Véase, por ejemplo, Michael S. Moore, 'Authority, Law and Razian Reasons', *Southern California Law Review* , 62 (1989), 829, pág. 859 y siguientes. Este ejemplo es interesante debido a su adhesión explícita a los mitos racionalistas que se describen a continuación.

(29) Lo que diremos, sin embargo, es que una clase particular de razones está limitada por la capacidad. Se trata de razones basadas en intereses (o razones de bienestar). Algo es de tu interés (sirve para tu bienestar) si, en primer lugar, es valioso y, en segundo lugar, tienes la capacidad de participar en su valor. Todavía tienes razones para perseguir cosas que no pasan la segunda prueba, pero su valor no aumentará tu bienestar. Lo mismo ocurre con el bienestar.

El bienestar de otras personas no se incrementa si se persigue un valor en el que esas personas no pueden participar. La idea de que las razones están limitadas por las capacidades puede surgir de una alianza impía de dos supuestos falsos: uno, que las razones son todas razones de bienestar, y dos, que todas las razones de bienestar son relativas al agente. Para un análisis más detallado de estos y otros puntos relacionados, véase Timothy Macklem, 'Choice and Value', *Legal Theory* , 6 (2000), 1, y John Gardner, 'The Mysterious Case of the Reasonable Person', *University of Toronto Law Journal* , 51 (2001), 273.

(30) Esta es una interpretación del famoso argumento de Bernard Williams de que "un pensamiento es de más" en "Persons, Character and Morality", Williams, *Moral Luck* (Cambridge: Cambridge University Press, 1981) en la página 18. Sin embargo, otra forma de leer ese argumento sería convertirlo en una interpretación de nuestro argumento en la sección 2 anterior, en el sentido de que ciertas supuestas premisas operativas son de hecho redundantes y, por lo tanto, no operativas en absoluto.

(31) Naturalmente, para determinar si la acción que uno realiza por emoción está justificada, hay que tener en cuenta el valor de expresar esa emoción. No se debe suponer que una emoción está justificada sólo si tiende a la realización de acciones que estarían justificadas *independientemente del* valor de expresar esa emoción. La prueba es si las acciones estarían justificadas *teniendo en cuenta* el valor de expresar la emoción. Así pues, nuestra visión de la justificación de la emoción no se reduce a una visión puramente instrumentalista. Sin embargo, algunas emociones son más instrumentales que otras. La justificación de las acciones que expresan pena o culpa, por ejemplo, suele estar muy influida por el valor expresivo, mientras que las acciones de miedo o de asco suelen tomar más justificación de hechos distintos del hecho de que expresan miedo y asco, lo que hace que estas últimas emociones sean más puramente instrumentales en su papel racional.

(32) Esta es la base del ataque de Robert Paul Wolff a la autoridad en *In Defense of Anarchism* , 2.ª ed. (Berkeley: University of California Press, 1998), cap. 1. Raz responde, en defensa de las razones excluyentes y, por ende, en defensa de la autoridad, en *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979), cap. 1.

(33) Este contraste entre la filosofía de los medios y la filosofía de los fines ha perseguido al llamado enfoque "utilitarista de las reglas" del razonamiento moral. La gran intuición de los utilitaristas de las reglas como Mil y Sidgwick fue que las reglas no pueden ser consideradas como meros medios para el cumplimiento de algún fin especificado independientemente. Lo que uno debería hacer dada la regla no era necesariamente lo que uno debería hacer sin la regla. Pero errores profundos del tipo expuesto en el párrafo siguiente llevaron a que se subestimara esta intuición y a que el utilitarismo de las reglas llegara a ser considerado como una especie de variante pusilánime y poco fiable del utilitarismo de los actos. En realidad, de las muchas cosas que están mal en el utilitarismo de las reglas, la mayoría se deben al utilitarismo de los actos. El gran triunfo del utilitarismo de las reglas fue su liberación en el aspecto que acabamos de

identificar de su origen utilitarista de los actos. La cuestión se explora de forma famosa en John Rawls,

'Two Concepts of Rules', *Philosophical Review* , 64 (1955), 3. Un refrescante recordatorio reciente de este triunfo es *Ideal Code, Real World, de Brad Hooker* (Oxford: Clarendon Press, 2000).

(34) A algunas personas les gusta seguir a WD Ross, *The Right and the Good* (Oxford: Clarendon Press, 1930) en la implementación de la página 22 de 24.

Razones

La etiqueta de "incorrecto prima facie" se aplica a acciones que son incorrectas en este último sentido. De manera similar, pueden hablar de deberes prima facie, razones prima facie, etc. Este uso es engañoso. Las razones prima facie son solo razones, los deberes prima facie son solo deberes y, en consecuencia, los errores prima facie son solo errores. Para una crítica mordaz de la expresión de Ross, véase John Searle, "Prima Facie Obligations", en Joseph Raz (ed.), *Practical Reasoning* (Oxford: Oxford University Press, 1978).

(35) El prolongado coqueteo de Bernard Williams con la idea de que las razones son «internas» en lugar de «externas», que lo alejó de la posición que adoptamos en las secciones 1 a 3 anteriores, se debió principalmente a la idea de que la posición que adoptamos no deja lugar al arrepentimiento. Esperamos haber demostrado lo contrario. Véase Williams, «Ethical Consistency», en Williams, *Problems of the Self* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973).

(36) Las mismas fuerzas crean la presión racional para las emociones retrospectivas, como la culpa, la vergüenza y el arrepentimiento. La importancia moral de estas emociones demuestra la importancia del punto planteado sobre el valor expresivo (y también instrumental) de la emoción en la nota 31 anterior.

(37) Véase Raz, 'Permiso y supererogación', *American Philosophical Quarterly* , 12 (1975), 161.

(38) Para una poderosa expresión y crítica de esta ansiedad, véase Samuel Scheffler, *Human Morality* (Nueva York: Oxford University Press, 1992).

(39) Razón técnica: Uno tiene razones para hacer lo que sea suficiente para contribuir a la satisfacción de cualquier otra razón, sea o no necesaria. Sin embargo, uno no tiene necesariamente el deber de hacer lo que sea suficiente para contribuir al cumplimiento de cualquier otra obligación. Sobre estos aspectos de la lógica del razonamiento práctico, véase Anthony Kenny, *Will, Freedom and Power* (Oxford: Blackwel, 1975), cap. 5. A lo largo de este trabajo hemos apoyado en líneas generales las conclusiones de Kenny.

(40) Raz, *La moralidad de la libertad* , n. 24 supra, pág. 322.

(41) Este punto (en el que se basa Raz) se debe a John Mackie, 'La tercera teoría del derecho', *Filosofía y Derecho Público. Asuntos, 7* (1978), 1, pág. 9.

(42) por ejemplo, Derek Parfit, *Reasons and Persons* , n. 4 supra, 430–2; James Griffin, *Well-Being* (Oxford: Clarendon Press, 1986) 80–1.

(43) Para otra posible explicación de lo que algunos escritores pueden querer decir con igualdad aproximada, véase Macklem, 'Choice and Value', n. 29 supra, donde también se explora más a fondo la posición esbozada en el texto.

(44) Decimos "puede ser" porque no estamos de acuerdo entre nosotros en este punto.

(45) Gran parte de los trabajos de jurisprudencia que afirman o niegan la existencia de "respuestas correctas en casos difíciles" se han basado en el supuesto de que los jueces tienen esa razón, o incluso ese deber. Ocasionalmente, la expectativa pública puede generar esa razón, pero en general, en nuestra opinión, los jueces no tienen nada que temer por el hecho de que no hayan refutado las razones en contra de su decisión, siempre que hayan dado razones infalibles para su decisión.

(46) Sospechamos que estos son los casos que Williams quiere etiquetar como "trágicos" en "Conflictos de valores", en Williams, *Moral Luck* , n. 30 supra, pág. 74, aunque sus observaciones están abiertas a más de una interpretación.

(47) Algunos sostienen que la mera presencia de tales cicatrices, si son racionales, debe reflejar la presencia de alguna inconmensurabilidad. Para una excelente discusión que resalta tanto el elemento de verdad como el elemento de falsedad de esta perspectiva, véase Jonathan Dancy, *Moral Reasons* (Oxford: Blackwel, 1993) 120ff.

(48) John Rawls, 'El constructivismo kantiano en la teoría moral', en *Journal of Philosophy* , 77 (1980), 515; Scanlon, *¿Qué Nos debemos unos a otros* , nota 13 arriba, 22–33.

Juan Gardner

John Gardner, profesor de Jurisprudencia en la Universidad de Oxford.

Timoteo Macklem

Timothy Macklem es profesor de Derecho en el King's College de Londres.





Derechos

Manuales de Oxford en línea

Derechos

FM Kam

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0012

2012

Resumen y palabras clave

En este artículo se examinan ciertos aspectos conceptuales de los derechos, tanto morales como jurídicos, para luego abordar cuestiones más sustantivas sobre los fundamentos de los derechos, el conflicto entre los derechos y la promoción de bienes, y los conflictos entre derechos. Algunas teorías de los derechos se centran en las características del titular de los derechos que dan lugar al conjunto específico de derechos.

Otras teorías de los derechos se centran en un poder (ya sea de elección o de reclamación) que se dice que tiene el titular del derecho además de ser sujeto de un deber dirigido. Ofrece una explicación de por qué algunos derechos nunca deben transgredirse. Este artículo analiza cómo un derecho y su rigurosidad pueden no ser una función del interés que protege.

Se ofrece un análisis detallado de los conflictos de derechos, que pueden darse entre derechos que involucran los mismos intereses o que involucran intereses diferentes.

Palabras clave: derecho, moral, legal, titular del derecho, conflictos, intereses

Los derechos suelen considerarse como derechos a algo o, alternativamente, como opciones protegidas para actuar. Cuando digo "derecho", no me refiero a que alguien realice (o incluso tenga permitido) el acto de reclamar, sino solo a que alguien tiene derecho a algo. El hecho de que alguien

tenga un derecho puede proporcionar una razón única para que el titular del derecho o los demás actúen. Por ejemplo, el hecho de que alguien tenga derecho a algo puede ser una razón para que se le conceda ese derecho independientemente de otras razones, como que produciría un bien o satisfaría una preferencia. Además, esta razón parece funcionar como una razón excluyente o silenciadora. Es decir, excluye que consideremos otros factores que normalmente serían razones. Por ejemplo, si alguien tiene derecho a algo, el hecho de que alguien más obtenga algún placer al tenerlo es irrelevante, no solo se ve superado. Los derechos silencian muchas otras razones prima facie por lo que están cerca de poner fin a una discusión sobre qué hacer. Sin embargo, si no todas las consideraciones son silenciadas por los derechos, no tienen por qué ser fundamentales.

1 Además, un derecho es una razón distintiva que tiene correlación

Con ello (o incluso da lugar a) un deber en alguien. (Por el contrario, si alguien sufrirá si no lo ayudo, esa es una razón distintiva para ayudarlo, pero puede que no dé lugar a un deber). Es importante destacar que este deber se debe *al* titular del derecho en particular. No todos los deberes que tenemos se deben a personas particulares. Las personas individuales que son agentes conscientes son portadores típicos de derechos. Sin embargo, los bebés no son agentes y, sin embargo, se piensa comúnmente que tienen derechos.

Es posible que los grupos que no son agentes también tengan derechos.2 Se dice que los derechos morales existen independientemente **(p. 477)** de cualquier sistema legal; se demuestra que existen mediante argumentos morales. Una cierta clase de estos, los derechos humanos, nos dicen lo que se le debe a las personas humanas sólo en virtud de su condición de tales. Los derechos legales dependen del sistema legal, pero pueden, de alguna manera, estar relacionados con los derechos morales. En este artículo, primero consideraré ciertos aspectos conceptuales de los derechos (tanto morales como legales) y luego pasaré a cuestiones más sustanciales sobre el

fundamento de los derechos, el conflicto entre los derechos y la promoción de bienes, y el conflicto entre derechos.

1 Conceptos básicos

El esquema conceptual de derechos más famoso se debe a Hohfeld.3 Su tipología incluye cuatro tipos de derechos.

Derechos

En primer lugar, se trata de un derecho de reclamación que tiene la persona *A* contra otra persona *B*. Es (según la opinión de Hohfeld) equivalente a (es decir, existe si y solo si) *B* tiene un deber hacia *A* con respecto al contenido de la reclamación, por ejemplo, que esté fuera de la propiedad de *A*. El derecho de reclamación puede ser negativo (a la no interferencia) o positivo (a alguna contribución). El derecho es direccional, es decir, dirigido hacia alguien (posiblemente muchas personas), e implica que este último tiene un deber correlativo y direccional hacia el titular del derecho. Por lo tanto, si *B* le debe algo a *A* y *B* incumple su deber, no solo puede actuar incorrectamente, sino que puede *perjudicar a A.* Nadie más puede tener ningún deber hacia *A* , por ejemplo, de asegurarse de que *B* cumpla con su deber hacia *A* , o incluso de no interferir con lo que *A* tiene de *B*. En virtud de esto, un derecho de reclamación que tiene *A no* necesita involucrar lo que se conoce como una restricción (o restricción) a la interferencia de (cualquier) otro con aquello a lo que *A* tiene un derecho.

Como señala Joel Feinberg,4 en un mundo sin derechos de las personas, aún podría haber deberes; no todos los deberes de hacer algo por *A* son deberes (debidos) a *A* correlativos a los derechos que tiene *A.* (En cambio, podría tener un deber correlativo al derecho de Dios de que haga algo por *A.*) Si no cumplo con este deber, puedo haber hecho algo mal. Incluso puedo haber tratado incorrectamente *a A* a la luz de sus propiedades, afectándolo gravemente. Pero podría hacer todo esto sin perjudicar *a A* (incluso si él es el objeto del deber), porque no es a él a quien debo el cumplimiento del deber. El derecho en *A* agrega la idea de **(p. 478)** deberle algo a *A*

(aunque puede agregar más que esto); *A* tiene la deuda de *B* de alguna manera.

5 Esto, diré, hace que *A* sea también el sujeto del deber.

Como destaca Judith Thomson,6 es posible que *B* no deba cumplir con su deber *x* hacia *A* (correlativo al derecho de *A* *), en virtud, por ejemplo, de que tiene deberes más importantes hacia otros.7 Además, la verdad de esto no tiene por qué ser una razón para creer que B* no tiene ningún deber *x* hacia *A* en las circunstancias, y que *A* no tiene ningún derecho correlativo. Es decir, no tenemos por qué pensar en el «derecho a *x* de *B » de A* como un «derecho a *x* de *B» especificado* , excepto cuando *m, n, o* , ... En cambio, el derecho general de A a *x puede* no ser *absoluto* y, por lo tanto, infringible, pero es porque todavía tiene este derecho en las circunstancias *m, n, o* que se le puede deber una compensación si el derecho es infringido. Por lo tanto, no es que uno tenga un derecho sólo si alguien debe concederlo.8

Thomson sostiene que si podemos infringir el derecho de alguien, no le hemos causado daño. Sólo al violar un derecho (es decir, al no concederlo cuando deberíamos hacerlo) hemos causado daño a alguien. Pero ¿no es posible causar daño a alguien en el curso de hacer lo que deberíamos hacer? Por ejemplo, supongamos que *A* tiene derecho a que no le mienta, pero debo hacerlo para salvar la vida de *B.* Me parece que he causado daño *a A* , aunque infrinjo y no violo su derecho. Esto sugiere que puede ser posible causar daño a alguien de manera permisible.

En parte, en virtud de su infracbilidad, sugiere Thomson, es conceptualmente parte de la idea de un derecho que éste implique deberes subsidiarios además del deber estrictamente correlativo a él: si uno no cumple con el deber correlativo, tiene el deber de solicitar la liberación del titular del derecho o de proporcionarle una compensación. Sin embargo, estas tres alternativas no son igualmente buenas, ya que el cumplimiento del deber estrictamente correlativo tiene un lugar de honor.9 También es posible (dado, por ejemplo, que entre en conflicto con otros derechos o deberes superiores) que uno

tampoco deba cumplir con ninguno de los deberes subsidiarios. En suma, no hay una conexión conceptual necesaria entre la existencia de un derecho y que sea cierto que, en definitiva, se debe hacer algo con respecto al titular del derecho.

(p. 479) Los derechos pueden no ser absolutos y, aun así, ser considerados como triunfos sobre la utilidad, si son anulados por factores distintos de la utilidad.10 Pero dudo que todos los derechos —y no sólo los derechos humanos más importantes— no sean a veces anulables por consideraciones de utilidad. E incluso los derechos humanos más importantes pueden tener umbrales de utilidad que sean extremadamente altos. Si es así, muchos derechos no serán triunfos sobre la utilidad además de no ser absolutos por otras razones.

La segunda clase de derechos de Hohfeld son los privilegios. *A* tiene un privilegio en relación con *B* con respecto a *x* , si no tiene ningún deber hacia *B* con respecto a *x* . Por lo tanto, está en libertad en relación con *B* con respecto a *x* ; esto se entiende habitualmente como una opción bilateral, una elección de hacer o no hacer algo con respecto a *x* . (Si bien Hohfeld no habló de "libertad de hacer", es común extender la noción de una opción bilateral para que se aplique a las acciones *per se* .) Pero la libertad de *A* no implica un deber por parte de nadie de no interferir con sus acciones con respecto a *x* . (Las libertades pueden ser la concepción hobbesiana de los derechos). Una libertad de hacer, en el sentido de que implica una elección bilateral y algún derecho a la no interferencia con cualquiera de las dos elecciones, sería lo que Thomson llama un "derecho en conjunto". Hart señala1

1 que el

Las reivindicaciones que suelen asociarse a las libertades de hacer no implican deberes estrictamente correlacionados con el objeto de la libertad. Puedo tener la libertad de mirarte, pero tú no tienes el deber de dejarme mirarte si te es permitido poner una pantalla frente a ti. El deber que tienes en relación con mi libertad es un deber que también puedes tener aparte de mi libertad, por

ejemplo, no sacarme los ojos (como una forma de interferir con mi libertad de mirarte).

Derechos

¿Es la idea de un derecho de libertad también la idea detrás de lo que los filósofos morales llaman "prerrogativas"? (Por ejemplo, Samuel Scheffler12 habla de tener una prerrogativa de no promover el bien que , sin embargo, *no* va acompañada de una restricción a nadie de obligar a uno a promover el bien). No exactamente, porque observe que tal prerrogativa implica que es moralmente permisible (es decir, no es moralmente incorrecto) no promover el bien. Por el contrario, la idea de tener un derecho de libertad (o un derecho de reclamación) no es tan fuerte, ya que puede haber derechos morales o legales para hacer lo que es moralmente incorrecto. Es decir, si bien no tengo el deber hacia usted de hacer algo, aún sería incorrecto por mi parte no hacerlo.

Por último, en el esquema de Hohfeld, existen los derechos que son poderes para alterar los derechos propios y de los demás, y los derechos que son inmunidades frente a los poderes de los demás para alterar los propios derechos. Por lo tanto, estos son metaderechos.

(p. 480) 2 Teorías de los derechos y deberes correlacionados

¿Son los derechos anteriores en algún sentido a sus deberes correlativos, de modo que sean la base de los deberes? La opinión de Hohfeld es que un derecho de reclamación es equivalente a un deber dirigido. Esta relación de "si y sólo si" sigue siendo compatible con los derechos que dan lugar a deberes. En la opinión de Thomson, un derecho de reclamación *es simplemente* un deber dirigido, y esto implica la negación de una relación de prioridad.

Supongamos que cualquiera de estas dos opiniones fuera cierta. Entonces, si uno tuviera deberes para consigo mismo, tendría derechos contra sí mismo.

Pero esto es inverosímil. ¿Acaso el hecho de que los deberes hacia uno mismo sean al menos posibles pero los derechos hacia uno mismo no lo sean, no es un argumento en contra de equiparar los deberes que se deben a *A* con los derechos de *A* ? (Una forma posible de responder a este desafío es analizar los deberes *hacia* uno mismo como deberes reales que *son respuestas adecuadas a* las características que uno tiene, por ejemplo, la humanidad racional. Sólo en ese sentido son "debidos" a uno mismo. Por el contrario, mi deber hacia otra persona es un deber hacia *ella* (no meramente un deber en respuesta a sus características, incluso si es en virtud de ellas que le debo algo). Por lo tanto, él puede tener la deuda conmigo de una manera en que yo no puedo tener una deuda hacia mí mismo cuando tengo un deber hacia mí mismo.) Incluso si los deberes hacia uno mismo sin derechos se dirigieran a la persona de la manera correcta, no mostrarían que los derechos son anteriores a los deberes dirigidos y dan lugar a ellos.

Tal vez el siguiente experimento mental ayude a resolver este problema. Imaginemos un mundo de una sola persona en el que *A* estuviera presente. Creo que tendría sentido decir que *A* tenía derechos, en el sentido de que las características que posee hacen que, si existiera otra persona, *B* , *B* tendría el deber hacia *A* de no tratarla de determinadas maneras. Aunque conceptualizamos el derecho como si implicara un deber potencial dirigido, su origen en las características de *A* nos lleva a pensar en el derecho de *A* como anterior.

Además, en un mundo unipersonal con *A* como titular de derechos, no tendría sentido decir que alguien *realmente* tiene deberes hacia *A.* Supongamos que los deberes debidos hacia *C* no se basaran en características de *C* sino más bien en características del titular de deberes D. Por ejemplo, supongamos que *D* es un criminal y su castigo es obedecer al siguiente perfecto desconocido que aparezca (no su víctima). Por lo tanto, si *C* fuera la siguiente persona en existir, tendría un derecho contra *D* que se deriva de las características de *D* que le dan un deber dirigido. 13 En este caso, creo que tiene sentido pensar en el deber dirigido que da lugar al derecho, porque son las

propiedades del titular de deberes las que dan lugar al par deber/derecho. En el mundo sin *C* , ¿ tiene *D* un deber? No lo creo. Por lo tanto, hay un sentido en el que los derechos pueden existir sin que nadie tenga realmente los deberes dirigidos a los que dan lugar, y aunque los deberes dirigidos pueden dar lugar a derechos, no existirán si un titular de derechos real no los tiene. 14

(p. 481) Si se piensa que los derechos implican (al menos potencialmente, incluso si no son reducibles a) deberes debidos a alguien, entonces existe una referencia esencial a alguien distinto del agente del deber en el deber. Esta otra persona es el titular del derecho. Algunas teorías de los derechos se centran en alguna característica del titular del derecho (por ejemplo, sus intereses) que da lugar al conjunto específico de derechos/deberes. Otras teorías de los derechos se centran en un poder (ya sea de elección o de hacer reclamaciones) que se dice que tiene el titular del derecho además de ser el sujeto de un deber dirigido. Consideremos brevemente algunas de estas teorías.

2.1 Teorías del beneficiario y de la elección

Según Bentham, tener un derecho es ser el *beneficiario previsto* de un deber.1

5 Hart planteó famosamente el tercer...

Los casos de beneficiarios de las partes se pueden utilizar como objeción a esta perspectiva. Por ejemplo, puedo tener el derecho a que usted cuide de mi madre. Mi madre es la beneficiaria prevista, pero yo tengo el derecho contra usted, y usted me debe el deber (cuyo objeto es mi madre). (Yo soy el sujeto.)16 La señal de que tengo el derecho, dice Hart, es que mi elección es una base válida para determinar si usted debe brindar la ayuda a mi madre; por ejemplo, puedo renunciar al derecho y liberarlo a usted del deber. La señal de que tengo el derecho no es que yo me beneficiaré si se lleva a cabo.

Aquí radica el origen de la teoría de la elección de los derechos de Hart.

Vale la pena señalar varias cosas sobre el caso del tercero beneficiario. (1) Podemos estar de acuerdo en que la madre puede *establecer La condición* para recibir ayuda. Es decir, si ella no desea recibir ayuda, la persona que me debe ayudarla no puede hacerlo. Esto, sin embargo, es coherente con que ella no tenga el derecho; no es lo mismo que ella renuncie o cancele el derecho. Por lo tanto, el hecho de que ella establezca la condición para la ayuda no es suficiente para demostrar que mi madre, no yo, tiene el derecho a que ella sea atendida. Sin embargo, cuando Hart analiza los derechos de asistencia social,17 ubica un derecho en el receptor de la asistencia social simplemente porque el receptor establece las condiciones para la recepción de la asistencia social, es decir, debe solicitar que se ejerza el derecho, aunque no pueda cancelar el derecho. Pero si el poder para establecer las condiciones fuera prueba suficiente de tener un derecho, mi madre también lo tendría, en el caso de la tercera parte. Parece que en el caso de los derechos de asistencia social, quienes no reclaman la asistencia social no simplemente establecen condiciones para que otros concedan el derecho. Renuncian a su derecho. Pero no lo enajenan por ello, si deciden ejercerlo en otra ocasión. (2) Una prueba importante de que no es mi madre la que tiene el derecho es que si decido liberar al agente de su deber, mi madre no tiene poder para impedir que lo liberen. Sin embargo, ¿qué sucedería si mi madre solo obtuviera un derecho derivado contingente a mi derecho? Mi renuncia me daría el poder de revocar su derecho **(p. 482)** y, por lo tanto, sería el derecho dominante. Sin embargo, no sería el único derecho. Pero si ella tuviera ese derecho, ¿por qué no puede renunciar a él por sí sola (como puedo hacerlo yo) en lugar de limitarse a establecer condiciones para que se ejerza? (3) Podría decirse que yo también soy un beneficiario intencional —no solo un beneficiario no intencional— del derecho. Esto se debe a que mi *interés* (en el sentido de lo que me conviene) en poder hacer contratos para obtener lo que quiero está en cuestión. (Este interés puede estar en juego y ser satisfecho, incluso si esto significa que otros intereses míos se ven perjudicados.) Sin embargo, dado que también se apunta a los intereses de mi madre, ¿cómo puede una teoría del beneficiario previsto

decidir si yo o mi madre somos los titulares de los derechos? Por lo menos, ser un beneficiario previsto no es suficiente para decir quién tiene un derecho, a menos que ambos tengamos derechos.

Pero si ambos tenemos derechos, deberíamos considerar nuevamente por qué mi renuncia por sí sola (y sólo mi renuncia) es suficiente para liberar al agente de su deber. (4) Si yo también soy un beneficiario previsto, esto podría usarse para ayudar a demostrar que es mi derecho, no el de mi madre. Supongamos que mi deseo por el bienestar de mi madre es débil, no lo deseo mucho. Entonces es sólo débilmente en mi interés que se cumpla un contrato que respalda un deseo débil. Supongamos, por el contrario, que el interés de mi madre en su bienestar es fuerte porque su vida está en juego para obtener la ayuda. Supongamos que el derecho a que ella reciba ayuda entra en conflicto con un derecho bastante fuerte, no relacionado o con un bien bastante significativo. Intuitivamente, creo, dados los hechos del caso, el derecho podría ser fácilmente anulado. Es probable que esto sea cierto sólo si la rigurosidad del derecho refleja mis débiles intereses en lugar de su fuerte interés. (Pero supongamos que el interés que se refleja en la rigurosidad del derecho no siempre indica de quién es el derecho, de modo que yo podría tener un derecho fuerte debido a los fuertes intereses de otra persona. ¿Podría ser que mi débil interés le dé a mi madre un derecho débil cuando su interés es fuerte?) De manera más general, la teoría de la elección de Hart plantea varias preguntas. (*a*) Él cree que los derechos inalienables presentan un problema para su teoría y tendrán que ser tratados como inmunidades frente al poder de otros para cambiar el estatus de uno, no como elecciones protegidas del titular del derecho para renunciar o exigir el cumplimiento de su derecho. Pero es posible *renunciar* incluso a un derecho inalienable. 18 Por ejemplo, puedo renunciar, en una ocasión dada, a mi derecho a hablar incluso si no puedo enajenar mi derecho a hablar. Así que tal vez los derechos inalienables no sean un problema real para Hart, aunque los no renunciables podrían serlo. (*b*) Un tercero, no yo, puede tener el poder de liberar a alguien de su deber hacia mí. Pero eso no demuestra que el deber no se me deba *a mí* , sino más bien se le deba al tercero que puede liberarlo.19 (*c*) Tal vez sea el poder de "reclamar" en el sentido de

"insistir en" el derecho, en lugar del poder de renunciar a él, lo que es crucial. Joel Feinberg enfatiza esa actividad de reclamar.20 Pero reclamar (como renunciar) es un acto separado; es posible que yo tenga un derecho y, correlativamente, alguien me deba algo, y sin embargo no tengo derecho a insistir en obtenerlo.

(p. 483) 2.2 Teoría del interés y teoría del estatus como persona

1. Joseph Raz propone una teoría de los derechos basada en el interés. En una de sus explicaciones, afirma que una entidad tiene un derecho si y sólo si algún interés (es decir, un aspecto del bienestar) de la entidad (que es capaz de ser titular de un derecho) es suficiente para fundamentar un deber.2

1 (Raz sostiene que un derecho basado en un aspecto del bienestar de alguien no necesita contribuir a su bienestar general. También, dice, es posible que el interés que da lugar al derecho no esté representado en aquello a lo que alguien específicamente tiene derecho. Así, por ejemplo, puedo tener derecho a mi camisa porque me interesa tener una propiedad personal, incluso si mi interés en tener mi camisa específicamente no es lo suficientemente fuerte como para generar un derecho a ella. El derecho a la camisa es entonces un derecho derivado de un derecho más general a la propiedad.) Raz también ofrece una segunda explicación ligeramente diferente de los derechos: hay un derecho si y sólo si algún interés (es decir, aspecto del bienestar)

ser) de alguna entidad capaz de ser titular de derechos es suficiente para fundamentar un deber *de cuidar y promover el interés de manera significativa* .22

La primera y la segunda explicación tienen implicaciones diferentes. Por ejemplo, supongamos que veo que usted tiene un nivel muy alto de bienestar. Eso puede ser suficiente para que yo tenga el deber de velar por que su

bienestar no mejore más (por razones de igualdad con los demás o porque usted no merece tanto bienestar). Según la primera explicación de los derechos (pero no la segunda), usted tendría derecho a que yo cumpla con ese deber, pero eso no parece ser cierto. La primera explicación difiere de la de Bentham en que Bentham exige que el titular del derecho sea un "beneficiario". Sólo la segunda explicación de Raz incorpora este elemento.

El segundo relato, sin embargo, implica que si usted está muy enfermo, y esto es suficiente para darme el deber de ayudarlo de alguna manera significativa, usted tiene el derecho a que lo ayude. Pero, algunos podrían sugerir que tengo el deber de ayudarlo —moralmente debo ayudarlo— sin que usted tenga el derecho a que lo haga. Entonces habría un deber basado únicamente en su interés, y sin embargo usted no tendría ningún derecho. Por ejemplo, si tengo el deber de ayudarlo orando por su recuperación, es posible que usted aún no tenga el derecho a que me relacione con Dios de esta manera particular. De hecho, podemos estar de acuerdo en que *yo Tengo el deber* de salvar a alguien de ahogarse y esto es simplemente porque sería de gran interés para ella ser salvada. Pero decir que tiene derecho a ser salvada dice más que esto: implica que tengo *un deber hacia ella* (como sujeto).

En ausencia de un derecho correlativo, la persona que se ahoga pierde porque yo no cumplí con mi deber, pero no tiene más (o menos) motivos para quejarse **(p. 484)** de mi falta de respuesta que cualquier otra persona. Podríamos decir que un derecho daría a alguien en particular un derecho moral a la ayuda que se le presta. El hecho de que alguien tenga un deber que se deriva del interés de otro no le da a nadie en particular un derecho moral a cumplir con el deber.

Creo que estos problemas surgen porque en ambas explicaciones de los derechos que ofrece Raz el deber no se describe como un deber dirigido que se debe a la persona que tiene el derecho (incluso la segunda explicación no dice que le debamos promover el interés de alguien *)* . Cuando Raz (y también Feinberg) afirman que un derecho es más que un deber correlativo, ninguno, a diferencia de Hohfeld y Thomson, tiene en mente un deber *dirigido* , uno

que se debe a alguien (de hecho, cuando Feinberg contrasta un derecho con un deber, contrasta un deber que *se* debe a alguien con otros deberes. 23 Por lo tanto, su defensa de la opinión de que los derechos son anteriores a los deberes correlativos es débil). Raz puede ofrecer razones adicionales para pensar que un derecho es más que incluso un deber dirigido basado en un interés en el titular del derecho. Señala lo que cree que es el carácter dinámico de los derechos, es decir, pueden dar lugar a nuevos deberes que ahora no existen aunque sepamos que el derecho existe. Por ejemplo, si alguien tiene derecho a la educación, esto puede dar lugar, piensa, a muchos deberes (no sólo a uno) correlativos a él; cuáles de ellos da lugar pueden variar con el tiempo y el lugar. Los derechos pueden ser dinámicos de esta manera cuando el objeto del derecho es más general que los deberes específicos que genera. (Esto está relacionado con el punto de Raz de que no todas las formas en que se puede promover el interés dan lugar a deberes.) Pero nótese que cuando el derecho general da lugar a estos deberes, parece que dará lugar simultáneamente a derechos subsidiarios que *son* estrictamente correlativos a (y, por todo lo que implica el carácter dinámico de los derechos, pueden no ser más que) los deberes dirigidos.

2. He sugerido que puede haber deberes que tu interés es suficiente para generar en mí sin que por ello tengas un derecho. También es posible, creo, que haya derechos en alguien cuando no hay un interés (aspecto de bienestar) de él suficiente para generar un deber (ni siquiera de manera derivada). Si simplemente te doy el derecho a una parte de mi dinero, tu interés en tener el dinero no jugó ningún papel, y mucho menos un papel suficiente, en que ahora tenga el deber de darte mi dinero. (Esto deja abierta la posibilidad de que pueda ser de mi interés tener el poder de dotarte de un derecho, pero no es un interés tuyo al que sirva el derecho que te doy, ni siquiera indirectamente, de la manera en que un derecho a tu camisa sirve a tu interés en la propiedad personal en general). Esto es coherente con que sea de tu interés tener un derecho (aunque el interés en tener un derecho tampoco jugó ningún papel en generar tu derecho). Es incluso coherente con la posibilidad de que no pudieras tener ningún derecho que no fuera de algún modo de tu interés. Sin embargo, en

realidad no creo que sea cierto que no puedas tener ningún derecho que no sea en tu propio interés de alguna manera. Yo podría otorgarte un derecho a hacer algo (un privilegio relativo a mí más un derecho contra mí a no interferir), aunque no te sirva a ningún interés tenerlo. Por ejemplo, te doy un derecho intransferible a detonar un arma nuclear **(p. 485)** cuando estás enojado. He aquí otros ejemplos de derechos que no surgen del interés del titular del derecho (aunque, como efecto secundario, sirvan a sus intereses): un padre puede tener derecho a la obediencia de su hijo, un sacerdote puede tener derecho al respeto de sus seguidores.

El propio Raz dice que la rigurosidad de un derecho puede superar la importancia del interés que protege más directamente. En algunos casos, cree que esto se debe a que los intereses que dan lugar a un derecho o que determinan la rigurosidad del derecho no son necesariamente los intereses de la persona a la que el derecho protege específicamente. Dice:24 "La principal razón del desajuste entre la importancia del derecho y su contribución al interés que protege es que la rigurosidad de un derecho puede ser mayor que la importancia del interés que protege más directamente".

Derechos

El bienestar del titular de los derechos es el hecho de que parte de la razón que justifica el derecho es su contribución al bien común. Un ejemplo es la importancia del derecho de un periodista a la expresión, que es en gran medida, piensa, una función de los intereses de su audiencia.

No está claro que su explicación de la importancia de un derecho que supera al interés que protege directamente en el caso del periodista sea coherente con sus dos explicaciones de la relación entre derechos e intereses. Dicen que existe un derecho cuando un interés del titular del derecho es *suficiente* para dar lugar a un deber. Pero si la satisfacción de los intereses de otros es la razón por la que el periodista obtiene un derecho a que se proteja su interés, su interés *no es suficiente* para dar lugar al deber de no interferir en su discurso. Es posible que el interés del periodista por escribir sea suficiente para dar lugar a un

derecho débil, pero la gran rigurosidad del derecho no es una función del interés que le da origen.

Pero Raz habla de los intereses de los demás (en un caso como el del periodista) como "parte de la razón justificante" del derecho (no sólo de su rigor). Un partidario de Raz podría argumentar, en cambio, que un interés en la persona a quien corresponde el derecho da origen al derecho y que algún otro factor explica el rigor del derecho.2

5 No exploraré esta posibilidad porque

Me preocupa argumentar que los derechos y su rigor podrían reflejar algo más que intereses.

En el caso de muchos derechos legales, el derecho de alguien puede surgir únicamente porque sirve a los intereses de otros en lugar de a los suyos propios. Por ejemplo, es teóricamente posible que un policía tenga derecho a usar un arma en defensa de todos excepto de sí mismo. Un ser inteligente puede tener el derecho (legal y moral) de proteger a los animales simplemente por preocupación por los intereses de los animales y no por los suyos propios.

¿Podrían justificarse algunos derechos con total independencia de que sirvan a los intereses de algún ser, y mucho menos a los intereses del titular de los derechos? El ejemplo del sacerdote que tiene derecho a ser respetado podría ser uno de ellos. Las personas podrían tener derecho a ser tratadas como iguales —un derecho comparativo esencial— sin que nuestro deber hacia ellas se base en sus intereses.

Más bien, yo diría que este derecho se basa en su naturaleza como personas, no necesariamente relacionada con ningún aspecto de su bienestar. Incluso si resulta que tener esta naturaleza es de su interés, el derecho deriva de su naturaleza, no de su interés en tenerla **(p. 486)** . El derecho de una persona a ser tratada como un igual puede incluso llevar a una nivelación hacia abajo (es decir, quitarle a algunos sin darle a otros) en contra del bienestar de alguien. Si hubiera un "interés dignatario"

independiente en ser tratado como un igual (es decir, porque promueve algún aspecto del bienestar psicológico), no es porque este trato sirva a ese interés que una persona tenga derecho a él. Puede ser simplemente adecuado tratar a una persona de la misma manera que a cualquier otra. Como otro ejemplo, el derecho a castigar, en una teoría retributiva, se justifica independientemente de la preocupación por el interés de alguien: puede ser una carga castigar a otros, es una carga para ellos ser castigados, y puede no esperarse que sea bueno para la sociedad. Sin embargo, podemos tener derecho a asegurarnos de que alguien reciba lo que merece, como una forma de tomar en serio la acción humana.26

Por último, en este sentido, consideremos otro ejemplo que da Raz que involucra el derecho de un ciudadano común a la libertad de expresión. Afirma que es más importante que su interés en hablar libremente que el que éste le proteja. Su explicación de esto es que ella (no otra) tiene un fuerte interés en beneficiarse de la libertad de expresión de otros. De hecho, Raz afirma que sus propios intereses estarían mejor servidos viviendo en una sociedad donde otros tienen derecho a la libertad de expresión y él carece de él que en una sociedad donde él tiene el derecho y otros carecen de él. En este caso, no es como productor de discurso sino como beneficiario de él que los intereses de uno son más importantes. Una implicación de esta visión es que una persona dada tiene el fuerte derecho a hablar sólo porque no sería posible negárselo sin negárselo también a los demás.

La teoría del interés exige la asignación inseparable de un derecho fuerte a la libertad de expresión para explicar su fuerza en una persona determinada, pues si fueran separables, el derecho realmente fuerte sería el derecho a que los demás sean libres de hablar.27

Por el contrario, si no nos aferramos a una teoría de los derechos basada en los intereses, podemos reconocer que el interés de cualquier persona en hablar libremente no es grande y, sin embargo, seguir argumentando que tiene un fuerte derecho a la libertad de expresión, incluso cuando su fuerza sea independiente de cualquier otro interés suyo o de cualquier otra persona al que sirva (directa o

indirectamente). El derecho a hablar puede ser simplemente la única forma apropiada de tratar a las personas con mente propia y capacidad para usar medios para expresarla. Incluso si sus intereses se vieran perjudicados sólo ligeramente al interferir con su libertad de expresión, la permisibilidad de hacerlo (es decir, la ausencia de un derecho a que no se haga) implicaría que son seres de una clase muy diferente. 28 No darles la opción de hablar es una falta de respeto a las personas. Alguien puede renunciar (o quizás incluso enajenar) el derecho para promover sus intereses mayores. Pero decir que cualquier persona dada no tiene derecho al fuerte derecho a la libertad de expresión es decir implícitamente que ninguna persona tiene ese derecho de manera no instrumental. Es decir, es una manera de decir que ciertas características cruciales de la naturaleza humana no son suficientes para generar lo correcto en nadie, y esto parece ser un error. **(p. 487)** En la explicación alternativa que estoy ofreciendo de la página 6 de 26

Derechos

En cuanto a por qué la importancia de un derecho puede superar cualquier interés que proteja, podríamos decir que algunos derechos son una respuesta al bien (valor, importancia, dignidad) de la persona y/o su soberanía sobre sí misma, más que una respuesta a lo que es bueno *para* la persona (lo que está en sus intereses).29 Si es en el interés de una persona ser un ser de tal importancia, el derecho sigue sin ser una respuesta a su interés en ser importante, sino simplemente a su importancia. (El interés se protege como un efecto secundario, no como el objetivo, del derecho.) La fuerza del derecho no es una señal de la fuerza del interés que protege, sino una señal del hecho de que el derecho es una respuesta a una característica de las personas que las hace importantes. Por lo tanto, es una respuesta a una característica que puede ser en sí misma una presuposición necesaria de la importancia de proteger sus intereses.30

(p. 488) 3 Derechos y conflictos

Ni siquiera la teoría del interés implica que un derecho que protege un interés promueva intereses generales en la vida

de una persona o en general entre personas. Por lo tanto, puede haber conflictos entre respetar derechos y maximizar los intereses satisfechos. (Me referiré por el momento a maximizar los intereses satisfechos como la producción del bien mayor). Esto no debería sorprender, ya que decir que alguien tiene derecho a algo es ordinariamente una forma de excluir el cálculo de bienes y males generales al decidir cómo tratarlo. (Por lo tanto, se hace referencia al derecho como un tipo de "razón excluyente"). Supongamos que el equilibrio del bien sobre el mal recomienda que A obtenga x . En un sistema consecuencialista de actos que maximiza el bien producido, esto significará que alguien tiene el deber de proporcionar a A x . Si el equilibrio del bien se desplaza incluso un poco en otra dirección, A no debería tener x . La idea de que A tenía derecho a su vida en este sistema sería redundante para “es más beneficioso para A tener su vida” o “es justo que A tenga su vida”. Pero la idea de un derecho está pensada para contrastar con tales ideas.3

1 Desde la perspectiva consecuencialista del acto, si

Si un individuo pudiera salvar dos vidas quitándole la vida a otra persona, no tendría derecho a su vida. El hecho de que su derecho aparezca y desaparezca de esta manera hace que la idea de una soberanía especial sobre su vida (la noción usual de un derecho a la vida) sea errónea. Excepto por el hecho de que sus intereses tienen el mismo peso que los demás en el cálculo de lo que es el bien general, se lo trata como un recurso para promover el bien.32 Sin embargo, una noción de un derecho que no sea redundante de esta manera podría ser dada por un sistema consecuencialista de reglas: el bien general, otorgando derechos y no equilibrando bienes y males en cada ocasión maximizará el bien producido. Esta es una teoría de los derechos como instrumentos para promover la máxima satisfacción de intereses.

Los no consecuencialistas, por el contrario, tratan de justificar un sistema de derechos que no tiene valor instrumental y que puede entrar en conflicto con la consecución del máximo bien general, incluso en el futuro. Además, incluso si este máximo bien es sensible a la distribución de bienes entre las personas, de modo que se

da prioridad a los intereses de los más desfavorecidos, los no consecuencialistas insistirán en que un derecho puede obstaculizar la producción de esta distribución justa. (Por ejemplo, el valor de cada individuo puede implicar que cada uno tiene derechos a la integridad corporal y estos pueden interferir (en general y a largo plazo) con la distribución de **los** órganos corporales, de modo que los años vividos por todas las personas sean máximos y se distribuyan de manera justa.)

Sin embargo, el concepto de un derecho no implica necesariamente que, cuando respetar el derecho entra en conflicto con producir más bien, respetar el derecho siempre tendrá precedencia sobre el bien (ya sea a nivel de acto o de norma). Los derechos no tienen por qué ser absolutos, sino que pueden tener umbrales más allá de los cuales se reintroduce el cálculo de bienes y males. Puedo tener derecho a que me den algo, pero si un gran bien sólo es posible transgrediendo mi derecho, esto puede permitirse. Entonces el derecho habrá sido infringido en lugar de violado. Cuanto más bien debamos sacrificar en lugar de transgredir el derecho, más *estricto* será el derecho. Se ha afirmado que algunos derechos humanos fundamentales son lo suficientemente estrictos como para obstaculizar incluso grandes bienes cuya consecución impiden. Esto puede deberse a que representan el valor de la persona, que es la presuposición de la importancia de promover sus intereses. Pero los derechos también pueden entrar en conflicto con los intereses personales de los agentes que tienen que actuar de acuerdo con ellos. Por ejemplo, el derecho de alguien a ser salvado por su guardaespaldas puede obligar a este último a tener el deber de dar la vida por su empleador. Existen, entonces, al menos dos medidas de la rigurosidad de un derecho: (1) cuánto bien se necesita para invalidarlo, y (2) cuánto debe hacer un agente para cumplir con el deber asociado a él. Como veremos, estas dos medidas no siempre tienen por qué coincidir. Esto será cierto, por ejemplo, si un derecho que alguien debe hacer mucho para conceder no requiere mucho bien para invalidarlo (quizás menos bien que otro derecho que uno no necesita hacer mucho para conceder).

Los derechos también pueden entrar en conflicto con otros derechos. (Las dos medidas de rigurosidad pueden no

coincidir aquí tampoco, si un derecho que uno debe hacer mucho para conceder (y por lo tanto es muy estricto en ese sentido) debe ser anulado por otro derecho 33

Derechos

(que es más estricto en ese sentido) que no es necesario hacer tanto para conceder derechos.33) Los derechos que protegen intereses pueden incluso entrar en conflicto con la maximización, *ex ante* , de la protección del interés mismo que el derecho protege directamente de la persona misma cuyo derecho es. Ahora consideraremos cada uno de estos tipos de conflictos y formas de medir la rigurosidad de los derechos.

3.1 Conflictos de derechos y bienes

1. Consideremos primero el conflicto entre los derechos (tanto positivos como negativos) y los grandes bienes *no* protegidos por los derechos.34

¿Puede el bien prevalecer sobre el derecho si se produce mediante la agregación de pequeños bienes entre muchas personas, o debe alguien entre los que perderán con un bien verse en peor situación que el titular del derecho si su derecho no se produce? **(p.**

490) ¿Se respetan los derechos? La segunda perspectiva (que implica lo que se conoce como "comparación por pares" de individuos uno a la vez) parece más plausible que la primera. Por lo tanto, una razón por la que los derechos pueden prevalecer sobre los bienes es que el bien total no se distribuye entre las personas de la manera correcta. (Pero aún es posible que la pérdida agregada para muchas personas, cada una de las cuales perderá tanto pero no más bien que el que perdería el titular del derecho, proporcione una razón para invalidar el derecho. Consideraremos más adelante si los bienes distribuidos de esta manera pueden no invalidar los derechos). Ronald Dworkin intentó explicar por qué algunos derechos prevalecen sobre los grandes bienes, en el sentido de que no deben transgredirse con el fin de producir los grandes bienes, incluso si tomamos el

utilitarismo como teoría de fondo. Argumentó que las preferencias externas de algunas personas cuyo objeto implica negar el peso igual de las preferencias de los demás no deberían contarse en un cálculo utilitarista para determinar cuánto bien está en juego si no actuamos. Él pensaba que esto es cierto, aun cuando las personas individuales sufrirían más (por la falta de satisfacción de sus preferencias externas) si no actuamos que las personas cuyos intereses atacaríamos. Los derechos que prevalecen sobre la utilidad agregada pueden ser, en su opinión, dispositivos heurísticos que representan la eliminación de tales preferencias externas de un cálculo social sin que tengamos que hacer realmente este cálculo en cada ocasión.3

5 Esto

Sin embargo, esta explicación no explica por qué alguien debería tener un derecho que prevalece sobre preferencias agregadas que no son inapropiadamente externas. Por ejemplo, ¿por qué una persona tiene un derecho de triunfo a no ser asesinada cuando podríamos salvar la vida de cinco personas matándola, y cada una de ellas prefiere sobrevivir? (La explicación de Dworkin de los derechos como triunfos en términos de eliminar las preferencias externas tampoco exige específicamente una comparación por pares para ver cuánto perderá cada individuo; nos permite considerar un agregado de preferencias no externas, cada una de las cuales es una preferencia por un bien pequeño).

Judith Thomson ofrece una explicación de por qué algunos derechos nunca deben ser transgredidos, ni siquiera para lograr grandes bienes *que no* impliquen preferencias externas inapropiadas, incluso cuando cada persona sufriría una pérdida tan grande como la del titular del derecho si se renuncia al gran bien. Su opinión es, en cierto sentido, que no hay suficiente bien *moralmente relevante* en el mundo para anular algunos derechos máximos y estrictos. Esto se debe a que, sostiene, al decidir si transgredir un derecho, no debemos considerar el bien agregado sino más bien hacer una comparación por pares para ver qué tan mal estaría cada individuo cuyos bienes componen el bien agregado si no transgrediéramos el

derecho. A veces no será posible que una persona sufra un destino *suficientemente* peor que el que sufriría el titular del derecho si se transgrediera su derecho y solo eso justificaría la transgresión. Por ejemplo, no debemos violar el derecho a no ser asesinado de una persona para salvar a diez de ahogarse por causas naturales aún más dolorosas, porque ninguna de las diez sufrirá un destino *suficientemente* peor que el que sufriría el titular del derecho. La explicación de Thomson permite que existan **(p.**

491) derechos tales que alguien podría sufrir una pérdida suficientemente mayor que el titular del derecho y entonces el derecho podría ser admisiblemente infringido. Su punto de vista, creo, también implica que un número creciente de personas que sufrirán un destino suficientemente peor no se suma a la justificación para infringir el derecho más allá de lo que teníamos con una sola. (¿Por qué el destino suficientemente peor debería acumularse de una manera moralmente relevante cuando destinos igualmente malos no lo hacen en su opinión?)36 Su punto de vista también parece ignorar la posibilidad de que haya derechos cuya rigurosidad no sea una función del interés en juego, y por lo tanto, incluso si alguien sufrirá un destino mucho peor que el titular del derecho, el derecho no es infringible. Por ejemplo, el destino de alguien puede ser mucho peor si la libertad de otra persona para leer pornografía no está limitada que el destino del lector si está limitada, y sin embargo podría ser incorrecto limitar su libertad para leer.

Otra propuesta de por qué un derecho puede tener precedencia sobre un bien mayor es que la violación de un derecho siempre produce un resultado peor que la ausencia del bien mayor (quizás, por ejemplo, porque es peor morir por una violación de un derecho que morir por causas naturales). Esta propuesta parece extremadamente improbable, en parte porque implicaría que nunca tenemos una razón basada en consideraciones de bien para invalidar un derecho. La improbabilidad se puede demostrar considerando la siguiente hipótesis. Supongamos que pudiera evitar que *A* se vulnerara, o que pudiera hacerlo, o que pudiera hacerlo.

Derechos

El derecho de una persona a no ser violada es el de no tener que quitarle el brazo o salvar la vida de otras veinte personas que se ahogan en un accidente que no implica ninguna violación de sus derechos. No puedo hacer ambas cosas. Creo que debería salvar a las veinte. Sin embargo, si la violación de sus derechos tuviera como resultado el peor resultado, tendría fuertes razones para evitarlo. El profundo error de esta visión es pensar que el derecho que tiene alguien a que los demás no lo traten de cierta manera es un reflejo de nuestra visión de lo mala que será la situación si se lo trata de esa manera. Si eso fuera cierto, que cinco personas fueran tratadas de esa manera sería una situación aún peor, y entonces sería permisible matar a una persona para salvar a cinco de ser asesinadas, pero eso es un error.

Thomas Nagel cree que este error es el resultado de intentar explicar un requisito relativo al agente (que se aplica a cada agente, es decir, que no *le haga* algo a alguien) por lo que tiene un valor neutral para el agente, es decir, un mal estado de cosas que implica violaciones de derechos que cualquiera tiene el deber de prevenir.37 Quienes tratan las violaciones de derechos como nuevos tipos de valores negativos que se utilizan para evaluar lo malo que será un resultado son consecuencialistas de los derechos. La visión alternativa es que los derechos son restricciones secundarias;38 pueden decirnos que no le hagamos algo a una persona, incluso si hacerlo impediría que se le hiciera lo mismo a un mayor número de otras personas.

Algunos han interpretado la visión de los derechos como requisitos relativos al agente de tal manera que es *mi* transgresión del derecho para producir un gran bien lo que **(p. 492)** produce el peor estado de cosas (al menos desde mi perspectiva) en relación con la ausencia del gran bien. Desde esta perspectiva, no debo hacer algo porque provocará el peor estado de cosas desde mi perspectiva. Aquí una evaluación relativa al agente del *resultado* se ajusta a una perspectiva consecuencialista, de modo que para evitar el peor resultado no debería transgredir el derecho.39 La preocupación del agente por sí mismo

también podría colocarse en un marco no consecuencialista: la responsabilidad de uno de no transgredir un derecho es mayor que cualquier deber que uno tenga de producir el mejor resultado porque uno no debe ser el tipo de agente que realiza ciertos tipos de actos. El énfasis en estas explicaciones parece desplazarse desde la importancia del derecho de la víctima potencial (que implica que no debería hacerle algo) a la importancia de que un agente en particular no sea un cierto tipo de agente. Esto sugiere que si otro agente transgrediera el derecho en aras de un bien mayor, no habría razón para detenerlo. Así, por ejemplo, supongamos que *B* viola el derecho de *A* a no tener su brazo amputado para salvar muchas otras vidas. ¿Tengo una razón (aunque no sea un deber) para dejar de lado mis actividades para detener la violación, en lugar de permitir que sea la causa del bien mayor? Creo que sí. 40 Por otra parte, si fuera lo más importante que yo no estuviera involucrado en actos de cierto tipo, ¿debería reducir el número de tales actos en los que estoy involucrado? ¿Puedo matar a una persona ahora para detener una amenaza que comencé ayer y que pronto matará a cinco personas? Creo que no.

Estos casos sugieren que es un error interpretar la relatividad del agente como algo que, en esencia, *me* preocupa a mí mismo y que me lleva a no violar un derecho. Más bien, es porque el derecho al que me enfrentaría no debería ser violado para lograr el bien mayor que no debo transgredirlo, aun cuando el hecho de que yo lo viole no sea la peor situación, ni desde mi perspectiva ni desde la de cualquier otra persona.

En efecto, la existencia de derechos tiene la siguiente implicación aparentemente paradójica en casos de conflicto con la producción de bienes mayores. Supongamos que *B* viola el derecho de *A* a no perder su brazo, con el fin de salvar muchas otras vidas en un accidente. Sin embargo, sólo hay un noventa por ciento de posibilidades de que la pérdida del brazo de *A* sirva para salvar a los demás. Sin embargo, es seguro que puedo salvar a los demás. Por lo tanto, voy a salvarlos, aunque esto no detenga *a B.*

Violando el derecho de *A.* (Tengo una razón para detenerlo, pero tengo aún más razón para salvar muchas vidas).

Ahora, supongamos que mi ruta para salvar a los demás se bloquea; no hay nada que pueda hacer para ayudarlos. Es coherente para mí, como alguien que habría tratado de salvar las vidas de muchos, actuar ahora en función de la razón que tengo para impedir que *B* viole el derecho de *A , incluso si esto significa que muchos no se salvarán.*

Mi sugerencia para entender cómo el respeto a los derechos puede implicar esto es que el derecho a no ser dañado y que no puede ser anulado expresa un grado de inviolabilidad **(p. 493)** de la persona.4

1 (La alta inviolabilidad puede servir a la

(En este caso, el interés en la vida de uno no estará protegido por el derecho contra A *, no* obstante , el derecho puede existir.) La inviolabilidad es un estado, una descripción de lo que no está permitido hacerle a una persona, *y* no depende de lo que le *suceda* a una persona. Incluso si uno es violado de manera inadmisible, uno no pierde su inviolabilidad. La permisibilidad de que yo deje *a A* , cuyo derecho será transgredido, para poder ir y salvar a otros, no implica que la moral respalde (haga permisible) que *A* sea dañado. Sin embargo, si no hubiera ninguna razón para evitar que se le haga daño para salvar a otros, esto implicaría que la moral respalde que se le haga daño para salvar a otros y, por lo tanto, respalde un estado menos inviolable para la persona. Así pues, en la medida en que respetar un derecho a no ser lesionado implica respetar un estatuto de inviolabilidad, el que se haya conseguido respetar un derecho no depende de que se haya violado a la persona o de que se hayan lesionado sus intereses.

Si llevamos más lejos esta explicación de los derechos, podemos ver que en el conflicto entre los derechos y el bien mayor, es posible ofrecer una explicación de por qué un agente no debería transgredir un derecho que, en cierto modo, está basado en el bien. Para ello, sin embargo, necesitamos ampliar la idea del bien para que incluya algo

más que la promoción de intereses. También necesitamos ir más allá de la idea consecuencialista de *producir* (causalmente) el bien. Es decir, puede haber un tipo de bien que ya existe pero que no existiría si fuera permisible transgredir el derecho de una persona a salvar muchas vidas. Se trata del bien de ser alguien cuyo valor es tal que lo hace altamente inviolable, hace que sea impropio tratarlo de ciertas maneras. Este bien implica que no se deben sacrificar ciertos intereses de uno, pero la inviolabilidad cuenta no sólo porque sirve instrumentalmente a esos intereses. (En general y *ex ante* , puede que ni siquiera sirva a esos intereses, ya que la inadmisibilidad de cortarle el brazo a alguien para salvar a muchos otros en un accidente en realidad reducirá *ex ante* las posibilidades de supervivencia de cada persona individual.) La inviolabilidad es un reflejo del valor de la persona. Por esta razón, es inadmisible que yo dañe a la persona para salvar a muchos en el accidente, porque hacerlo es incompatible con su condición; si yo le hiciera daño, sería, por supuesto, mi acto el que lo haría, pero que fuera mío no es lo que me da más razones para evitarlo. Debería evitarlo porque es incompatible con su condición.

Además, la inviolabilidad es un estatus que toda persona tiene sólo si es inadmisible transgredir los derechos de cualquier persona dada. Toda persona que muere porque es inadmisible dañar a una persona para salvarla en un accidente también tiene la inviolabilidad alta, pero sólo porque es de hecho inadmisible dañar a esa otra persona. Si las propiedades que una persona tiene *en cuanto* persona no fueran suficientes para dar lugar a la inviolabilidad alta **(p. 494)** en una persona, no lo harían en otras. Esto significa que si fuera permisible dañar a una para salvar a las otras, nadie tendría el tipo de valor que se expresa por la inviolabilidad alta. Así que el bien aprobado por el hecho de que cada persona sea inviolable está, en cierto sentido, por encima del bien de que esté viva para aquellos que perecerán.42

Es importante distinguir el bien *de* la persona que puede dar lugar a su inviolabilidad del bien de la persona por ser una persona de tal valor y, por lo tanto, inviolable. Incluso si es en su interés, esto no es la fuente de los derechos asociados con su inviolabilidad. Debe tener una cierta

naturaleza, más que un interés, para ser merecedor de la inviolabilidad. Además, cualquier interés que tuviera en *ser* el tipo de entidad que es inviolable también sería distinto de cualquier interés que tuviera en *ser reconocido* como ese tipo de ser. (Esto es lo que a veces se llama un interés dignatario.) Su interés en este reconocimiento no podría ser la razón fundamental por la que tiene el derecho que se le debe reconocer. De hecho, el hecho de que tenga el derecho podría ser la marca de que es el tipo de entidad cuyos intereses y deseos (por ejemplo, que se le reconozcan sus derechos) deben ser tomados en consideración seriamente.

La inviolabilidad no tiene por qué ser absoluta. El *grado* de inviolabilidad podría correlacionarse con lo malo que debe ser el destino de los demás antes de que podamos anular el derecho o posiblemente con cuántas personas sufrirán malos destinos. A diferencia de la opinión de Thomson que describí anteriormente, la posición que estoy describiendo ahora no parece comprometida con la no agregación de destinos individuales cuya maldad sea igual a la que sufriría el titular del derecho si su derecho fuera transgredido. Es decir, no parece comprometida con la opinión de que aumentar el número de personas cuyo destino sería comparable al del titular del derecho es irrelevante para determinar si podemos transgredir el derecho. Es solo que uno de los bienes que cuenta *en contra de* la transgresión de los derechos es el bien de que cada persona sea alguien cuyo estatus implica inviolabilidad.

Creo que vale la pena explorar más a fondo la distinción entre las propuestas agregativas y no agregativas para medir el grado de inviolabilidad (y, por lo tanto, la rigurosidad del derecho). Para ello, consideremos lo que llamo el caso de los 5 mil millones de dólares: cada una de las veinte personas perderá sus 5 mil millones de dólares como resultado de una ráfaga de viento que se los llevará. Lo único que permitirá recuperar el dinero para cada una es quitarle *a A* los 5 mil millones de dólares que sobreviven a la tormenta e invertirlos para recuperar los 100 dólares perdidos **(p. 495) . Desafortunadamente,** *A* pronto se habrá ido y no podrá beneficiarse. 43 Creo que es un error tomar los 5 mil millones de dólares de *A* para evitar una

pérdida permanente para cada uno de los demás que no sea mayor que la que él sufrirá. Es cierto que si fuera permisible tomar sus 5 mil millones de dólares para este propósito, el reclamo de cualquier persona, incluidos los que se benefician, sobre sus 5 mil millones de dólares sería un reclamo más débil. Sólo si no es admisible tomar los $5 de *A* , cada uno de los demás tendría un derecho más fuerte a quedarse con sus $5 (si los tuviera). (Esto es análogo a lo que se dijo anteriormente sobre la inviolabilidad de una persona y de todas las personas). Sin embargo, incluso si todo esto fuera cierto, nadie piensa que el derecho a quedarse con los $5 de uno sea altamente inviolable. La prueba de su *baja inviolabilidad* es el hecho de que si otra persona perdiera un bien realmente importante a menos que le tomáramos $5 a A, bien podría ser permisible hacerlo.

He intentado demostrar que podemos generar el mismo argumento para la inadmisibilidad de quitarle los 5 dólares a *A para salvar los 5 mil millones de dólares de otras veinte personas que el que podemos generar para la inadmisibilidad de quitarle la vida a A* para salvar veinte vidas. Es decir, si fuera permisible hacerlo, sería cierto para cada persona que él y su derecho no son tan inviolables. No niego Página 10 de 26

Derechos

Esto es cierto, pero, me pregunto, ¿qué implica que sea cierto en *ambos* tipos de casos? Posiblemente, que la capacidad de un derecho para

"Resistir" la suma de las pérdidas de muchas personas *no es* una medida del grado de inviolabilidad, sino más bien una indicación (como sugiere la opinión de Thomson) de que hemos cometido un error en la lógica de los derechos al considerar la cantidad de personas que se beneficiarían al decidir si infringirlos. En el caso de los $5, no parece tanto que deseemos que nuestra forma de actuar refleje un cierto grado de inviolabilidad de la posesión de $5 por parte de cualquiera; es más bien que pensamos que es de alguna manera ilógico contar las pérdidas iguales de muchas personas.44

En resumen: en la Sección 2.2, cuestioné la teoría de los derechos basada en el interés sobre la base de la afirmación de Raz de que la fuerza de un derecho a menudo parecía mayor que el peso del interés que protege. Sugerí que esto podría deberse a que representa el valor de la persona, no sus intereses. Más recientemente, he analizado por qué a veces los intereses más importantes de una persona (por ejemplo, no morir) parecen tener mayor peso que los intereses comparables (por ejemplo, no morir) de muchas otras. Una respuesta que he considerado a por qué esto es así es, nuevamente, que el valor de cada persona está implicado en la inadmisibilidad de violar una de ellas, y este valor de cada una de las personas está prevaleciendo sobre los intereses de algunos en no morir. Sugiero que la fuerza del derecho puede superar incluso el interés que protege porque expresa algo verdadero de todas las personas que supera los intereses de cualquiera.

Sin negar esta opinión, también he planteado la cuestión de si el hecho de no permitir que las pérdidas agregadas cuenten en contra de un derecho muestra la rigurosidad del derecho (y el grado de inviolabilidad de la persona) o es más bien un reflejo del hecho de que contar las pérdidas agregadas evidenciaría un profundo error lógico en la comprensión de los derechos.

(p. 496) 2. Ahora deseo considerar otro aspecto de la inviolabilidad: el grado cuantitativo de inviolabilidad no es lo único que importa. La *forma* en que es permisible o inadmisible transgredir a una persona y sus derechos también es importante. Este hecho, creo, nos ayuda a argumentar en contra de una teoría de los derechos basada en el interés. Raz observa que los intereses pueden no dar lugar a *todos* los derechos que podrían protegerlos. No creo que explique adecuadamente por qué es así, y que una explicación así es incompatible con una teoría basada en el interés.

Alguien podría tener el mismo grado cuantitativo de inviolabilidad si (1) fuera permisible transgredir sólo de la manera x y no de la manera y , que si fuera (2) permisible transgredir sólo de la manera y y no de la manera x . Sin embargo, la primera podría ser la manera correcta y la segunda la incorrecta de tratar a una persona. Creo que el

hecho de que el mismo interés pueda quedar desprotegido de una manera y, sin embargo, estar protegido de otra indica que es al menos más que la presencia de un interés en una criatura capaz de tener derechos lo que genera el derecho; es también la manera de tratar a la persona que estaría involucrada en afectar sus intereses lo que es crucial para la existencia de un derecho.

Al analizar los conflictos entre derechos y bienes, hemos visto hasta ahora un ejemplo de ello: aunque no podamos causar daño (por ejemplo, matar), podría ser permisible permitir que se cause daño (por ejemplo, dejar morir). El interés más obvio en juego (vivir) es el mismo en ambos casos. Sin embargo, cuando matamos podemos privar a alguien de la vida que habría tenido independientemente de nosotros; cuando dejamos morir, alguien pierde la vida que habría tenido solo haciendo uso de nuestros servicios.

Su soberanía sobre su vida sólo está en juego cuando matamos; la soberanía del que ayuda sobre su vida está en juego cuando se le plantea la cuestión de si dejar morir o no. Esto, más que los intereses por sí solos, ayuda a explicar la presencia o ausencia de derechos. ¿Podríamos decir que es de interés *per se* ser soberano sobre la propia vida, a diferencia de que es de interés estar vivo? Pero también hemos visto que uno podría dejar que alguien a quien se está privando de su soberanía (cuando alguien más lo está matando) haga otra cosa. Por lo tanto, el hecho de que la soberanía sea de interés para uno podría dar lugar a un derecho a no ser asesinado, pero no a un derecho a ser ayudado. ¿Por qué? Los intereses afectados son los mismos. (Nótese que los sacrificios que tendríamos que hacer físicamente en lugar de matar o dejar morir podrían ser los mismos, por lo que la diferencia en el costo para los agentes no necesita explicar la presencia o ausencia de los derechos.) Sin duda, si fuera permisible matar, la moralidad respaldaría la transgresión de la soberanía, pero no necesitaría hacerlo si es permisible permitir una transgresión (aún considerada inadmisible). Pero todavía necesitamos una explicación de por qué se puede respaldar permitir que ocurra la transgresión cuando sus efectos sobre los intereses de la víctima son los mismos.

La importancia de las diferentes *maneras* en que se pueden proteger los intereses para la generación de derechos está en juego en la interpretación misma de la afirmación de que los derechos prevalecen sobre los bienes. Quienes hablan de esta manera quieren insistir en que no se permite la transgresión deliberada de un derecho para producir ciertos bienes; pero los casos que hemos considerado anteriormente muestran que esto no los compromete a afirmar que siempre deberíamos sacrificar los mismos bienes para evitar la transgresión deliberada de un derecho. (Era permisible ir a salvar a muchos de un desastre natural en lugar de ir a rescatar a una persona de ser asesinada para salvarla.) **(p. 497)** Incluso hablar de la inadmisibilidad de la transgresión deliberada de un derecho no es lo suficientemente preciso.

Derechos

Mantienen constantes tanto el interés en, por ejemplo, la vida y el interés en la soberanía del titular del derecho, como los intereses involucrados en promover el bien mayor. Sigue siendo cierto que hay algunas formas en las que una persona tiene derecho a que no se interfiera deliberadamente con ella y otras formas en las que una persona no tiene derecho a que no se interfiera deliberadamente con ella para lograr estos mismos bienes. Un caso que los filósofos discuten, llamado el problema del tranvía, ilustra esto. Supongamos que un tranvía está fuera de control (debido a un desastre natural) y se dirige a matar a cinco personas. Podríamos salvar a las cinco personas redirigiéndolo hacia una vía lateral, pero prevemos que de ese modo golpeará y matará a una sola persona. Se dice que es permisible hacer esto; no transgrediríamos incorrectamente un derecho si lo hiciéramos. Sin embargo, no sería permisible arrojar a un transeúnte al tranvía -se transgrediría incorrectamente un derecho- si esto fuera necesario para evitar que mate a cinco. Esto sugiere que la fuerza de un derecho a no ser asesinado no es únicamente una función del interés que protege más obviamente (es decir, la vida de todos en todos estos casos), sino de la manera en que el interés se ve afectado. (Esto supone que no hay otra razón por la que sea permisible o inadmisible matar además de los derechos involucrados). Por supuesto, para sustentar estos juicios

sobre los casos necesitamos una explicación general de cuándo y por qué alguien tiene derecho a no ser asesinado deliberadamente de una manera pero no de otra. Creo que la explicación correcta dirá algo acerca de cómo los bienes mayores deben estar *causalmente relacionados* con males menores como el daño a las personas, y esto no representará una preocupación meramente por los intereses de las víctimas potenciales.4

5 Tampoco lo hará, creo yo,

Reflejan una preocupación por los intereses de los agentes (por ejemplo, la permisibilidad de girar el carro pero la inpermisibilidad de arrojar a alguien dentro de él no es una función de la dificultad para el agente de hacer cada una de estas cosas. En cualquier caso, si la dificultad para el agente fuera crucial, esto le daría a este solo una *opción* para no arrojar a alguien dentro de un carro, no un deber de no hacerlo).

3.2 Conflictos de derechos e intereses personales

Hasta ahora he considerado cómo los derechos pueden resistir o ser anulados por bienes mayores. Pero si un bien mayor puede anular un derecho, eso no resuelve la cuestión de lo que debemos hacer. Supongamos, por ejemplo, que *A* tiene derecho a que *B* se reúna con él para almorzar, pero en camino a almorzar, *B* ve que *C necesita un trasplante de riñón. Ayudar a C* sería tan beneficioso que pensaríamos que es *permisible* que *B* incumpla su deber hacia *A*. Pero presumiblemente pensamos que *B* no está obligado a dar su riñón para lograr tanto bien. Por lo tanto, es supererogatorio que lo haga; no tiene **el** deber de hacerlo. Sin embargo, si desea hacerlo, puede hacerlo; estaría equivocado si pensara que el derecho de *A solo podría ser anulado si tuviera el deber de salvar a C* a costa de un riñón. Los actos supererogatorios pueden, por lo tanto, entrar en conflicto con los derechos y anularlos.46

En este caso, *A* perderá tan poco si se invalida su derecho que podríamos pensar que debería renunciar a él. Pero supongamos que *D* tiene derecho contra su guardaespaldas, *E* , a que le salven la vida, incluso a costa

de un gran coste personal para E. *E se* enfrenta ahora a una elección entre salvar *a D* o salvar a diez mil desconocidos. No creo que *D* esté obligado a renunciar a su derecho a los servicios de *E.* Sin embargo, creo que es permisible que *E* abandone *a D* para salvar a los diez mil. Esto es así incluso si no estuviera dispuesto a sacrificar tanto personalmente para salvar a los diez mil como *D* perdería si no se le ayuda, o como *E* habría estado dispuesto a perder conscientemente si hubiera sido necesario para cumplir con su deber hacia *D.* Por lo tanto, es permisible, para que se puedan salvar los diez mil, que *E* deje que *D* sufra más de lo que *E* estaría dispuesto a sufrir por los diez mil. Si está dispuesto a hacer esto, debería hacerlo. Por lo tanto, su deber no es necesariamente lo que *E* debería hacer. De hecho, si el costo para *E* de salvar los diez mil es pequeño (y, por lo tanto, no supererogatorio), debería hacerlo directamente y no debería respetar el derecho de *D* de que le salve la vida.

Hasta ahora, hemos visto que (1) el bien mayor puede tener precedencia sobre un derecho sólo en la medida en que comparemos esos dos factores, pero (2) si estamos obligados a hacer lo que produce el bien mayor puede depender de cómo esto impacta en nosotros, quienes tendríamos que producirlo. Esto se debe a que, considerando los dos factores del bien personal y el bien mayor, a menudo es supererogatorio producir el bien mayor. Sea " *P* " para "bien personal", " *GG* " para

'bien mayor', ' *D* ' para 'deber correlativo a un derecho', y ' ⟩ ' para 'puede tener precedencia sobre'. Entonces podemos representar estas dos afirmaciones como *P* ⟩ *GG* y *GG* ⟩ *D.* ¿Podemos concluir, por transitividad, que *P* ⟩ *D* ? Esto implicaría que si alguien no está obligado a hacer grandes esfuerzos para lograr el bien mayor, no estaría obligado a hacer esfuerzos tan grandes para concederle a alguien su derecho. Pero esto es incorrecto. Incluso si *E* no está obligado a entregar su vida para salvar a los diez mil, y puede salvar a los diez mil en lugar de *D* , podría estar obligado a entregar su vida para salvar *a D* cuando hacer esto no interfiriera con su salvación de los diez mil.47 Aquí tenemos un ejemplo de cómo el derecho de *D es estricto en relación con* los esfuerzos de *E , mientras que el bien*

mayor no es estricto en relación con los esfuerzos de *E. Pero el derecho de D* no es tan estricto en relación con el bien mayor. Así, si los esfuerzos necesarios para lograr el bien mayor son pequeños, *E* debería lograrlo en lugar de conceder el derecho, aunque conceder el derecho podría requerir grandes esfuerzos por parte de *E* , pero

producir el bien mayor no pudo.

Por supuesto, esto no implica que cada derecho pueda exigir esfuerzos máximos de la persona que tiene el deber de cumplirlo. Si no existe un contrato específico que estipule lo contrario, por ejemplo, **(p. 499)** , su obligación de reunirse con alguien para almorzar podría verse invalidada por el hecho de que el costo para usted de hacerlo es la parálisis.

Supongamos que, en las circunstancias, *E* sabe que si le concede *a D* su derecho, sufrirá en realidad la pérdida de su vida que está obligado a sufrir para cumplir con su deber hacia *D.* Supongamos además que esta misma pérdida es físicamente necesaria para salvar a los diez mil, si *E* realiza ese acto alternativo. ¿La pérdida de su vida, normalmente supererogatoria para los fines de salvar a los diez mil, se convierte ahora en obligatoria para ese fin, ya que la pérdida no es mayor que la que *E* terminará sufriendo en cualquier caso si cumple con su deber? No lo creo; alguien podría plantear una objeción moral a estar obligado a hacer por el bien de un fin (mayor) algo que conscientemente haría por otro fin. Alguien puede negarse a sufrir la gran pérdida por el bien mayor *per se* . Sin embargo, esto no significa que *E* nunca esté obligado a dar su vida como medio para salvar a los diez mil. Supongamos que *E* puede salvar los diez mil a un pequeño costo para él si abandona *a D.* Alternativamente, si toma una ruta más peligrosa que le cueste la vida, puede salvar tanto los diez mil como a *D.* Si realmente debe su vida para satisfacer el derecho de *D* , entonces, si desea salvar los diez mil, debe elegir la ruta más peligrosa. El hecho de que produzca un

gran bien que pueda anular el derecho de *D no lo excusará de cumplir con el deber hacia D.*

al máximo coste obligatorio. En este caso, *E* da su vida sólo indirectamente para salvar a los diez mil; dada su elección de salvarlos, debe hacerlo de una manera que cumpla con su deber hacia *D* , si esto es posible. (Por supuesto, cuando *E*

ve que el coste para él de salvar *a D* tendrá que ser superior al que sería de otro modo si también ahorra los diez mil, puede decidir no hacerlo.)

3.3 Conflictos de derechos48

1. Tipos de conflictos. Si los derechos pueden entrar en conflicto entre sí, esto implicaría que incluso cuando un derecho no puede concederse, es de todos modos un derecho real, no sólo un factor que debe considerarse para determinar qué derecho existe. Se ha afirmado que los derechos entran en conflicto sólo porque los deberes a los que dan lugar entran en conflicto.49 Sin embargo, supongamos que a dos personas se les han concedido derechos sobre medicamentos, pero sólo hay una porción indivisible disponible. Parece que los derechos entran en conflicto, pero nadie tiene por qué tener un deber que entre en conflicto con otro deber. El conflicto surge porque cada beneficiario tiene la libertad de utilizar el medicamento, y sin embargo cada uno tiene el deber de abstenerse de su uso (correlativo al derecho que cada uno tiene de excluir al otro). Estos deberes de abstenerse no están en conflicto; más bien, la libertad y el deber que cada uno tiene están en conflicto.

(p. 500) Cuando los derechos entran en conflicto porque los deberes correlativos a ellos entran en conflicto, los *deberes pueden estar en un agente* que no puede cumplir con ambos. Podemos llamar a esto nuestro "conflicto agente-relativo". Puede haber tales conflictos de *negatividad con negatividad. derechos* cuando un agente, por ejemplo, a cargo de un tranvía fuera de control debe decidir cómo dirigirlo, hacia matar a *A* o hacia matar *a B.50* Puede haber conflictos de *derechos negativos y positivos* ,

como cuando un agente debe decidir si dañar a alguien para cumplir con una obligación de ayudar a otra persona. Puede haber conflictos de derechos *positivos y negativos. derechos positivos* , como cuando un agente debe ayuda a diez personas diferentes y sólo puede ayudar a una.

También podemos entender los derechos como conflictivos cuando diferentes agentes son responsables de cumplir deberes correlativos.

Podemos llamar a esto un "conflicto neutral respecto del agente". Un agente cumplirá el requisito del titular de derechos con el que está obligado (por vía de derechos negativos o positivos) u otro agente cumplirá el requisito del titular de derechos con el que está obligado, pero ninguno de los dos satisfará simultáneamente la demanda de su titular de derechos. Un tipo particular de conflicto neutral respecto del agente surge cuando un agente transgrede un derecho negativo para impedir que otro agente viole derechos negativos. (En este caso, el segundo agente no hará su parte para satisfacer un derecho sin importar lo que suceda, pero su titular de derechos no sufrirá la violación de su derecho si el primer agente interviene). Nótese que, en este caso, desde la perspectiva relativa al agente, el primer agente enfrenta un conflicto entre cumplir un deber negativo y *ayudar* a alguien más a evitar la violación de su derecho negativo. Si esto está cubierto por un derecho positivo de ayuda, desde el punto de vista relativo al agente hay un conflicto entre un derecho negativo y un derecho positivo, incluso si es un conflicto entre negativo y negativo a nivel neutral respecto del agente.

Todos estos tipos de conflictos pueden ocurrir entre derechos que involucran los mismos intereses o que involucran intereses diferentes, por ejemplo, intereses menores y más importantes.

2. Conflictos y rigurosidad. ¿Cómo debemos resolver los conflictos? Podría afirmarse que decidimos en función, en

primer lugar, de la rigurosidad de los derechos en cuestión (el derecho más fuerte tiene prioridad) y, a continuación, dado que la rigurosidad es la misma, en función del número de derechos que no se cumplirán. Una vez más, se nos pide que midamos la rigurosidad de los derechos. Thomson5

1 sugiere que la rigurosidad de los derechos es una función de la importancia del interés que protegen52 y cuando enfrentamos un conflicto de derechos, al menos en un *conflicto agente-relativo* , deberíamos otorgar el que involucraría el interés más importante y cuando los intereses son los mismos, el mayor número.

(p. 501) Pero ya se ha argumentado anteriormente que se debe rechazar la opinión de que los derechos surgen únicamente de los intereses que protegen y que se debe aceptar que la rigurosidad de un derecho puede ser desproporcionada con respecto a la importancia del interés que protege. Así, por ejemplo, supongamos que un derecho negativo a no tener su brazo cortado protege a la persona *A* contra todos y un derecho positivo a la asistencia de su guardaespaldas protege la vida de *B.* Si los intereses fueran la única medida de la rigurosidad de los derechos (aunque no una explicación completa del origen de los derechos), sería permisible que el guardaespaldas le cortara el brazo a *A* si esta fuera la única manera de cumplir con su deber de salvar la vida de *B.* Pero esto es inadmisible. De hecho, Thomson hace uso de la inadmisibilidad de hacer esto para argumentar que no hay derechos positivos a la asistencia.53 Pero parece claro que al menos puede haber derechos positivos contractuales entre un guardaespaldas y su cliente. Así pues, creo que de este caso se debe concluir que la rigurosidad de los derechos no es sólo función de los intereses en juego, sino del tipo de derecho y del modo en que su incumplimiento trataría a la persona.

De todos modos, sería una simplificación excesiva decir que los derechos negativos son más estrictos que los positivos, especialmente cuando la importancia de los intereses se mantiene constante. Por ejemplo, un guardaespaldas podría tener el deber positivo de redirigir un carro fuera de control para que no mate a cinco de sus clientes y lo haga para matar a otra persona.54

De manera similar, en un caso que parece implicar un conflicto de derechos negativos, la rigurosidad de los derechos no es simplemente una función del interés que protege. Supongamos que pudiéramos impedir que un tranvía desbocado mate a cinco personas (*a*) redirigiéndolo hacia una vía donde mataría a una persona o (*b*) arrojando a una persona en el camino del tranvía cuando sabemos que esto (sólo) la paralizará. Aunque el interés en juego en el último caso es menor que en el primero, puede ser permisible hacer lo primero y no lo segundo.

Por último, parece posible que el derecho *A* venga acompañado de *garantías explícitas* de que no será anulado incluso si el agente se enfrenta a un conflicto entre concederlo y conceder el derecho *B* que protege un interés más importante que el derecho *A*. En este caso, también en este caso debería concederse el derecho que implica el interés menor.

En *los conflictos relativos al agente* , parece que incluso si decidiéramos conceder el derecho más estricto, éste no será necesariamente el que proteja el interés más importante. En los conflictos neutrales al agente, parece claramente incorrecto que debamos resolver los conflictos otorgando el derecho más estricto, ya que esto implicaría que deberíamos cortarle el brazo a alguien para evitar que una persona (o varias personas) sea asesinada. En este caso, la relativa rigurosidad de los derechos puede no estar en disputa (el derecho a no ser asesinado puede ser más fuerte que el derecho a que no le amputen el brazo a uno) y, sin embargo, no deberíamos decidir qué hacer sobre esta base.

(p. 502) Sin decirnos qué es lo que da lugar a la rigurosidad de un derecho, Waldron sugiere un método para medir la rigurosidad de los derechos en conflictos neutrales respecto de los agentes. Considera que podríamos medir la fuerza del derecho a no ser torturado en relación con el derecho a la libertad de expresión observando que no torturaríamos a nadie sin importar cuánta libertad de expresión se perdería si no lo hiciéramos. Esto es evidencia de que el derecho a no ser torturado es mucho más fuerte que el derecho a la libertad

de expresión, piensa. Creo que existen problemas significativos con este procedimiento para medir la fuerza de los derechos. No podemos comparar la fuerza de dos derechos, *R*

1 y *R* 2 *per se* , comparando (*a*) la fuerza de la prohibición de causar intencionalmente la transgresión de *R*

1 con (*b*) la previsión, no intencionada, de que se produzca

transgresión de R2 (si no infringimos R)

1. La variación en las características contextuales asociadas con *R*

1 y *R2*

(previsto versus previsto, causando versus permitiendo que suceda) puede explicar la inadmisibilidad de transgredir R1

para detener las transgresiones de *R* 2. (Hemos señalado anteriormente que la permisibilidad de la tortura implicaría que la moralidad avalara un estatus menos inviolable para las personas; la permisibilidad de permitir que se viole la libertad de expresión no avala la violabilidad de la libertad de expresión de las personas). Por lo tanto, con estos diferentes factores contextuales, no estaríamos midiendo el peso de *R*

1 frente a *R* 2 *per se* . Sin embargo, así es como funciona el procedimiento que utiliza Waldron. Utilizando este procedimiento, uno podría incluso demostrar que *R*

1 es más fuerte que R ,

1 Puede ser inadmisible transgredir intencionalmente el derecho de una persona a no ser torturada para impedir que se torture a otras personas. Sin embargo, está claro que *R*

1 no puede ser

más fuerte que él mismo. El procedimiento también podría "mostrar" que *R*

1 es más fuerte que *R* 2 y *R* 2 es más fuerte que *R* .

1 por uno

Puede tener derecho a no ser torturado hasta la muerte (*R*)

1 para salvar a las personas de tener su derecho a no ser asesinadas sin

Derechos

ser torturado (*R* 2) violado y uno también puede tener el derecho a no ser asesinado sin tortura (*R* 2) para salvar a las personas de tener su derecho a no ser torturado hasta la muerte (*R*)

1 violado. Pero implicaría una contradicción decir *R*

1 es más fuerte

que *R* 2 y *R* 2 es más fuerte que *R* .

1

La forma correcta, creo, de probar la rigurosidad relativa de *R*

1 y *R* 2 es para probarlos en casos que igualan a todos

factores en los contextos de los dos derechos. A continuación se presentan algunas pruebas (todas en contextos de conflicto relativo al agente) que al menos satisfacen este principio de igualación: (1) La prueba de elección. Si la única manera de lograr un objetivo determinado es transgredir *R*

1 o transgredir *R* 2, ¿qué preferiríamos hacer, dado que tuviéramos que hacer una de ellas? (Esta prueba permite que hagamos algo malo, hagamos lo que hagamos). La sugerencia es que preferiríamos transgredir el derecho más débil cuando todo lo demás es igual. (2) La prueba de la meta. ¿Qué importancia debe tener una meta para que sea permisible transgredir intencionalmente *R* ?

1 ¿Se puede transgredir intencionalmente *la regla* 2? La sugerencia es que transgredir el derecho más fuerte requiere un objetivo más importante, cuando todo lo demás es igual.5

5 (Esta prueba corresponde a la prueba comentada

(3) La prueba del esfuerzo. ¿Cuánto esfuerzo debería uno **(p. 503)** hacer (o pérdida debería uno sufrir) (*a*) para evitar previsiblemente transgredir el derecho, (*b*) para conceder el derecho, o (*c*) para compensar o deshacer los efectos de la transgresión? ((*b*) en esta prueba corresponde a la prueba discutida anteriormente: ¿cuánto debe hacer alguien para cumplir el deber correlacionado con el derecho?) La sugerencia es que el derecho más fuerte requerirá más esfuerzo. La prueba de elección es en cierto modo más reveladora que las otras dos, porque dos derechos pueden diferir en fuerza y, sin embargo, el más débil puede ser tan fuerte que se necesitan esfuerzos máximos para evitar transgredirlo y se necesitan metas máximamente importantes para justificar infringirlo. (Recuerde, sin embargo, que al menos en contextos neutrales con respecto al agente, la medida de la fuerza de los derechos *per se* no determina qué hacer). Hay al menos tres problemas con estas pruebas. En primer lugar, la prueba del esfuerzo y la prueba de la elección pueden dar respuestas contradictorias. Por ejemplo, se puede exigir a un guardaespaldas que haga un sacrificio mucho mayor para salvar la vida de su cliente que el que estaría obligado a hacer para evitar hacer lo que le costaría el brazo a un extraño. Sin embargo, podría ser inadmisible que hiciera lo que salvaría la vida de su cliente por medios que previsiblemente le costarían el brazo a un extraño. En segundo lugar, la prueba del esfuerzo y la prueba de la meta pueden dar respuestas contradictorias (como vimos anteriormente). Se puede exigir a un guardaespaldas que

haga un sacrificio mucho mayor para salvar la vida de su cliente que el que estaría obligado a hacer para cumplir con el derecho de otro empleador, a cuyo servicio salvaría diez mil vidas. Sin embargo, el objetivo de salvar cinco mil vidas podría prevalecer sobre el derecho del cliente, pero no sobre el derecho del otro empleador a que su servicio salve diez mil vidas.56

El tercer problema es que el uso de estas pruebas para medir la rigurosidad de los derechos depende de un supuesto de transitividad: si *R*

1 resiste la pérdida *x* y *R* 2 no, entonces *R*

1 se enfrentará a *R* 2. Siempre es posible, debido a una

interacción particular entre *R*

1 y *R* 2, que esto no es así. Por lo tanto, estas pruebas son, a lo sumo, indicaciones prima facie de la rigurosidad de los derechos en comparación con otros derechos. Por ejemplo, supongamos que la persona *A* tiene derecho a asistencia de grado *x* , pero la persona *B* tiene ese derecho solo de grado *xn* . Incluso si podemos decir que la reclamación de *A* es más importante que la reclamación de *B* , es posible que cuando las dos están en conflicto, debamos concederle *a B* su derecho porque *B*

es el padre de *A* y los hijos nunca deben ser notificados antes que los padres.57

Al utilizar estas pruebas (u otras similares), es importante darse cuenta de que solo porque *R*

1 y *R* 2 dan el mismo resultado

En algunos casos, esto no significa que sean *per se* tan fuertes. No podemos probar una verdad universal de que *R*

1 es como

tan fuerte como *R* 2 al mostrar que, para *algunos* contextos igualados, debemos gastar la misma cantidad, por ejemplo,

para evitar transgredir cada uno de ellos. Porque a medida que aumenta el costo de no transgredir, *R*

1 puede exigirlo y **(p. 504)** *R* 2 no. Pero si *R* 1

produce un resultado diferente de *R* 2 en un solo caso y *R* 2 no ofrece un resultado diferente comparable de *R* , 1 entonces

tener evidencia de que *R* d

58

1 difiere en fuerza de *R2 per se* . (Solo se necesita una negativa para negar una verdad universal.) Waldron ofrece otra manera de determinar la fuerza relativa de los derechos. Dice que si tomamos un derecho en serio, debemos tomarlo para generar deberes asociados, además del deber primario de no violarlo (por ejemplo, no torturar). Por ejemplo, el deber de castigar a los torturadores, el deber de educar contra la tortura, etc. Pero seguramente, dice, todos los deberes asociados con el derecho a no ser torturado no son más fuertes que cualquier deber asociado con la libertad de expresión. Por ejemplo, los deberes de castigar las violaciones de la libertad de expresión pueden ser más fuertes que los deberes de educar contra la tortura (medidos, digamos, por cuántos recursos deberíamos gastar en cada uno). Pero si algunos deberes asociados con el derecho más fuerte pueden ser superados por algunos deberes asociados con el derecho más débil, entonces, sugiere, el derecho más fuerte no es tan fuerte después de todo, y podría, después de todo, ser superado por consideraciones suficientemente importantes derivadas del derecho más débil. (Aquí retrocede desde la debilidad de algunos deberes asociados a él hasta la debilidad del derecho original. El argumento tiene una forma reductiovista. Es decir, si asumimos que un derecho tiene una gran fuerza, podemos demostrar que no tiene una fuerza tan grande.)

No creo que este argumento sea correcto, aunque uno de sus puntos parece correcto. ¿Tomar en serio los derechos implica tomar en serio los deberes asociados, aparte del principal de no transgredir intencionalmente el derecho? (¿Es eso una indicación de que el derecho original es muy fuerte?) Cuando Ronald Dworkin dijo que algunos derechos eran triunfos sobre la utilidad, ¿podría haber querido decir que debemos sufrir esa misma pérdida de utilidad para impedir que alguien viole intencionalmente esos derechos (o para facilitar el ejercicio del derecho) que debemos sufrir en lugar de violar intencionalmente esos derechos? 59 Si así fuera, la afirmación de que los derechos son triunfos sería inverosímil. 60 Es un mérito de la discusión de Waldron el negar que todos los deberes asociados con un derecho sean igualmente fuertes. 61

(p. 505) Como señalé antes, creo que este punto nos da razón para negar que existe un derecho porque un interés en una criatura capaz de tener derechos es suficiente para dar lugar a un deber. Por ejemplo, si el derecho a no ser torturado surgiera completamente del interés en no ser torturado, entonces uno tendría un derecho a que cualquier forma de tratamiento que tuviera una alta probabilidad de resultar en tortura fuera igualmente prohibida (dado el mismo costo de hacerlo), incluyendo el no ayudar a prevenir la tortura. Pero si el derecho a no ser torturado también se refiere a si la moralidad descarta el tratamiento de personas de cierta manera particular que conduce a la tortura, entonces podríamos explicar por qué habría un derecho muy fuerte a no ser torturado que triunfa sobre la pérdida prevista de utilidad y no un derecho tan fuerte a que se eviten las torturas. Uno puede incluso tener un derecho contra un acto destinado a torturar que se sabe que tiene una baja probabilidad de éxito y no tener un derecho tan fuerte a la ayuda que tiene una alta probabilidad de prevenir una tortura que seguramente ocurrirá. Esta es simplemente la tesis del no consecuencialismo —que el estado de cosas resultante (por ejemplo, los intereses afectados) puede ser el mismo y una forma de que esto ocurra es permisible y otra no— aplicada a la violación de derechos.62

Sin embargo, es un error en el argumento de Waldron concluir, a partir del hecho de que los deberes asociados a

un derecho supuestamente fuerte pueden ser débiles y también superados por algunos deberes asociados a un derecho supuestamente más débil, que el derecho fuerte no es tan fuerte después de todo. E incluso que prevenir alguna violación del derecho más débil podría, después de todo, superar la transgresión intencional del más fuerte. Si la forma en que se afecta el interés es importante, la infracción intencional directa podría no ser superada, ya sea en conflictos relativos al agente o neutrales al agente, incluso si se pueden superar otras formas de afectar el interés.

Por ejemplo, el derecho de *A* a no ser empujado intencionalmente hacia una zona peligrosa cuando esto le costará una pierna puede ser más débil que el derecho de *B* a no ser asesinado intencionalmente. Pero al analizar el problema del tranvía, hemos visto que el primer derecho es más fuerte que el derecho de *B* a no ser asesinado *como consecuencia de* girar el tranvía para tratar de salvar a un número mayor de personas.

Aunque el interés por estar vivo es más fuerte que el interés por no perder una pierna, las diferentes formas de tratamiento ayudan a determinar la fuerza o incluso la existencia de los respectivos derechos. Esto no demuestra que podamos matar intencionalmente *a B* para evitar que *A* corra peligro cuando esto le costará la pierna.63 **(p. 506)** Concluyo que necesitaremos algún argumento además de los de Waldron para demostrar que un derecho no es lo suficientemente fuerte como para prevalecer sobre la protección de diferentes derechos.

3. Aplicaciones. Consideremos con cierto detalle cómo las consideraciones que he destacado al analizar los conflictos de derechos podrían aplicarse en un tipo de caso muy discutido que involucra conflictos desde la perspectiva neutral respecto del agente entre derechos negativos. Podemos imaginar que, a menos que el agente 1 mate a Joe, el agente 2 matará a Jim y Susan.

Waldron afirma64 que si tenemos una teoría de los derechos derivada de intereses y nos preocupan los derechos, entonces este tipo de conflicto de derechos negativos debería llevar al agente 1 a considerar matar a

Joe. (Esto es así, incluso si la preocupación por los derechos no implicaría que alguien debiera matar a Joe para salvar a Susan y Jim de un desastre natural fatal. Algunos incluso han afirmado que es paradójico, irracional, no matar a Joe si a uno le preocupan los derechos). Dice que si el agente 1

No debemos matar a Joe a pesar de lo que el otro agente haga, esto será porque tenemos una teoría basada en el deber y no en los derechos (o al menos en lugar de una teoría basada en los derechos derivada de los intereses). La teoría estará basada en el deber, dice, porque nos centramos en la importancia que tiene para un agente matar y lo vemos como algo que no debe hacer; no nos centramos en los intereses de las víctimas potenciales protegidas por los derechos.

Este modelo intenta derivar una restricción sobre el agente desde 'dentro (el agente) hacia afuera (hacia la víctima)' en lugar de desde

'fuera (del agente en el derecho de la víctima) en (al agente)'.6

5 Creo que es incorrecto. En primer lugar, tenga en cuenta que no está claro que un

Una explicación basada en el deber que se centra en lo que significa para un agente matar siempre le diría al agente 1 que no matara cuando (intuitivamente) no debería hacerlo. Porque si el agente 1 hubiera colocado (o colocará) una bomba que matará a Jim y Susan a menos que ahora mate a Joe, la preocupación de un agente por no matar podría recomendarle que impida más asesinatos matando a Joe. Sin embargo, parece inadmisible que lo haga.

En segundo lugar, consideremos el caso de las obras de arte: si alguien ama el arte, estará dispuesto a preservarlo y no a destruirlo. Página 16 de 26

Derechos

obras. ¿Qué debería hacer esta persona si debe destruir una obra de arte para impedir que otra destruya cinco

obras igualmente buenas? Presumiblemente, le está permitido destruir una para salvar las cinco. Esto sugiere que la restricción de dañar a las personas no se deriva de dentro del agente hacia afuera, sino de *fuera* de él hacia adentro, ya que la restricción refleja el tipo de entidad sobre la que actuaría: una persona, no una obra de arte.

En tercer lugar, creo que existen puntos de vista centrados en el agente que se centran en la calidad del acto o estado mental del agente en lugar de en el derecho de la víctima, pero no toman nota de la "marca del agente" en el acto, la víctima o el resultado. Por ejemplo, la calidad del acto o estado mental en el que debe participar un agente si mata a una persona se considera **(p. 507)** repelente. El acto sería del agente si lo hiciera, pero no es esencialmente el hecho de que sea *suyo* en lugar de de otra persona, sino lo que es en sí mismo lo que lo repele. Los defensores de este punto de vista podrían afirmar que explica por qué alguien no debería matar a una persona ahora para salvar a un mayor número de personas incluso de sus *propios* malos actos pasados o futuros. Sin embargo, observemos que la estructura explicativa de *esta* restricción basada en el deber sería esencialmente la misma que una restricción basada en los derechos. En ambos casos, una instancia de un tipo de acto o de un tipo de derecho impide minimizar la mala conducta que involucra muchas instancias del mismo tipo de acto o de derecho. Si la lógica de la preocupación por el deber no exige que minimicemos su transgresión, sino simplemente que no la transgredamos, ¿por qué la lógica de la preocupación por el derecho debería exigir que minimicemos su transgresión?

Creo que una teoría basada en los derechos que se centre en las víctimas potenciales de la transgresión de los derechos y que sean titulares de derechos podría exigir que el agente 1 no mate a Joe. Como mínimo, no es irracional ni paradójico preocuparse por los derechos y, sin embargo, no minimizar las violaciones de los mismos al transgredirlos. El argumento a favor de esto implica una variación de lo que se dijo anteriormente al analizar los conflictos entre derechos y bienes. Si fuera permisible que el agente 1 matara a Joe para salvar a Jim y Susan, esto tendría que significar que Joe tiene un derecho negativo más débil a no ser asesinado que si fuera inadmisible matarlo.

(Esto sería cierto incluso si estuviéramos infringiendo y no violando su derecho; uno que no pudiera ser transgredido permisiblemente sería más fuerte.) Puesto que lo que es verdad de él es verdad de todos los demás —como debemos universalizar las propiedades morales— Jim y Susan también tendrían derechos negativos más débiles. Estar protegido por derechos negativos más débiles indica que uno es menos inviolable y, creo, esto indica que uno es un ser de menor valor intrínseco. Cuanto más fuerte es el derecho negativo de uno, más inviolable es uno. Esta inviolabilidad es un *estado* (es decir, nos dice lo que es inadmisible hacerle a una persona); no tiene nada que ver necesariamente con lo que *le sucede* a una persona. Si Jim y Susan son dejados para que los maten porque Joe no es asesinado, son violados pero no son menos inviolables que Joe. Esto se debe a que la moralidad no aprobó (es decir, no implicó que fuera permisible) matarlos; son asesinados injustamente.

En cambio, si hubiera sido permisible matar a Joe para salvarlos, la moralidad apoyaría una forma de matar y, por lo tanto, apoyaría una inviolabilidad reducida para todos, expresando (creo) la opinión de que cada individuo es un tipo de ser menos importante. La preocupación por un derecho puede expresarse racionalmente no actuando como si el derecho que todos tienen fuera más débil, de modo que sea permisible minimizar la violación de ese derecho más débil, sino actuando de acuerdo con la fuerza del derecho. Es importante enfatizar que es la diferencia en la permisibilidad de matar lo que reduciría el estatus, no cualquier asesinato real. Además, lo que es inadmisible hacer y el grado asociado de inviolabilidad no están legislados por nuestra elección de una moralidad dada: no hacemos que las personas sean violables. Ellas merecen o no merecen ser inviolables. Si lo merecen, debemos actuar de acuerdo con eso.

Si existe un derecho negativo fuerte, se podría exigir al agente 1 que no mate a Joe, no por una razón esencialmente centrada en el agente, como que debería estar más preocupado por su propia capacidad de acción que por la capacidad de acción de los demás (o más preocupado por su capacidad de acción *ahora* que por su capacidad de acción anterior o futura). Más bien, se le

exigirá que no mate a Joe por una razón neutral respecto del **agente** (es decir, una razón por la que cada agente debe estar preocupado), la alta inviolabilidad de cualquier persona con la que se enfrente expresada por un derecho negativo fuerte que proteja a las personas. El agente 1 debería ser detenido por el derecho de cualquier persona a la que mataría, pero no porque haya algo especial en esa persona (por ser *su* víctima) o porque haya algo especial para el agente en que sea su acto el que mate (sección 66).

Esta justificación para no minimizar las violaciones de derechos *se centra en la distinción entre el estatus de una persona (lo que es permisible hacerle, expresando qué clase de ser es realmente) y lo que le sucede a una persona en lugar de sobre la distinción entre lo que hace un agente y lo que hace otro agente* . Si hay seres con el elevado estatus de inviolabilidad, esto puede significar que ocurrirán más violaciones. Creo que este análisis implica que, en un nivel superior, el conflicto neutral del agente entre los derechos a no ser asesinado de Joe y los mismos derechos de Jim y Susan desaparece en cierta medida. Supongamos que fuera significativo para cada uno de ellos (ya sea que lo pensaran así o no) que él o ella es un ser digno de alta inviolabilidad. Entonces Jim y Susan son los "beneficiarios" de la inadmisibilidad de matar a Jim. Por supuesto, no se beneficiarán de estar vivos (o de que la gente haga cumplir y reconozca su derecho), como lo hace él. Y "estar vivo" (y, en segundo lugar, el interés en la aplicación y el reconocimiento de su derecho) es un factor importante.

Derechos

El interés (el reconocimiento de derechos) es presumiblemente el interés que la teoría de los derechos basada en el interés considera que el derecho negativo protege. El conflicto de derechos desaparece hasta cierto punto en un nivel superior, en consonancia con una teoría de los derechos basada en el interés, sólo si a una persona le interesa simplemente ser alguien que es digno de un estatus inviolable, ser el tipo de entidad que verdaderamente merece ese estatus.

Pero podemos rechazar incluso esta forma atenuada de la teoría del interés. Una explicación alternativa del derecho (y de otros derechos humanos fundamentales) es que el estatus al que da lugar expresa un bien que no está tanto en el interés de una persona como en el bien que hace que valga la pena proteger sus intereses. Puede que el mundo sea un lugar mejor si hay en él entidades que merecen ese estatus; puede ser un honor para quienes tienen ese estatus tenerlo. Pero el estatus no es importante principalmente porque sea el interés de la persona tenerlo o porque sirva a otros intereses de la persona, si es que sirve. Los derechos humanos fundamentales, al menos, no tienen que ver con la protección de los intereses de una persona, sino con la expresión de su naturaleza como un ser de cierta clase, cuyos intereses vale la pena proteger.

Expresan el *valor de la persona* más que el *valor de lo que es de interés para esa persona* , y no es inimaginable que sea más difícil proteger los otros intereses de una persona sólo por el valor de sus **(p.**

509) persona.67 Sigue siendo cierto que, en un nivel alto, el conflicto entre los derechos, así concebidos, de Joe y el tándem de Jim y Susan desaparece hasta cierto punto: los dos no podrían tener este derecho, este estatus, si Joe no lo tuviera, y esto es independiente del hecho de que se haga valer ese derecho.

Otra forma de plantear este punto es en términos de qué derechos excluyen como razones para invalidarlos. Si las personas tienen un alto grado de inviolabilidad en ciertos aspectos, entonces los derechos que expresan esa inviolabilidad excluirán específicamente ciertos factores como razones para infringir los derechos. Por ejemplo, un derecho que exprese un alto grado de inviolabilidad de la vida podría decir (o implicar) "el derecho de la persona a no ser asesinada no será invalidado ni siquiera para salvar a muchas más personas de ser asesinadas". Esto es lo que Joseph Raz llamaría un derecho que funciona como una razón excluyente. Supongamos que Jim, Joe y Susan tienen cada uno este derecho, pero Jim y Susan verán violado su derecho. Violar a Jim en aras del derecho que todos comparten -es decir, contar números en absoluto- sería contraproducente. Sería contraproducente que fuera

permisible maximizar *la protección del derecho* violando a Joe en aras de Jim y Susan, ya que el derecho dice específicamente que no se debe hacer esto. No podríamos proteger el derecho haciendo permisible hacer lo que en esencia niega que sea un derecho que cada uno tiene. Esto sería un futilitarismo de los derechos. (Este análisis logra, creo, unir (1) la opinión de que la minimización de la transgresión terminaría defendiendo sólo un derecho más débil con (2) la opinión de que hay algo lógicamente incoherente en contar el número de violaciones de derechos o de víctimas de pérdidas comparables. Como tal, este análisis parece unir los dos enfoques diferentes (discutidos anteriormente en las páginas 494-5) para explicar por qué un bien no puede prevalecer sobre un derecho, un enfoque que descarta la agregación en principio, el otro posiblemente la permite. Pero ¿es el sentido de incoherencia el mismo?)68

El análisis que he proporcionado aquí de los conflictos entre derechos negativos y negativos se puede aplicar a otros derechos (por ejemplo,

el derecho a la libertad de expresión) cuando la transgresión del derecho en una persona impediría su transgresión en otras.

De hecho, podemos ver un contraste entre el resultado de este análisis y el resultado del análisis que Waldron ofrece de los conflictos de la libertad de expresión.69 Waldron considera el caso de un conflicto entre los derechos de libertad de expresión de los nazis y los comunistas. Los nazis quieren hablar libremente con el efecto de que los comunistas perderán su derecho a hablar libremente. ¿Podemos interferir con la libertad de expresión nazi *por el bien del derecho a la libertad de expresión en sí* ? Waldron da tres razones para decir que sí: (1) los discursos que reclaman el derecho a hacer pondrían fin a la forma de vida (es decir, a todos los que tienen libertad de expresión) en la que se concibe la idea de la libertad de expresión; (2) el contenido y la tendencia del discurso son incompatibles con el derecho mismo **(p. 510)** que se afirma; y (3) para que cuente como un ejemplo genuino de libertad de expresión, la contribución de una persona debe estar relacionada con su oponente de una manera que deje lugar para ambos.

Las opiniones de Waldron, me parece, dan lugar a una forma más débil del derecho a la libertad de expresión que se requiere si queremos alcanzar el objetivo de mantener cierta libertad de expresión en general. Si cada uno tuviera un derecho más fuerte a la libertad de expresión, podría, según el modelo que presenté anteriormente, excluir como razón para limitarlo la protección de la libertad de expresión en sí. Es decir, el derecho fuerte puede encapsular un *estatus* que cada uno tiene como orador libre, incluso si el respeto por este estatus da como resultado que algunas personas (que todavía tienen el mismo estatus) no hablen libremente porque se viola su derecho de manera indebida. Si bien puede ser incorrecto ejercer este derecho para detener la libertad de expresión de otros (existe una distinción bien conocida entre ejercer un derecho y hacer lo correcto) y si bien podemos infringir (transgredir permisiblemente) el derecho en aras de un bien particular, a saber, que más personas ejerzan efectivamente un derecho a hablar, esto no es lo mismo que justificar transgresiones del derecho por preocupación por el derecho más fuerte a la libertad de expresión en sí. Si violamos este derecho fuerte en aras del bien de las personas que se expresan libremente, lo único que estoy afirmando es que no estamos actuando por preocupación y protección de ese derecho más fuerte.

4. Perspectivas ex ante. Los casos que se consideran como representativos de conflictos de derechos (o intereses) entre individuos pueden, desde una perspectiva suficientemente *ex ante* , hacerse parecer como casos en los que los individuos, por acuerdo, renuncian a sus fuertes derechos para promover *sus propios intereses* . Así pues, consideremos de nuevo el caso de matar a uno (de una manera que se considera ordinariamente una violación de un derecho) con el fin de salvar a cinco de ser asesinados. Hay (al menos) dos tipos de perspectivas *ex ante* que podemos adoptar sobre esto. Desde cualquiera de las dos, cualquier persona considera que podría ser la persona que será sacrificada o uno de los cinco que serán salvados por el sacrificio. En *ex ante* (1), cada uno tiene una

probabilidad (subjetiva) de ser una persona real que *nunca* tuvo ninguna posibilidad de ser uno de los que se salvarían, sino solo la certeza de ser el sacrificado. En *la perspectiva ex ante* (2), cada uno es una persona real, que tiene una probabilidad menor (subjetiva) de ser la sacrificada y una probabilidad mayor (subjetiva) de ser una de las cinco beneficiadas. Creo que la perspectiva *ex ante* (2) ofrece una base más sólida para argumentar que deberíamos pensar en los derechos como si se hubiera renunciado a ellos. Es más difícil imponer una pérdida a una persona que en su vida real (no hipotética) nunca tuvo la oportunidad de beneficiarse de un acuerdo que ahora le cuesta algo, incluso si tenía la oportunidad de ser una persona diferente que realmente tenía la oportunidad de beneficiarse (como en la perspectiva *ex ante* (1)).

Desde cada una de las perspectivas *ex ante* , hay dos actitudes que se pueden adoptar ante las diferentes posiciones que podrían ocuparse (es decir, el sacrificado o el salvado). En la primera, cada persona puede concebir la posición del sacrificado como una en la que *tiene* una menor probabilidad de caer. Esta forma de pensar permite a cada uno imaginar que nadie caerá realmente en esa posición. Sin embargo, de hecho sabemos que alguien caerá definitivamente en esa posición. Por lo tanto, cada uno debería adoptar más bien la segunda actitud: cada uno debería pensar en esa posición no sólo como una en la que corre el riesgo de estar, sino como una posición **que** alguna persona ocupará realmente. De hecho, tal vez debería considerar sólo que es una posición que alguna persona ocupará realmente.70

¿Cómo debería cada uno de nosotros concebir a esa persona realmente desafortunada si hubiera un acuerdo para matarla para salvar a cinco?

Como alguien que (en *ex ante* 2) estaba dispuesto a correr el riesgo de ser asesinado (en un momento en el que no estaría dispuesto a ser asesinado) para maximizar sus propias posibilidades de no ser asesinado (ya que tiene una mayor probabilidad de ser asesinado si no está dispuesto a correr este riesgo). Las personas corren riesgos de muerte todo el tiempo para aumentar su probabilidad de supervivencia, así como por otros bienes menores. Por

ejemplo, algunas personas corren el riesgo de morir por un efecto secundario al tomar un medicamento que tiene una probabilidad mucho mayor de salvarles la vida. Pero en nuestro caso, a diferencia de este caso, la muerte se impone deliberadamente en un momento en el que sabemos que ya no puede ser en el interés de la persona correr el riesgo. Era simplemente en su interés *ex ante* correr el riesgo de ser puesto en esta posición más tarde.

¿Cómo podemos defender nuestros derechos contra este razonamiento de renuncia *ex ante* , que es una forma real de enajenación de un derecho en un momento posterior? Una forma de proceder es invalidar la relevancia del razonamiento *ex ante* para las conclusiones morales en su conjunto. Según esta perspectiva, debemos decidir cómo tratar a una persona simplemente considerando lo que le haremos en relación con sus necesidades y efectos sobre los demás. El hecho de que cada persona tenga la misma probabilidad de ser esa persona y que cada una maximice sus posibilidades de satisfacer sus intereses mediante la capacidad de tratar a otra de esa manera no tiene ninguna influencia en la decisión de si esa forma de trato es moralmente apropiada.7

1 Otro enfoque (relacionado) es argumentar que el derecho a

Algunas formas de tratamiento no son enajenables *ex ante* , ni siquiera en aras de maximizar los propios intereses, presumiblemente porque el derecho a no recibir tal tratamiento expresa el valor de la persona, que es la base de la importancia de promover sus intereses desde el principio. El hecho de que *ex ante fuera* en beneficio de los propios intereses el riesgo de ser tratado de una determinada manera (de otro modo inadmisible) no demuestra que sea permisible ser tratado de esa manera. (Esto puede dejar abierta la posibilidad de que sea permisible, en el momento en que se impone la pérdida (o en el momento consciente más cercano a ella), permitir voluntariamente que uno mismo sea sacrificado por el bien de *los demás* (en lugar de como un paso final para haber maximizado los propios intereses *ex ante*) o permitir voluntariamente que uno mismo sea sacrificado en un momento en que esto sucede todavía en aras de los propios

intereses. Esto se describe más apropiadamente como una renuncia al derecho en lugar de una enajenación.) 72

Hay al menos un problema con designar algunos derechos como inalienables de esta manera. Se puede demostrar, creo, que el mismo derecho que no es enajenable *ex ante* por una razón puede serlo por otra. Y parece que el que sea enajenable o no es una función no de cuántas personas sufrirían una pérdida comparable a la de la persona sacrificada, sino más bien de cuánto peor sería el destino de las personas que **(p. 512)** se beneficiarían del sacrificio de uno. (Considero esto como un respaldo adicional a la opinión de Thomson (descrita anteriormente), de que la agregación no tiene ningún papel en la permisibilidad de infringir derechos, pero sí lo tiene la prevención de un destino suficientemente peor.)73

Consideremos, por ejemplo, que podría ser incorrecto acordar *ex ante* cortarle el brazo a alguien en un momento en que no está dispuesto a darlo para salvar el brazo de cada una de cinco personas, aun cuando tal acuerdo maximizaría sus posibilidades de conservar un brazo. ¿Significa esto que el derecho a no dejarse cortar el brazo para ayudar a otros es inalienable *ex* ante?

Derechos

En el caso de las dos enfermedades,74 hay dos enfermedades en una comunidad. Una, la enfermedad del brazo, causa la caída de un brazo por persona y es muy frecuente entre una parte de la población cuyos miembros podemos identificar de antemano. La segunda, la enfermedad de la muerte, es muy rara en una parte *diferente de* la población que podemos identificar como susceptible a ella. Lo único que cura la enfermedad del brazo es un suero hecho tomando el dedo de una persona que estuvo sujeta a la enfermedad de la muerte pero no la contrajo, y la única cura para la enfermedad de la muerte es un suero hecho tomando el brazo de una persona sujeta a la enfermedad del brazo que no la contrajo.

Creo que sería de interés, *ex ante* , para todos los involucrados llegar a un acuerdo para proporcionar los recursos necesarios para fabricar los sueros en el momento en que se necesiten, y que la aplicación de este acuerdo no sería moralmente incorrecta. Esto es así a pesar de que se trata de un acuerdo de tipo *ex ante* (1), ya que las personas reales conocen las enfermedades a las que están sujetas. Hay una alta incidencia de la Enfermedad del Brazo, por lo que hay una alta probabilidad de que las personas que alguna vez fueron susceptibles a la Enfermedad de la Muerte pierdan un dedo a cambio de evitar el pequeño riesgo de una gran pérdida para ellos, es decir, la muerte. Hay una baja incidencia de la Enfermedad de la Muerte, por lo que hay una baja probabilidad de que una persona que alguna vez fue susceptible a la Enfermedad del Brazo pierda un brazo (en última instancia), a fin de reducir una alta probabilidad de que sufra la pérdida de un brazo.

Este es un caso en el que una persona con brazo tendría que pagar con el *mismo objeto* que había intentado para aumentar su probabilidad de conservar (su brazo) en un momento en el que se sabe que ya no le conviene hacerlo (porque ya no enfrenta la amenaza de la enfermedad del brazo), habiendo recibido solo los beneficios de una mayor probabilidad de protección contra la enfermedad del brazo. En este caso, el brazo se sacrificaría para evitar una pérdida aún mayor (muerte) para otra persona. Es decir, lo que pierde la persona sacrificada es significativamente menor que lo que perdería la persona que se salva si no se salvara.

Por último, cabe señalar que la forma en que se produciría un daño parece crucial para determinar si el mero hecho de que un mayor número de personas se salve de la misma pérdida puede justificar el daño. A este respecto, considérese el caso de las ambulancias. En el caso de las ambulancias 1,7

no una ambulancia. Si la tiene, salvará muchas vidas que de otra manera se perderían, pero un pequeño número de personas que de otra manera no habrían muerto prematuramente serán atropelladas por la ambulancia mientras se dirige al hospital. De hecho, podemos imaginar que (por alguna razón) se sabe que sólo las personas que

no necesitarían la ambulancia para salvar sus vidas serán atropelladas por ella. En el momento del acuerdo, nadie sabe si esa persona es esa persona. Este es un caso de tipo *ex ante* (1). ¿Es permisible tener la ambulancia? Tal vez sí, y con mayor certeza aún, sería permisible en casos de tipo *ex ante* (2).

De ahí que las meras cifras de pérdidas igualmente grandes que se producirán parezcan moralmente relevantes en este caso.

Consideremos ahora el caso 2 de la ambulancia. La misma comunidad está decidiendo las reglas para el funcionamiento de la ambulancia. Se salvarán más vidas en general si se acuerda que, cuando la ambulancia se dirija al hospital con muchas personas cuyas vidas se deben salvar, no se detendrá (aunque podría hacerlo) para evitar atropellar a alguien que se interponga en su camino. ¿Debería la comunidad aceptar esto? Otra posibilidad en el caso 3 es que la comunidad acepte instalar nuevos frenos que hagan imposible que la ambulancia se detenga antes de atropellar a alguien cuando haya más personas en la ambulancia que podrían salvarse que las que serían atropelladas en la carretera. Estos acuerdos parecen inadmisibles.

El derecho de las personas a no ser asesinadas podría presentarse como una razón para no introducir vehículos que podrían matarlas, si no se derivara ningún beneficio de tener esos vehículos. Pero en el caso 1, el beneficio unido al hecho de que nadie hace nada deliberadamente —aparte de tener los vehículos por el mero hecho de obtener un beneficio— para causar daño parece derrotar una objeción basada en el derecho a no ser asesinadas. En el caso 2, por el contrario, hacemos deliberadamente lo que sabemos que matará a alguien cuando podríamos evitarlo fácilmente (aunque a costa de salvar más vidas). Esta manera de causar la muerte hace que la objeción del derecho a no ser asesinadas sea apropiada, y el mayor número de quienes morirán es insuficiente para invalidarla. En el caso 3, hacer deliberadamente imposible que evitemos fácilmente matar a alguien también queda descartado por el derecho a no ser asesinadas.76

Notas:

(1) Sobre la idea de las razones excluyentes, véase *The Morality of Freedom* (*MF*) de Joseph Raz (Oxford: Oxford University Press, 1986).

(2) Consideremos el siguiente caso como posible apoyo intuitivo para tales derechos de grupo: supongamos que los miembros de un grupo Página 20 de 26

Derechos

(que se identificaban con el grupo) han sido asesinados injustamente por ser miembros del grupo. No tienen descendientes familiares directos. Si ellos o sus descendientes hubieran seguido vivos, habrían tenido derecho a una compensación por la persecución. ¿Sería irrazonable argumentar que el grupo al que pertenecían tiene derecho a recibir la compensación (al igual que los descendientes familiares) y el deber de utilizarla para otros miembros del grupo? Este es un caso en el que la compensación se debe al grupo, no es simplemente una cuestión de que sea justo que reciban una parte justa del dinero. Porque el grupo puede ser muy acomodado, teniendo más de lo que le corresponde en bienes. De hecho, si no tuvieran derecho al dinero, sería moralmente incorrecto dárselo, ya que el dinero se gastaría mejor en otros.

(3) En *Concepciones jurídicas fundamentales* (New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1923).

(4) En 'La naturaleza y el valor de los derechos', *Journal of Value Inquiry* , (1970).

(5) Los médicos estaban muy dispuestos a pensar que ellos mismos tenían deberes y que sus pacientes eran el objeto de esos deberes. Sin embargo, se resistían a la idea de que los pacientes tuvieran derechos de reclamación contra ellos, y esto implica que se resistían a la idea de tener un deber (deber) hacia el paciente.

(6) En *El reino de los derechos* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990).

(7) Los deberes correlativos a los derechos también pueden ser anulados por actos supererogatorios. Sobre este tema, véase mi artículo 'Supererogación y obligación', *Journal of Philosophy* (marzo de 1985), y más adelante.

(8) Judith Thomson distinguió entre infringir un derecho (permisible) y violar un derecho (inpermisible). También distinguiré entre transgredir permisiblemente un derecho (infringir) y transgredir inpermisiblemente un derecho (violar). Por lo tanto, "transgredir" es neutral entre lo permisible y lo inpermisible. Nótese también que violar un derecho es diferente de violar a una persona. Este último es algún tipo de intrusión física, permisible o inpermisible.

Para la distinción de Thomson, véase 'Ruminations on Right', reimpreso en la colección de sus ensayos, *Rights, Restitution y Riesgo: Ensayos sobre Teoría Moral* , ed. WA Parent (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986) y también en su *The Realm of Rights* .

(9) Dado que ésta es la opinión de Thomson (egp 94 n. 7), resulta extraño que ella afirme (p. 96) en *The Realm of Rights* que si uno paga una compensación, es inapropiado sentirse culpable por no haber cumplido con el deber estrictamente correlativo al derecho. ¿No podría ser apropiada la culpa por no haber cumplido con aquella parte del derecho cuyo cumplimiento ocupa un lugar de honor?

(10) Debo este punto a David Enoch.

(11) En 'Bentham sobre los derechos legales', *Oxford Essays in Jurisprudence: Second Series* , ed. AWB Simpson (Oxford: Oxford University Press, 1973).

(12) En Samuel Scheffler, *El rechazo del consecuencialismo* (Oxford: Oxford University Press, 1986).

(13) Raz dice que los derechos dan lugar a deberes; los deberes no dan lugar a derechos. Pero en este caso, un deber sí parece dar lugar a un derecho.

(14) Además, si un derecho general está conectado con varios deberes dirigidos (cada uno de los cuales implica un

derecho correlacionado particular), entonces al menos el derecho general parece anterior a los deberes. El hecho de que los derechos puedan dar lugar a nuevos deberes es lo que Joseph Raz considera el carácter dinámico de los derechos. Véase *MF* , 171.

(15) Obviamente, esto debe presuponer algo más que una teoría utilitarista del acto de los deberes.

(16) En 'Bentham sobre los derechos legales'.

(17) 'Bentham y los derechos legales'.

(18) Véase Joel Feinberg, 'La eutanasia y el derecho inalienable a la vida', *Philosophy & Public Affairs* , 7 (1978).

(19) Este punto fue planteado por Peter Graham.

(20) En 'La naturaleza y el valor de los derechos'.

(21) *MF* , 166. Raz se adhiere a una teoría benthamita amplia de los derechos. Sin embargo, nótese que la teoría de Bentham no requiere que un interés en el beneficiario sea suficiente para que exista un deber a fin de que exista un derecho, incluso si el derecho está alojado en el beneficiario. La teoría de Bentham deja abierta la posibilidad de que la directiva de *A de que B* promueva el interés de *C* sea necesaria -además del interés de *C*- para dar lugar al derecho de *C* (suponiendo que la teoría no se equivoque al ubicar el derecho en *C*). De modo que la teoría de Raz parece ignorar la posibilidad de que un agente pueda, en virtud de tener un cierto poder, otorgar a alguien un derecho, suponiendo que el receptor tenga las propiedades que lo hacen capaz de ser un titular de derechos en absoluto. Otro contraste con Bentham se notará en el texto.

(22) *MF* , 183.

(23) 'La naturaleza y el valor de los derechos'.

(24) En 'Derechos y bienestar individual', *Ética en el dominio público* (Nueva York: Oxford University Press, 1994), 55.

(25) Sugerencia de David Enoch.

(26) Este ejemplo es de Larry Temkin.

(27) Es de suponer que uno no tiene derecho a hablar sobre sí mismo —aunque esto es lo que realmente conviene más a cualquier persona según el análisis de Raz—, ya que entonces los demás tendrían el deber de hablar.

(28) Thomas Nagel presenta un argumento similar en 'Personal Rights and Public Space', *Philosophy & Public Affairs* , 24/2 (primavera de 1995).

(29) Los derechos que se deben al valor de la persona y a su soberanía sobre sí misma son presumiblemente derechos que todas las personas tienen y son (al menos) derechos humanos fundamentales. En este capítulo no abordaré en detalle la cuestión de cuáles son estos derechos humanos, pero puede ser útil poner en alerta algunas cosas. Cuando algunos señalan la capacidad de una persona para actuar a la luz de razones, derivan un derecho humano fundamental al libre albedrío, incluyendo tal vez derechos a condiciones para el mantenimiento de ese libre albedrío. Tal vez sea una decisión correcta, pero debemos ser cuidadosos con la manera en que la interpretamos. Ya he sugerido que un derecho fundamental al libre albedrío no necesariamente deriva de que ese libre albedrío sea un bien para la persona. Ahora bien, observemos que si le quitamos un riñón a alguien contra su voluntad o interferimos en sus acciones en varias ocasiones, todavía no interferimos en su condición de agente libre ni en las condiciones para que sea un agente libre. (James Griffin ha señalado esto en un material inédito.) Pero es un error pensar que es permisible hacer lo que sea que permita a alguien seguir siendo un agente libre incluso cuando esto interfiera con decisiones particulares que toma como agente libre. El respeto por alguien como agente libre requiere respeto por las expresiones

particulares de su agencia. Sin embargo, sus decisiones como agente de ejercer control sobre las cosas solo deben respetarse cuando se refieren a lo que tiene derecho a controlar (o al menos a intentar controlar). Por lo tanto, si toma la decisión de renunciar a su propio riñón, su decisión debe ser respetada. Cuando decide donar su riñón, su decisión no necesita ser respetada. Esto sugiere que, además de cualquier derecho fundamental a la libre agencia, habrá derechos fundamentales a aquellas cosas que hacen de uno una persona separada (por ejemplo, las partes del cuerpo de uno), independientemente de que esas cosas sean o no condiciones necesarias para ser un agente libre. Esto es lo que quiero decir cuando me refiero a la soberanía de una persona sobre sí misma.

(30) En la sección 3.2, me extenderé más sobre cómo un derecho y su rigor pueden no ser una función del interés que protege. Los puntos que he señalado sobre la posible independencia de los derechos respecto de los intereses también se relacionan con las tesis de Louis Kaplow y Steven Shavel en su manuscrito *Principles of Fairness versus Human Welfare* .

Suponen que la satisfacción de las preferencias es de importancia fundamental, más que la satisfacción de los intereses. Pero no ven los derechos como formas de satisfacer las preferencias; más bien critican los derechos por interferir en la satisfacción de las preferencias. Cuando un derecho interfiere en la satisfacción de las preferencias de cada persona, afirman que el derecho es irracional. Sin embargo, he sugerido que el derecho a castigar, si se ejerce, puede interferir en la satisfacción de las preferencias de todos y, sin embargo, no ser irracional. Además, ¿cómo podemos suponer que la satisfacción de las preferencias es de importancia fundamental? Los objetos de algunas preferencias no tienen valor, no representan verdaderos intereses o valores. Incluso cuando esto no es un problema, podemos preguntarnos si la satisfacción de las preferencias (o intereses) de algunas criaturas importa a menos que importen. Y tal vez ciertos derechos reflejen el valor de ciertas criaturas (personas versus pingüinos), una presuposición necesaria de la importancia de satisfacer sus preferencias. (Y un argumento contra la satisfacción de

preferencias que interfieren con el respeto continuo por lo que da Página 22 de 26

Derechos

las criaturas su valor.)

(31) Así pues, si la teoría de los derechos de Bentham dice que tener un derecho hace de uno el beneficiario de un deber, esto sólo podría ser una condición necesaria, no suficiente, para tener un derecho.

(32) Cuando debemos decidir si utilizar nuestros recursos para ayudar a una o dos personas, creo que es correcto salvar al mayor número. Podemos utilizar un argumento de ponderación que nos diga que lo que se le debe a cada persona debe sopesarse con la persona opuesta igual, y que la persona restante decide la cuestión. Pero cuando salvar a las dos personas requiere que utilicemos a la otra persona (no nuestros recursos), el hecho de que tenga derecho a controlar su propia vida descarta el uso del argumento de ponderación. (Sobre el argumento de ponderación, véase mi *Moralidad, mortalidad, vol. I: Muerte y A quién salvar de esto* (Nueva York: Oxford University Press, 1993).

(33) Analicé este tema por primera vez en 'Supererogación y obligación', y más adelante en el capítulo 12 de *Moralidad, mortalidad, vol. ii: Derechos, deberes y estatus* (Nueva York: Oxford University Press, 1996).

(34) Bajo el término “bienes” incluyo tanto los beneficios como la evitación del daño.

(35) Dworkin, 'Los derechos como triunfos', en *Teorías de los derechos* , ed. J. Waldron (Oxford: Oxford University Press, 1984).

(36) Thomson es cuidadosa al distinguir su opinión sobre qué hacer cuando un derecho entra en conflicto con bienes de lo que se debe hacer cuando los bienes para una persona entran en conflicto con los bienes para muchas. En el último caso, es permisible, según su opinión, agregar (al menos) el número de personas que sufrirán igualmente

malos destinos y a las que se puede ayudar por igual. Así, en ausencia de derechos, se debería salvar a diez personas en lugar de salvar a una sola.

(37) Véase Nagel, 'Derechos personales y espacio público'.

(38) El término es de Robert Nozick. Véase *Anarchy, State and Utopia* (Nueva York: Basic Books, 1973).

(39) Véase, por ejemplo, Amartya Sen, 'Derechos y Agencia', *Philosophy & Public Affairs* , 11 (1981).

(40) Y esto no es porque de otro modo quisiera tener la intención de que se realice el acto por mano de otro, pues no necesito tenerla.

Por ejemplo, puedo ser una persona muy ocupada y hacer algún esfuerzo para que no se produzcan transgresiones es una imposición que me gustaría evitar, pero tengo una razón para hacer el esfuerzo.

(41) He analizado este enfoque en 'Harming Some to Aid Others', *Philosophical Studies* (noviembre de 1989),

'El no consecuencialismo, la persona como fin en sí misma y la importancia del estatus', *Philosophy & Public* Affairs (1992), y en *Morality, Mortality* , i . Lo que digo sobre la inviolabilidad de las personas se aplica únicamente a los espectadores inocentes y no amenazantes. Nada de lo que digo niega que sea permisible violar a los agresores, las amenazas, etc.

(42) Obsérvese que no he explicado aquí por qué el valor de una persona se expresa en una alta inviolabilidad en lugar de en un estado de alta "salvabilidad", de modo que debemos sacrificar a una para salvar a muchas de la muerte natural. Pero, en relación con esto, creo que el siguiente punto es importante: el estado de las personas en cuanto personas es una función de lo que es cierto de cualquier persona en particular. Si usted debe ser salvado simplemente porque está en un grupo con más personas, eso no indica que usted o los demás como individuos tengan una mayor capacidad de salvación, solo que la cantidad de personas podría afectar lo que deberíamos

hacer. Estrictamente hablando, un estado de alta capacidad de salvación tendría que aparecer como un deber de hacer mucho para salvar a cualquier persona *en particular* . (Sería paradójico decir que esto se manifestó en la permisibilidad de matar a alguien para salvarlo de algo menos que la muerte, porque entonces el que sería asesinado es el que más debería ser salvado.) Este punto — que el estatus es determinado persona por persona y no es afectado por los números— puede estar relacionado con la posición de Thomson de que los números no cuentan para decidir si transgredir un derecho por un gran bien (incluso si cuentan cuando transgredir un derecho *no está* en juego o en conflictos entre derechos del mismo tipo).

(43) Presenté por primera vez este tipo de caso en *Moralidad, Mortalidad* , I, cap. 11.

(43) Para más detalles sobre esto, véase 'Hacia la esencia del no consecuencialismo', en *Hecho y valor: ensayos sobre ética. y Metafísica para Judith Jarvis Thomson* , eds. Byrne, *et al* . (Cambridge, Mass.: MIT Press, 2001).

(44) Volveré sobre esta cuestión más adelante.

(46) Este caso, los que siguen y la discusión de ellos repiten lo que dije primero en mi 'Supererogación y Página 23 de 26

Derechos

Obligación'.

(47) Para más detalles sobre la explicación de la intransitividad, véase 'Supererogación y obligación' y el capítulo 12 de mi *Moralidad, Mortalidad* , yo.

(48) Para una discusión más detallada de esta cuestión, véase mi artículo 'Conflictos de derechos: tipología, metodología y no consecuencialismo', en *Legal Theory* , 7 (2001), 239-54.

(49) Waldron, en 'Rights in Conflict', *Liberal Rights* (Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press,

1993), al que también se refieren todas las notas posteriores.

(50) Waldron (ibid.) sugiere que en un sistema relativo al agente, en el que sólo se aplican derechos negativos, no puede haber conflictos, pero esto parece erróneo. Un caso ligeramente diferente es el de un agente que tiene que elegir entre (*a*) desactivar una amenaza que inició en el pasado contra una persona y que está a punto de concretarse ahora, y (*b*) iniciar ahora una amenaza contra otra persona. En este caso, el agente se convertirá en el violador de los derechos negativos, haga lo que haga, pero en el momento actual se enfrenta a un conflicto entre un derecho negativo y un deber positivo de ayudar a su víctima potencial de una violación de derechos negativos.

(51) En *el ámbito de los derechos* .

(52) Más arriba, describí un sentido de rigor como una función de cuánto bien se necesita para invalidar permisiblemente un derecho. La conexión de estas dos ideas indica que la cantidad de bien necesaria para invalidar permisiblemente un derecho es una función de la importancia del interés protegido.

(53) Thomson, *El reino de los derechos* .

(54) La agregación de derechos no siempre debería decidir las cuestiones. Supongamos que *A* en la isla *A* tiene un derecho contractual a que le salven la vida y lo mismo tiene *B* en la isla *B* , pero sólo podemos ir en una dirección. En la isla *B* también se encuentra *C* , que tiene un derecho contractual a que le curen el dolor de garganta, lo que también podríamos hacer si fuéramos a ayudar *a B.* Creo que sería un error dejar que el derecho mucho menos significativo de *C* decida cuál de los dos, *A* o *B,* obtiene su derecho importante. Para más información sobre estas cuestiones, véase mi *Moralidad, mortalidad* , 1.

(55) Alon Harel sostiene que la libertad de expresión puede ser violada con el fin de evitar insultos, pero no para ganar una guerra, aunque este último objetivo es más importante. Pero en este caso no todas las cosas son iguales; la libertad de expresión desempeña un papel importante para

garantizar que la guerra esté justificada y se lleve a cabo correctamente.

(56) La prueba del esfuerzo y la elección también podrían divergir cuando el conflicto es entre un acto supererogatorio y un deber.

Uno podría hacer más para cumplir un acto supererogatorio de lo que se le exige que haga para cumplir un deber, y sin embargo no debería violar el deber de cumplir el acto supererogatorio. (En 'Supererogación y obligación', describí diferentes conflictos entre la prueba de elección y esfuerzo: uno podría estar obligado a hacer un gran esfuerzo para cumplir un deber pero no para un acto supererogatorio, y sin embargo el acto supererogatorio podría ser elegido en lugar del deber.) (57) Para una discusión de este tipo de intransitividades, véase mi 'Supererogación y obligación', *Moralidad, mortalidad* (i, cap. 12).

(58) Las cuestiones que se plantean aquí son similares a las que se plantean en el debate sobre si el deber de no matar es más estricto que el de no dejar morir. Véase mi análisis de esa cuestión en *Moralidad, Moralidad* , i .

(59) La formulación no se refiere a si los derechos prevalecen sobre otros derechos. Véase "Los derechos como prerrogativa".

(60) Es posible que algunos argumentos de política pública que exigen acciones para prevenir la violación de derechos utilicen incorrectamente el argumento de los derechos como prioridad.

(61) Nótese también que si bien Waldron tiene toda la razón al reconocer que un deber de cuarto rango asociado con la tortura puede ser superado por un deber de segundo rango asociado con la libertad de expresión, esto todavía no demuestra que el deber de *n* rango asociado con *R*

1 no superaría en rango al deber de rango *n* asociado con *R* 2. Incluso esta afirmación adicional podría tener evidencia del hecho de que, si bien no torturar hasta la muerte es más importante que no matar intencionalmente (sin

tortura), esto por sí solo no implica que rescatar a las víctimas de intentos de muerte por tortura sea más importante que rescatar a las víctimas de intentos de asesinato ordinarios. A continuación se presenta una explicación (que no necesariamente apoyo) de por qué

Derechos

Puede ser así. Torturar es maltratar a alguien de una manera que es aún más incompatible con su naturaleza de persona que matarlo. Pero cuando tenemos que decidir a quién dejar a su triste destino, no aprobamos este trato inapropiado. Por lo tanto, solo la pérdida que sufriría cada persona podría ser relevante y no deberíamos permitir una pérdida adicional (por tortura) que es pequeña en comparación con la pérdida de la que cada uno podría ser salvado (la muerte) para decidir a quién ayudamos.

(62) El propio Dworkin hace uso de una distinción no consecuencialista en su defensa del derecho a solicitar el suicidio asistido por un médico. Considera la objeción de que dicho derecho (y el derecho asociado del médico a actuar en consecuencia) puede conducir a más violaciones del derecho a no ser asesinado contra la propia voluntad mediante el ejercicio erróneo del derecho. Si bien admite que una cantidad suficiente de tales errores previstos podrían pesar en contra del derecho, insiste en que la *intención del gobierno* de negar el derecho de alguien al suicidio asistido debe contrastarse con su previsión (pero no intención) de esos errores. Véase 'The Philosophers' Brief to the US Supreme Court', *The New York Review of Books* (27 de marzo de 1997), 41-7.

(63) Esta cuestión está relacionada con mi análisis de las opiniones de Peter Unger en *Living High and Letting Die* (Nueva York: Oxford University Press, 1998). Véase mi artículo "Rescue and Harm", *Legal Theory* , 5/1 (marzo de 1999). Espero añadir (sobre esta cuestión) a esos comentarios en el futuro. Por supuesto, esto no significa que si nos enfrentamos a un conflicto entre (*a*) *que A* muera como consecuencia de girar un tranvía para salvar a un número mayor de personas o (*b*) *que a A* le amputen la pierna intencionalmente para salvar a un número mayor de

personas, debamos elegir (*a*). Podemos hacer lo que sería inadmisible (amputarle la pierna) si se hiciera por sí solo, como sustituto de lo que es permisible hacer si esto es en interés de *A.* A esto lo llamo el Principio de Permisibilidad Secundaria.

(64) En su introducción a *Teorías de los derechos* .

(65) Como en 'Restricciones centradas en el agente desde adentro hacia afuera' de Stephen Darwal, *Philosophical Studies (1982), y Ethics and Economics* de Elizabeth Anderson (Cambridge: Cambridge University Press, 1993).

(66) Cuando no hay intereses en juego si se protegen los derechos, resulta especialmente claro que la preocupación por los derechos por sí sola no conduce necesariamente a la minimización de las violaciones de los mismos. Consideremos el caso del sacerdote. Cada sacerdote tiene derecho a que yo le haga una reverencia, simplemente como muestra de respeto. Un sacerdote viene por el camino, así que debo hacer una reverencia. Pero detrás de él vienen cinco sacerdotes. Si me inclino ante el primero, habrán superado el punto en el que puedo inclinarme ante ellos. Además, alguien más no se inclinará ante ellos, y podría evitarlo si no me inclino ante el primer sacerdote.

Parece claro que debo cumplir con el derecho del primer sacerdote con el que me encuentro. Este caso sugiere que podría tener más sentido (aunque no fuera correcto) transgredir un derecho para proteger intereses en lugar de por la preocupación de minimizar las violaciones del derecho. Para más información sobre esto, véase mi *Moralidad, Mortalidad* , i.

(67) Aquí podríamos recordar la opinión de Mil de que uno podría preferir ser un Sócrates insatisfecho que un tonto satisfecho.

(68) Se podría argumentar que el mejor estado de cosas es aquel en el que es cierto que las personas tienen el estatus de inviolables pero alguien actúa de manera inadmisible violando a una persona con el fin de evitar que otras sean violadas. Pero esto sólo demuestra que nuestro objetivo no debería ser producir el mejor estado de cosas, sino más

bien actuar de acuerdo con los valores (como la inviolabilidad de las personas) que existen.

(69) En 'Derechos en conflicto'.

(70) Thomas Scanlon enfatizó la distinción entre estas dos actitudes en 'Utilitarismo y Contractualismo', *Utilitarianism and Beyond* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982).

(71) Creo que Thomas Scanlon mantiene esa postura. Véase *What We Owe to Each Other* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998).

(72) Véase Feinberg, 'La eutanasia y el derecho inalienable a la vida'.

(73) Sin embargo, en un caso de Troley adecuadamente descrito, la propia Thomson está dispuesta a hacer uso de la alienación *ex ante para justificar el asesinato de algunos para salvar a un mayor número de otros (aproximadamente) cuando esto disminuye la probabilidad subjetiva ex ante de que* cada persona pierda lo que es importante para ella. Véase *El reino de los derechos* .

(74) Analicé este caso por primera vez, así como los casos de ambulancia que siguen, en *Moralidad, mortalidad* , página 25 de 26.

Derechos

(75) Sugerido por Ronald Dworkin.

(76) Creo que hay cierta similitud entre mi uso de los casos de ambulancia y el análisis de los casos que hace Thomas Scanlon en su sección sobre la relevancia de la probabilidad de daño en su *What We Owe To Each Other* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998), 206–9.

FM Kam

FM Kamm, Profesor de Filosofía, Medicina (Bioética) y Facultad de Derecho, Universidad de Nueva York.





Ley y obligaciones

Manuales de Oxford en línea

Ley y obligaciones

Leslie Verde

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0013

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo explora los fundamentos del escepticismo y mide sus implicaciones para la teoría jurídica. Distingue el derecho de todas las demás formas de orden social. Algunas opiniones tergiversan la restricción que el carácter obligatorio del derecho impone a la teoría jurídica, pues pasan por alto tres cuestiones diferentes, a saber, la normatividad del derecho, la legitimidad y la obligación. Son compatibles en conjunto con el positivismo jurídico más estricto o el derecho natural. Ayudan a fundamentar una explicación de la lealtad al derecho. La trayectoria de la teoría del consentimiento frente a su evidente fracaso de

universalidad es una historia de su extensión, dilución y, en última instancia, subversión. El artículo debate si la obligación política es de algún modo inevitable o necesaria. Los fracasos acumulados de todas las teorías voluntarias y no voluntarias sugieren firmemente que no existe la obligación de obedecer la ley.

Palabras clave: escepticismo, normatividad, legitimidad, teoría del consentimiento, obligación El DERECHO es un reino de obligaciones y deberes.

1 Puede exigirnos que luchemos en guerras, que nos abstengamos de agredir, que paguemos impuestos, que cumplamos acuerdos, que seamos cuidadosos, que denunciemos delitos, que protejamos el medio ambiente y que aceptemos sus sentencias como vinculantes y definitivas. Crear, modificar y hacer cumplir tales obligaciones no es la única tarea del derecho. También garantiza derechos, confiere poderes, define términos, etcétera. Si bien sería erróneo sugerir que estas obligaciones pueden reducirse de algún modo a obligaciones, no es menos cierto que sólo pueden entenderse plenamente en relación con ellas. Para comprender la importancia del poder de contratar, por ejemplo, hay que entender que da lugar a deberes de cumplir o pagar daños y perjuicios. Para entender el derecho a la libertad de expresión, hay que ver que fundamenta en los demás el deber de no callar. Para entender la definición de "menor" hay que entender las obligaciones de las que están exentas esas personas y aquellas que no pueden crear o cambiar.

El carácter obligatorio de la ley es central por otra razón. Las obligaciones legales pueden entrar en conflicto, no sólo con intereses personales estrechos, sino con muchas otras obligaciones importantes. El deber de prestar el servicio militar puede entrar en conflicto con el deber de cuidar de la propia familia, el deber de enviar a los hijos a la escuela con el deber religioso de promover la fe. La propia actitud de la ley ante tales conflictos es clara: sus requisitos deben tener prioridad, salvo que permita otra cosa.

Pero ¿deberíamos *aceptar* esta actitud perentoria, y sobre qué bases? Obviamente, las obligaciones jurídicas

particulares pueden exigir cosas que, por sus méritos, deberían hacerse de todos modos: las exigen la moralidad, la eficiencia, la cortesía, etcétera. Pero algunos quieren añadir otro argumento. Dicen que, además de esas consideraciones, también tenemos la obligación moral de hacer todas y cada una de esas cosas *porque* las exige la ley, al menos cuando el sistema jurídico es razonablemente justo. Es decir, apelan a lo que la tradición filosófica occidental llama una doctrina de la "obligación política " . El hecho de que exista tal razón es de importancia tanto filosófica como práctica, ya que la propia visión de la ley sobre el contenido y la exigencia de sus obligaciones se ve reforzada, como dijo Locke, por cualquier pena, incluida la muerte. En ningún otro lugar hay más en juego.

La tradición estaba segura de la existencia de la obligación política y sólo dudaba de cuál de los dos motivos principales la justificaba. Las teorías voluntaristas encuentran su expresión más influyente en los escritos de John Locke, quien sostiene

que tenemos el deber de obedecer la ley cuando, y sólo cuando, consentimos en su imperio. El enfoque opuesto, defendido por el crítico de Locke, David Hume, sostiene que nuestros actos voluntarios son irrelevantes en este caso, y que la obligación de obedecer está suficientemente justificada por el valor del gobierno bajo la ley. Por supuesto, estas dos alternativas no fueron universalmente aceptadas, pero hasta hace poco tiempo sólo los anarquistas y otros que rechazan el imperio de la ley abrigaban serias dudas al respecto. Por lo tanto, el surgimiento contemporáneo, y tal vez incluso el predominio, de una tercera posición es de gran interés.

Varios filósofos legales y políticos que valoran el gobierno bajo la ley se han vuelto escépticos y rechazan tanto la tradición lockeana como la humeana en favor de la visión de que simplemente no existe una obligación general de obedecer la ley tal como se concibe tradicionalmente.2 Aquí, exploro los fundamentos de tal escepticismo y evalúo sus implicaciones para la teoría legal.

1 La obligación y la naturaleza del derecho

El concepto corriente de derecho nos llega, como dice Donald Regan, con un "halo",3 que se muestra de forma destacada en el conocido contraste entre el imperio del hombre y el imperio de la ley. ¿Quizás exista entonces una conexión íntima entre el carácter de obligación del derecho y su valencia positiva? ¿Podría la explicación del halo residir simplemente en el hecho de que las exigencias del derecho también son *moralmente* obligatorias? Si es así, esto podría sugerir una restricción a la teoría jurídica.

Philip Super sostuvo una vez que "la obligación actual es uno de los fenómenos de los sistemas legales que la teoría debe explicar".4 Y Ronald **(p. 516)** Dworkin todavía sostiene que "una concepción del derecho debe explicar cómo lo que se considera derecho proporciona una justificación general para el ejercicio del poder coercitivo por parte del Estado, una justificación que se sostiene excepto en casos especiales cuando algún argumento en competencia es especialmente poderoso".

5 Desde allí puede parecer un camino corto

Paso a la conclusión de Lon Fuler de que la ley no puede ser lo que los positivistas piensan que es, porque ¿cómo podría haber "un dato amoral llamado ley, que tiene la cualidad peculiar de crear un deber moral de obedecerlo"? 6

En realidad, tales puntos de vista tergiversan la restricción que el carácter obligatorio del derecho impone a la teoría jurídica, pues pasan por alto tres cuestiones diferentes. En primer lugar, ¿cómo debemos entender la *normatividad* del derecho (el uso generalizado de términos normativos, incluidos "obligación" y "deber") al enunciar y describir el derecho? En segundo lugar, ¿qué podría dar *legitimidad al derecho* (qué podría justificar su regla, incluido su uso final de la fuerza coercitiva)? Y, por último, la cuestión de *la obligación* : ¿deberían los sujetos del derecho tomar sus requisitos como moralmente vinculantes? Aunque a menudo se confunden, o en todo caso se fusionan, estos son problemas diferentes y en parte independientes para la jurisprudencia.

1.1 Normatividad

Una teoría del derecho debería explicar el carácter y el significado de afirmaciones como las siguientes: “Las leyes de Canadá deben publicarse en francés e inglés”, “Los ciudadanos de Georgia tienen la obligación de abstenerse de la sodomía”. Pero decir que se trata simplemente de obligaciones morales es decir demasiado y demasiado poco. Es demasiado, ya que es notorio que la gente hace esas afirmaciones sin considerar que los requisitos en cuestión enuncien ninguna razón moral válida e incluso considerándolos completamente erróneos. Es demasiado poco, porque presupone, en lugar de explicar, lo que significa tener una obligación moral en primer lugar.

Tener una obligación es tener una razón para actuar o para abstenerse de actuar, una razón con la que uno está en cierto sentido *obligado* a conformarse. Pero ¿en qué sentido? La exigencia de las obligaciones legales no se encuentra, evidentemente, en su peso o importancia: es tan cierto que tengo una obligación legal de no destruir el correo basura que me entregaron por error como que se trata de un asunto trivial. Por otra parte, los tribunales tienen razones extremadamente importantes para no introducir normas contradictorias en la ley, pero no tienen obligación legal de abstenerse de hacerlo. Las obligaciones muestran, pues, lo que HLA Hart llamó " *independencia del contenido ": su existencia no depende de la naturaleza o la importancia de las acciones que requieren o prohíben.7 Pero si la exigencia de* **las obligaciones** no es una función de su contenido, ¿entonces qué es? Tres teorías han sido especialmente influyentes.

En las teorías *basadas en sanciones* , estar bajo una obligación significa que es probable, ordenado o justificado que uno sufra una sanción por actuar o no actuar de cierta manera.8 Desarrollado por Hobbes, Bentham, Austin, JS Mil, O.

Según W. Holmes y Kelsen, las teorías de la sanción son hoy casi incompatibles. Las dificultades son bien conocidas. 9 En primer lugar, todas las versiones dependen de una noción de sanción increíblemente amplia, que incluye no sólo los castigos sino también los recursos civiles como la

compensación e incluso la mera nulidad. En segundo lugar, los deberes legales no dejan a la opción del sujeto el cumplimiento de la obligación. "Tienes la obligación de no robar" no puede significar simplemente "Si robas serás castigado", ya que los jueces no son indiferentes entre las personas, por un lado, que roban y son encarceladas, y por el otro, que son castigadas.

Ley y obligaciones

Por otra parte, no robar en absoluto. En tercer lugar, los deberes legales no están limitados por la probabilidad de detección y nos referimos a obligaciones cuando es seguro que no se seguirá ninguna sanción e incluso cuando no hay previsión de sanción de ningún tipo, como cuando decimos que los tribunales más altos tienen el deber de aplicar la ley. Por último, si bien las sanciones proporcionan razones para actuar, son razones del tipo equivocado. La razón para evitar una sanción es el desvalor de la sanción descontado por la probabilidad de sufrirla. Pero esta cantidad variable depende tanto del contenido de la sanción como de los objetivos del agente, mientras que los deberes son independientes de ambos.

Tales consideraciones llevaron a Hart a sugerir que si bien las sanciones pueden figurar en un análisis parcial de "estar obligado" a hacer algo, no pueden explicar "tener una obligación". Las sanciones son importantes porque son una de las expresiones más dramáticas del poder de la ley, su técnica más importante para reforzar los deberes que impone, no porque expliquen lo que es tener un deber. En cambio, Hart defiende una teoría *basada en reglas* según la cual tenemos obligaciones solo cuando estamos sujetos a reglas de práctica social de un cierto tipo. Una regla de práctica existe solo cuando hay regularidad de comportamiento, de la cual se critican las desviaciones, esa crítica se considera legítima y al menos algunas personas tratan la regularidad como un estándar para guiar y evaluar el comportamiento y, por lo tanto, usan un lenguaje típicamente normativo para referirse a ella. Sin embargo, no todas las reglas de práctica imponen obligaciones; la mayoría son simplemente costumbres y convenciones ordinarias. Hart afirma que las obligaciones requieren la presencia de tres características adicionales: el

comportamiento requerido se impone mediante una presión seria o insistente para cumplir; se cree que es importante para la vida social o para algún aspecto valioso de ella; y puede entrar en conflicto con los intereses y objetivos del sujeto.10 Dado que estas creencias y **prácticas** pueden tener como objeto cualquier estándar de conducta, se preserva el carácter independiente del contenido de las obligaciones. La teoría de la práctica propone, por tanto, una explicación general de las obligaciones jurídicas, morales y convencionales: *lo que significa* que un acto sea obligatorio es lo mismo en cada contexto, aunque los criterios que determinan *qué actos son* obligatorios varían.

Si bien la teoría de la práctica evita la mayoría de los escollos de las cuentas basadas en sanciones, al final no resulta más aceptable.1

1 La gente habla de obligaciones cuando es perfectamente consciente de que no existen prácticas sociales relevantes, como podría hacerlo un vegetariano solitario en una sociedad carnívora. Las condiciones de la práctica pueden cumplirse en casos en los que no hay obligación sino sólo razones de aplicación general, como cuando se insta regularmente a las víctimas a entregar sus carteras a un asaltante. Lo más importante es que el hecho de que exista una obligación de φ es una razón para φ-izar; sin embargo, fuera de ciertos casos especiales, el hecho de que exista una práctica general de φ-izar no es una razón para hacer lo que esa práctica exige. Por tanto, los últimos escritos de Hart restringen el alcance de la teoría de la práctica al ámbito de las obligaciones convencionales, donde el hecho de la práctica común es una parte no redundante de la razón para conformarse a ella. Pero no todas las obligaciones legales pueden entenderse como meramente convencionales: muchas refuerzan un comportamiento que sería obligatorio incluso en ausencia de conformidad con la costumbre, como la obligación de abstenerse de violar. 12

Una explicación más plausible es *la basada en la justificación* . En esta perspectiva, las obligaciones se caracterizan por el tipo de justificaciones que pretenden ofrecer: razones vinculantes e independientes del contenido para la acción. Su carácter vinculante combina dos características. En primer lugar, las obligaciones

tienen una fuerza *categórica ;* se aplican al sujeto de la norma independientemente de sus propios intereses o metas. En vista del uso que los kantianos hacen de esta noción, vale la pena enfatizar que no hay nada intrínsecamente moral en la idea de una razón categórica para actuar: “¡Cállate!” es un imperativo categórico. La segunda característica la advierten Hobbes y Locke en sus discusiones sobre la naturaleza de la autoridad política.13

Las obligaciones exigen que el sujeto deje de lado su propia opinión sobre los méritos de actuar y cumpla a pesar de ello. La explicación mejor elaborada y más persuasiva de esta característica se debe a Joseph Raz.14 Las obligaciones son razones categóricas que están protegidas por razones *excluyentes* para no actuar en función de algunas de las razones contrarias que compiten por hacerlo.

Son razones para actuar, junto con razones de "segundo orden" para *no* actuar por otras razones **(p. 519)** .

Se deben tener en cuenta dos advertencias. En primer lugar, las razones excluidas deben ser presuntamente válidas; si un determinado hecho en sí mismo no proporciona justificación para hacer algo, entonces no se necesita una razón especial para no actuar en función de él. Las reglas de exclusión en el derecho probatorio, por ejemplo, indican que no debemos basarnos en ciertas consideraciones que de otro modo serían relevantes; no se apela a ellas para explicar por qué no debemos sacar inferencias de consideraciones irrelevantes o inválidas. En segundo lugar, las obligaciones excluyen *algunas* razones contrarias (al menos las típicas razones de conveniencia y preferencia ordinaria), pero normalmente no excluyen todas. Por lo tanto, una razón excluyente no es una razón de peso absoluto, sino una razón de un orden diferente. El carácter vinculante de las obligaciones depende, por lo tanto, no sólo del poder de las justificaciones que ofrece para hacer algo, sino también de su poder para excluir de la consideración consideraciones contrarias que compiten entre sí.

Una explicación justificativa de la obligación no está libre de controversias y está sujeta a mejoras, pero cubre las

deficiencias de las teorías basadas en sanciones y en reglas. Explica algunas características familiares de las obligaciones y Página 3 de 23

Ley y obligaciones

Da una imagen creíble de los conflictos prácticos a los que se hizo referencia al principio: podemos pensar en ellos como evaluaciones prácticas hechas desde diferentes puntos de vista, que se distinguen por el tipo de consideraciones que permiten o excluyen.

Como podríamos decir, " *legalmente hablando* , existe una obligación de φ" significa que, desde el punto de vista del derecho, existen razones vinculantes para φ y razones excluyentes para no actuar en función de algunas de las razones contrarias. Pero esto podría no representar todas las razones relevantes desde el punto de vista moral; tal vez algunas de las razones que el derecho pretende excluir sean precisamente las razones moralmente más salientes. Decir que algo se toma como, o se nos presenta como, una razón vinculante e independiente del contenido no es decir que lo sea, por lo que no hay compromiso con la tesis inaceptable de que todas las obligaciones legales son, por su naturaleza, obligaciones morales, aunque, como ocurre con la teoría de la práctica, existe una explicación unificada de las obligaciones en estos diferentes ámbitos.

1.2 Lealtad

La normatividad del derecho implica, pues, cuestiones sobre cómo se nos presenta el derecho. Las cuestiones de lealtad, que han dominado la filosofía política occidental al menos desde el siglo XVII, se refieren a cómo deben responder los sujetos del derecho. Pero ¿en qué consiste exactamente la cuestión de la lealtad? Hume, a quien se debe ese término, se refiere con indiferencia a la «obligación moral de someterse al gobierno», al deber de aceptar «la autoridad de los gobernantes», al derecho de los gobernantes a castigar y a la «sumisión ciega» que deben los súbditos.1

5 Él trata estas ideas como aproximadamente equivalentes.

y no hace distinciones entre ellos. Ciertamente, todos ellos encuentran un lugar en la reflexión moral ordinaria sobre el **(p.**

520) La ley, pero ¿son realmente intercambiables? Otros filósofos no hacen esa suposición. Locke, por ejemplo, sostiene que uno puede tener derecho a coaccionar a otros sin ninguna autoridad positiva sobre ellos, al menos cuando esto está permitido por el "poder ejecutivo de la ley de la naturaleza".16 Hobbes sostiene que el estado tiene derecho a coaccionar a las personas que no tienen el deber de someterse, ya que la necesidad de autoconservación anula todas las obligaciones positivas.17 Esas posibilidades sugieren que deberíamos al menos distinguir la cuestión de qué justifica la regla de gobierno -el problema de *la legitimidad*- de la cuestión de qué justifica el deber de obedecer -el problema de la *obligación* -.18

Las cuestiones de legitimidad afectan tanto al alcance como a la ubicación de la autoridad: ¿con qué derecho la ley establece y hace cumplir sus exigencias? ¿Con qué derecho *este* sistema jurídico, entre todos los demandantes reales o posibles, hace lo mismo sobre *estos* sujetos? Las cuestiones de obligación involucran la justificación moral para tomar la ley al pie de la letra y rendir la obediencia que exige: tratándola, como se explicó anteriormente, como una razón categórica y vinculante para actuar, no sólo pensando, sino también actuando, desde el punto de vista jurídico. Es importante ver que la obediencia es, por lo tanto, más que una voluntad de "apoyar y cumplir" la ley, en la frase de Rawls. Uno puede cumplir con la ley haciendo lo que de hecho exige, sin saber que existe la ley o lo que ella exige. Tal coincidencia entre la ley y el comportamiento es a la vez común y deseable, ya que un sistema jurídico razonablemente justo a menudo debería exigirnos y motivarnos a hacer lo que tenemos razones independientes para hacer. Si bien es cierto que el cumplimiento sin obediencia suele ser suficiente para evitar sanciones, uno obedece la ley sólo si uno realmente se guía por ella.

La existencia de una obligación de obediencia es, por tanto, una cuestión de si debemos actuar desde el punto de vista jurídico y obedecer la ley tal como ésta pretende ser

obedecida.19 Lo que ésta reclama es el poder supremo para determinar nuestros derechos, obligaciones, poderes y libertades, y para que lo cumplamos independientemente de nuestra evaluación individual de los méritos de lo que se exige. Esta obligación caduca si el régimen es fundamentalmente ilegítimo, pero se supone que sobrevive al menos a las injusticias menores y ocasionales de sus leyes. Los funcionarios dan por sentado o al menos lo reconocen, aunque es difícil discernir hasta qué punto comparten puntos de vista sobre sus fundamentos.20 Los jueces hablan y actúan como si los sujetos de la ley tuvieran el deber de obedecerla, a menos que estén exentos por algún otro principio jurídico o reconocido por la ley, y tratan las sanciones como una motivación de refuerzo y no como una opción.2

1 Como dice el señor Donaldson

En otras palabras, "el derecho a **(p. 521)** desobedecer la ley no se obtiene mediante el pago de una multa o de un derecho de licencia. No se obtiene en absoluto en una democracia parlamentaria...".22

El punto de vista oficial es importante, ya que es una de las principales fuentes de evidencia sobre el contenido de la obligación política; la otra son las tradiciones de argumentación dentro de la comunidad. Identificar y comprender estas tradiciones es una tarea crucial para la teoría jurídica descriptiva. Y dado que cada descripción de un objeto es una selección de entre todos los posibles hechos sobre él, cada descripción muestra consideraciones evaluativas para determinar qué hechos son relevantes.23 Al mismo tiempo, sin embargo, no se trata de un argumento moral o político de primer orden. Cuando nos preguntamos moralmente cómo deberíamos responder a los requisitos de la ley, no nos preocupa cómo sería deseable que la ley se dirigiera a nosotros, sino cómo lo hace.

El crítico más insistente de esta visión es Dworkin, que rechaza la empresa descriptiva y con ella la teoría ordinaria.

concepto de obligación, sugiriendo en cambio que la ley es vinculante sólo de alguna "manera más relajada".24 Uno puede tener una idea de cuán relajado es esto a partir de su visión de que comprender la ley *nunca es* una cuestión de tratar de captar lo que requiere de nosotros, sino más bien una cuestión de "Cada ciudadano... tratar de descubrir su propia intención al mantener y participar en esa práctica"2

5 La obediencia no implica una respuesta del ciudadano a las exigencias de la ley, sino más bien una

'una conversación consigo mismo', y por lo tanto 'la obligación política es... una idea más protestante: la fidelidad a un esquema de principios que cada ciudadano tiene la responsabilidad de identificar, en última instancia para sí mismo, como el esquema de su comunidad'26 Si bien no es posible explorar aquí estas ideas a fondo, conviene hacer algunas observaciones. Si bien es cierto que siempre que interpreto algo soy el intérprete, eso difícilmente me convierte en el héroe de cada historia. Que mis ambiciones interpretativas sean mías no demuestra que *el contenido* de mi interpretación sea un intento de descubrir mis intenciones al participar en esa práctica. A menudo interpretamos prácticas en las que no participamos, y lo que podría significar para un ciudadano común 'mantener' la práctica del derecho es oscuro. Incluso en una democracia que garantiza efectivamente la participación política, los ciudadanos comunes son *aceptantes de las leyes* de la misma manera que los consumidores en un mercado competitivo son aceptantes de los precios: cada uno se enfrenta a requisitos legales que responden a su voluntad, si es que lo hacen, sólo en concierto con la voluntad de los demás.

Así, cada sujeto individual no decide mantener la práctica de la ley, así como cada hablante individual no decide mantener el significado de las palabras. Identificar las exigencias de la ley con lo que cada individuo haría bien en imaginar que exigiría, si el asunto dependiera de él, es dar una imagen engañosa de la estructura y profundidad de los conflictos morales a los que se hizo referencia al comienzo

de este capítulo. Como algunos hegelianos **(p. 522)** , Dworkin no se enfrenta en realidad al problema de la obediencia; lo evita.

Habiendo distinguido entre legitimidad y obligación, surge la pregunta de cuál es la relación entre ambas. Es evidente que no existe obligación moral de obedecer un sistema legal ilegítimo; ni siquiera una promesa explícita obligaría a nadie en un régimen nazi o estalinista (aunque uno puede tener razones morales para cumplir con edictos particulares). Pero, si bien la legitimidad es, por lo tanto, necesaria para la obligación, lo inverso no es cierto.27 Estoy justificado en resistirme a un arresto ilegal, pero no tengo autoridad sobre el oficial infractor. Los aliados estaban justificados en coaccionar a los nazis y hacer cumplir las sentencias de Nuremberg, pero no tenían derecho a dar órdenes a los ciudadanos alemanes. Dworkin no está de acuerdo. "Ningún estado debería hacer cumplir todas las obligaciones de un ciudadano", escribe,

Pero aunque la obligación no es una condición suficiente para la coerción, es casi necesaria. Un Estado puede tener buenos motivos en algunas circunstancias especiales para coaccionar a quienes no tienen el deber de obedecer, pero ninguna política general de hacer cumplir la ley con firmeza podría justificarse si la ley no fuera, en general, una fuente de obligaciones genuinas.28

Una de estas afirmaciones no es controvertida: hay obligaciones morales que la ley no debería hacer cumplir, por ejemplo, las promesas ordinarias, la fidelidad a la pareja, etc. Si la ley fuera lo suficientemente invasiva en tales asuntos, perdería su legitimidad. Los otros puntos, sin embargo, son dudosos. Dworkin supone que la ley debería hacerse cumplir sólo si es una fuente de obligaciones válidas. Pero esa condición es sin duda demasiado limitada, ya que también es una función propia de la ley asegurar la conformidad con razones morales de peso, sean o no obligaciones independientes, y las sanciones coercitivas son a veces la mejor manera de hacerlo. Se puede creer que la ley debe proteger el medio ambiente y castigar a quienes contaminan sin pensar que se trata de una cuestión de obligación moral previa: puede que no sea obligatoria en absoluto —puede ser una razón moral ordinaria de gran

peso— o su carácter obligatorio puede ser una consecuencia, más que una razón, de la intervención de la ley.29 En cualquier caso, estos puntos —que la ley coercitiva debe ser legítima y debe estar justificada por razones morales— son bastante diferentes de la idea de que la coerción legítima debe descansar en una obligación previa *de obedecer* y, frente a la objeción lockeana, no contribuyen en nada a su credibilidad. Los Estados coaccionan adecuadamente a los miembros de otros Estados sobre los cuales no reclaman ni ejercen autoridad alguna. Siendo así, debe haber algo así como un derecho moral previo a hacer cumplir los requisitos de la justicia. No importa si seguimos a Locke en cuanto a pensar que *castigar es un derecho natural* —quizás el concepto de castigo esté demasiado ligado a la idea de autoridad positiva como para ser desenredado—.30 Pero el punto esencial sigue siendo el mismo: dentro de una teoría general de la lealtad, la legitimidad y la obediencia son cuestiones diferentes.

(p. 523) 1.3 Justificación

Por lo tanto, las exigencias de la ley son sustanciales e invitan al escrutinio moral. A menos que se suponga que la obligación de obediencia es primitiva,3

1 Deberíamos poder fundamentarla en algunos principios morales familiares. Pero la ley no es la única institución social que exige obediencia, y la plausibilidad de sus exigencias no puede evaluarse sin considerar más a fondo su naturaleza. ¿Dependemos, por tanto, de una teoría adecuada de la naturaleza de la ley antes de poder evaluar la validez de la ley? Página 5 de 23

Ley y obligaciones

¿de un deber de obedecer?

Soper sostuvo en cierta ocasión que «la idea de lo que es la ley ya implica la conclusión acerca de la obligación de obedecer»32 y, como hemos visto, Fuler piensa que un «dato amoral» no puede crear un deber de obedecer. Sin embargo, eso es demasiado simple.

Incluso si el derecho es austeramente una cuestión de hecho, eso no nos dice nada acerca de si existe una obligación de obedecerlo según lo determinen esos hechos. Después de todo, el hecho de que alguien haya prometido o no, y lo que haya prometido hacer, también son cuestiones de hecho determinadas por lo que haya dicho y hecho y por las convenciones sobre esas palabras y compromisos. Pero las promesas generan obligaciones de cumplimiento. No hay razón para que lo mismo no pueda ser cierto del derecho tal como lo conciben los positivistas. Por el contrario, la existencia o el contenido del derecho puede depender de la moralidad y, sin embargo, esto podría no implicar un deber general de obediencia. Incluso si existe una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad, eso podría significar sólo que todo sistema jurídico verdadero es necesariamente legítimo o, más débilmente, tiene valor sistémico.

No obstante, la posición de Fulger y Soper apunta a una verdad importante. Aunque la obligación política no está implícita en la naturaleza de la ley, está limitada por ella. Como ya hemos visto, reconocer una obligación de obediencia implica algo más que prestar una cuidadosa atención a la ley, o tratarla como alimento para la reflexión o como un consejo valioso. Pero no podemos saber si existe un deber de obedecer *la ley* a menos que sepamos algo sobre la ley y el papel que desempeña en la vida humana. ¿No estamos, entonces, de nuevo en el aprieto de Soper? No exactamente, porque hay características significativas que son reconocidas por cualquier teoría plausible de la naturaleza de la ley, pero que no llegan a determinar tal teoría.

En primer lugar, el derecho está *institucionalizado* : no es sólo el producto del pensamiento y la acción humanos y, en ese sentido, una construcción social; es, más significativamente, el producto del pensamiento y la acción institucionalizados. Nada es derecho si no está conectado de algún modo con las actividades de instituciones como las legislaturas, los tribunales, los administradores, la policía, etc. Ni las normas sociales ideales ni las costumbres sociales generales, sino sólo un subconjunto institucionalmente relevante de ellas, cuentan como derecho. La institucionalización es una cuestión de grado;

las instituciones altamente centralizadas y diferenciadas de los sistemas jurídicos modernos son sólo una posibilidad. Tampoco necesitamos suponer que el derecho se agote en hechos **institucionales** . Esas son cuestiones en disputa entre las teorías jurídicas: Hart dice que el derecho son sólo aquellos estándares que los tribunales están obligados a aplicar de acuerdo con sus propias prácticas consuetudinarias; Dworkin sostiene que incluye cualquier razón moral que sea un buen fundamento para la decisión de un tribunal. Pero en la idea general del carácter institucional del derecho, los positivistas y los juristas naturales modernos están de acuerdo.

En segundo lugar, el derecho tiene un *amplio alcance* . Una parte importante de nuestro concepto de derecho es que no se limita a los asuntos de un grupo pequeño, como un club, ni se ocupa sólo de un ámbito restringido de la vida, como el béisbol. El derecho gobierna dominios abiertos de alto riesgo y es capaz de regular los asuntos no sólo de pequeñas sociedades "cara a cara", sino de organizaciones grandes, dispersas y poco estructuradas de muchos millones de personas. Si el derecho decide ejercer tanta autoridad como puede es otra cuestión. La mayoría de los sistemas jurídicos modernos, y todos los legítimos, están legalmente limitados, pero no deberíamos hacernos ilusiones sobre su poder o importancia: no sólo afirman tener poder para regular, sino que *en realidad* regulan los intereses más vitales de todos dentro de su territorio.

En tercer lugar, la ley es *moralmente falible* . 33 Puede exigir un comportamiento inicuo, como luchar en guerras inmorales. Puede proscribir un comportamiento inocente, como la actividad homosexual. Puede no imponer obligaciones que todos deberíamos asumir, como el deber de un rescate fácil. Y puede hacer cosas moralmente deseables, como la imposición de impuestos para bienes públicos, de manera injusta. La moralidad siempre se encuentra en la evaluación de la ley, y no al revés. Una vez más, esto es neutral entre el positivismo y la ley natural. Nadie afirma que la ley sea moralmente infalible, e incluso si existe alguna conexión necesaria entre la ley y la moral, no es ésta. La explicación de la falibilidad de la ley puede adoptar formas contrapuestas, pero la idea general es otra

de las características más profundas de la ley que cualquier teoría competente debe tener en cuenta.

Estas tres características no especifican una teoría del derecho; ni siquiera son suficientes para distinguirlo de todas las demás formas de orden social. Son compatibles conjuntamente con el positivismo jurídico más estricto o con el derecho natural más amplio. Pero, junto con el análisis de las obligaciones, ayudan a fundamentar una explicación de la lealtad a la ley y nos liberan del vínculo de Soper. Del hecho de que estamos considerando una obligación moral de obediencia, se sigue que estamos buscando una razón moral vinculante e independiente del contenido para el cumplimiento, una razón que sea universal en el sentido de que abarque a todos los sujetos de la ley y todas las ocasiones en las que se requiere su cumplimiento. Del hecho de que se trata de obediencia a *la ley* , sabemos que estos requisitos son de amplio alcance, moralmente falibles y están conectados con instituciones que son de algún modo distintas del flujo ordinario de la vida social. Una última restricción se desprende de la doctrina de la legitimidad. La legitimidad es una condición necesaria para la obligación, y la legitimidad es una cuestión tanto del alcance como de la ubicación de la autoridad. Aunque la ley sueca puede ser suficientemente legítima, los canadienses no tienen

La obligación de obedecerla, ni siquiera si se dirige a ellos, se entiende así que la obligación de obediencia vincula a los individuos a **un** sistema jurídico *particular* , aquel del que son ciudadanos o súbditos.34 La "particularidad", como se la suele llamar, no presupone ni implica que las razones para obedecer sean de carácter relativo al agente; puede ser una consecuencia de la urgencia o eficacia local de consideraciones neutrales al agente, por ejemplo, el deber de beneficencia o justicia. La particularidad busca reflejar la comprensión común de que existe una relación especial entre los individuos y sus sistemas jurídicos, una relación que se manifestará en caso de conflicto entre los requisitos de su propio sistema y cualquier otro. ¿Cómo puede una ley institucionalizada, de amplio alcance y moralmente falible generar razones universales, particulares y vinculantes

para actuar? Ese es el problema de la obligación política. Como veremos, es un problema muy difícil.

2 Obligaciones voluntarias

2.1 Consent

Un tema distintivo del pensamiento político occidental es la idea de que la obligación política sólo se justifica por el consentimiento de los gobernados.3

5 En Hobbes, Locke, Rousseau y Kant encontramos muchas variaciones de la afirmación de que nuestros deberes para con la ley están determinados por alguna forma de acuerdo individual, ya sea expreso o tácito. Las promesas, los contratos, los juramentos y los votos caen en esta área general. En su significado central, el consentimiento de este tipo no es sólo voluntario, sino también performativo: se da con la intención de cambiar los derechos, deberes, poderes o responsabilidades de otro, y tiene éxito en parte porque se sabe que se hace con esa intención.36

El hecho de admitir que el consentimiento puede ser vinculante no implica automáticamente que lo sea en este contexto, ya que hay límites a lo que incluso los adultos competentes pueden comprometerse. Este es el núcleo del argumento de Locke en la *Segunda Tratado* . Si hay poderes promisorios de los que necesariamente carecemos, entonces nunca se puede considerar que los hayamos ejercido válidamente. En cualquier punto de vista plausible, la capacidad de esclavizarse a uno mismo es un poder de ese tipo. Por lo tanto, los gobiernos absolutos son siempre ilegítimos. El argumento de Locke sugiere, sin embargo, una preocupación más general, ya que hay otros límites a nuestros poderes normativos, incluyendo condiciones de derrota tales como el error, la coerción o la coacción. Precisamente porque la ley tiene un amplio alcance y es moralmente falible, la promesa de obedecer puede parecer **(p. 526)** fatalmente abierta y, si es irrevocable, peligrosa. Tal vez entonces su validez se limita a situaciones con mayores salvaguardas, incluyendo reafirmaciones periódicas de consentimiento, si no *el plébiscite de tous les jours de Renan* . ¿Y qué deberíamos decir acerca de la coacción? Es notorio que los juramentos de lealtad tienden

a proliferar en las mismas circunstancias en las que son inválidos. Las declaraciones de lealtad que se hacían a la fuerza en la Inglaterra del siglo XVII o en los años de McCarthy en los Estados Unidos no obligaban a nadie, y lo mismo ocurre hoy con las que se exigen a los inmigrantes refugiados o a los reclutas militares. Algunos han sostenido, siguiendo a Hume, que esos problemas son endémicos porque la gente rara vez tiene otra opción que vivir bajo su ley. Si bien esa puede ser una objeción válida a la idea de que la residencia continuada en sí misma cuenta como consentimiento, no demuestra que el consentimiento expreso nunca sea vinculante. Como sostiene Harry Beran, no se puede decir que quienes asumen libremente la plena pertenencia a su comunidad política cuando existe un derecho a salir y a la secesión y espacio para los disidentes internos estén obligados a quedarse. 37 Y no debemos confundir la idea correcta de que la mayoría de la gente no tiene otra opción efectiva que quedarse en su país con la sugerencia de que no tiene otra opción efectiva que reconocer una obligación de obedecerla. El mero cumplimiento de la ley normalmente es suficiente para evitar la presión coercitiva.

Sin embargo, demostrar que el consentimiento político no se ve inevitablemente derrotado no demuestra que sea válido. También tenemos que explicar por qué deberíamos querer un poder que nos vincule con el gobierno en primer lugar. Hume desafía a Locke a explicar la obligación moral de obedecer la ley:

Su respuesta es: *porque debemos cumplir nuestra palabra* . (...) Digo, usted se siente avergonzado cuando se le pregunta *por qué estamos obligados a cumplir nuestra palabra.* Tampoco puede dar ninguna respuesta que no sea la que, inmediatamente, sin ningún circuito, habría explicado nuestra obligación de lealtad.38

Sin embargo, contrariamente a lo que Hume aquí implica, Locke sí tiene una teoría no redundante sobre esto. 39 No es notoria en el *Segundo tratado* porque no es necesaria allí, donde la cuestión central es acerca de los límites de cualquier promesa posible, y no la justificación para cumplir promesas en general. Pero la objeción de Hume es interesante por lo que revela acerca de su visión del

consentimiento. El piensa que prometer es únicamente una cuestión de "utilidad pública", con lo que se refiere a los "intereses y necesidades aparentes de la sociedad humana". 40 Debemos cumplir nuestras promesas sólo porque prometer es una institución instrumental y útil; pero en las sociedades complejas lo mismo es cierto de 41

gobierno, que no puede existir sin la "obediencia exacta" de sus súbditos.4

1 Por tanto, tenemos el deber de obedecer.

hayamos dado nuestro consentimiento o no. Ambas virtudes artificiales «se basan exactamente en el mismo fundamento» y

"Al ser de igual fuerza y autoridad, no ganamos nada al resolver una cosa en la otra".42

(p. 527) Aunque este argumento parece haber persuadido a muchos, es fundamentalmente defectuoso. La disputa de Hume con una metaética racionalista en este caso obstruye su comprensión de la moralidad sustantiva. Para defender la necesidad del consentimiento no es *necesario* demostrar que prometer es natural o primario, sino sólo que tiene un valor especial en las circunstancias. El hecho de que dos prácticas normativas tengan fundamentos últimos del mismo tipo no prueba que una no sea necesaria para la validez de la otra, así como el hecho de que dos habitaciones descansen sobre los cimientos de una casa no prueba que se pueda entrar en la segunda sin pasar por la primera. Al defender el consentimiento, los teóricos apelan a dos tipos diferentes de consideraciones. En primer lugar, hay razones instrumentales para querer un control deliberado sobre nuestros deberes. Cuando su incidencia depende de la voluntad de quienes los cumplen, hay generalmente menos posibilidades de que se vean perjudicados. Es cierto que no es la única manera de proteger a los súbditos, pero es una buena manera cuando lo que está en juego es tan importante como en el caso de

la lealtad a la ley. Es cierto que el requisito de legitimidad también cumple parte de esa función; sin embargo, los gobiernos legítimos siguen siendo gobiernos imperfectos y el consentimiento permite a los individuos limitar sus compromisos si es necesario. También permite a quienes desean cambiar su lealtad de un gobierno legítimo a otro hacerlo de inmediato, sin esperar el lento crecimiento de otros tipos de vínculos morales.

Pero esa no es toda la historia. Esas consideraciones instrumentales no explican el papel de las promesas en todos los contextos.

Por ejemplo, exigir que las personas sólo puedan casarse con su propio consentimiento tiene evidentemente beneficios instrumentales, pero el intercambio de promesas tiene un papel adicional como elemento constitutivo de una relación valorada y como expresión solemne de su comienzo. El instrumentalismo de Hume oculta estas funciones, pero quizá las veamos en acción en la sugerencia de Locke de que, si bien casi cualquier recepción de los beneficios de la ley contará como consentimiento "tácito" a obedecer, sólo el consentimiento explícito real convertirá a las personas en "miembros" de una comunidad.43

Esas son las principales razones para pensar que el consentimiento, si se da, podría ser vinculante. Pero ¿ se da? Lo hacen muchos funcionarios, inmigrantes voluntarios y otros en casos especiales; pero muchos no hacen nada que pueda considerarse propiamente consentimiento. La trayectoria de la teoría del consentimiento, ante su evidente fracaso en cuanto a su universalidad, es una historia de su extensión, dilución y, en última instancia, subversión. Consideremos sólo los dos intentos de salvamento más famosos para producir un consentimiento "tácito" por parte de quienes aparentemente no hacen tal cosa. La residencia continuada ya fue sugerida en el *Critón* y, de manera famosa y fatal, Locke la desarrolló:

Todo hombre que tenga posesión o disfrute de cualquier parte de los dominios de cualquier gobierno, da por ello su *consentimiento tácito* (...) ya sea que su posesión sea de tierra, para él y sus herederos para siempre, o de

alojamiento sólo por una semana, o ya sea que se trate simplemente de viajar libremente por la carretera.44

(p. 528) Esto no funciona porque el consentimiento performativo está ligado a ciertas convenciones: debe *reconocerse* que el consentimiento en circunstancias *C* cuenta como consentimiento, y el individuo debe invocar intencionalmente o al menos conscientemente esa convención. No se puede consentir por accidente. Poseer una propiedad o beneficiarse de la regla de derecho notoriamente no significa que el sujeto asuma con ello un deber de obediencia, de modo que si genera algún deber de obedecer no puede ser por vía voluntaria. Los argumentos esotéricos en el sentido de que *debería* tener este significado simplemente admiten el punto.

La participación en política, el otro candidato principal, no sale mejor parada. No sólo la participación en sí está lejos de ser universal, sino que nadie (y ciertamente no la policía ni los tribunales) piensa que quienes no votan no tienen obligaciones de obedecer, o que éstas son incluso más débiles. Por lo tanto, las analogías comunes entre participación y preclusión promisoria son erróneas.4

5 Es

Puede ser que al pedir una comida yo induzca al dueño del restaurante a que me sirva con la expectativa de recibir un pago, pero también es crucialmente cierto que aquellos que no piden, o que piden anunciando que no pagarán, no son atendidos.

En política, en cambio, las respuestas y expectativas de los demás no guardan relación con el grado o tipo de participación de uno. Independientemente de que uno haya votado, se haya postulado a un cargo o haya formado parte de un jurado, se enfrenta a las mismas exigencias y expectativas de obediencia.

El consentimiento a un gobierno legítimo proporciona, pues, exactamente el tipo de razón que la tradición tiene en mente: genera una razón vinculante e independiente del contenido para cumplir y establece una relación especial con un sistema jurídico particular. Tal vez por eso Hume,

que piensa que el consentimiento es improbable e innecesario, admite no obstante que entre los posibles fundamentos de la obligación el consentimiento es "el mejor y el más sagrado de todos".46 El hecho de que no pueda dar lugar a un deber de un alcance ni siquiera parecido al correcto hace que la teoría jurídica se ponga a buscar una alternativa.

2.2 Teorías expresivas

Aunque la obligación de obedecer deba ser voluntaria, de ello no se sigue que deba ser el resultado de un acto performativo destinado a asumir una obligación. Puede ser suficiente que la obligación sea de algún modo una consecuencia necesaria de una relación contingente creada voluntariamente.

Lo que llamaré "teorías expresivas" adapta la segunda función de la promesa a un contexto no performativo. El modelo más popular en este caso es la amistad.47 Aunque la gente suele elegir a sus amigos, no lo hace para tener personas a las que deberle deberes. De hecho, una razón de este tipo para hacer amigos es incompatible con la verdadera amistad. Pero una vez que uno tiene amigos, tiene obligaciones hacia ellos: obligaciones de apoyo, honestidad y reciprocidad. Cualesquiera que sean las otras razones que uno pueda tener para cumplir con estas obligaciones, al hacerlo también se expresa, y se sabe que se expresa, lealtad hacia los amigos.

(p. 529) Las teorías expresivas ofrecen la interpretación no reduccionista más plausible de los argumentos tradicionales basados en la gratitud o la comunidad.48 Según estas teorías, estamos obligados a obedecer porque es una expresión apropiada de emociones que tenemos buenas razones para sentir: gratitud a la ley por todo lo que nos da, respeto por sus esfuerzos de buena fe para guiarnos o un sentido de pertenencia a una comunidad sujeta a la ley. Joseph Raz sugiere: "Una persona que se identifica con su sociedad, sintiendo que es suya y que

pertenece a ella, es leal a su sociedad. Su lealtad puede expresarse, entre otras formas, en el respeto a la ley de la comunidad".49 Cuando tal actitud es permisible -cuando la ley es legítima- y cuando florece, es una fuente genuina de obligaciones.

Aunque las obligaciones expresivas son a veces válidas, no por ello dejan de justificar el deber de obedecer la ley.

Dejan sin explicar por qué *la obediencia* expresa adecuadamente la gratitud o la lealtad a la ley. No basta con decir "así es", como podríamos decir a alguien que pregunta por qué la palabra "perro" se refiere a los perros. Además de cualquier aspecto convencional, ciertas relaciones tienen necesidades internas que hacen que la conducta expresiva sea apropiada o inapropiada, y estas necesidades dependen de la naturaleza y los propósitos de las relaciones en cuestión. Consideremos la objeción de Locke a los intentos de fundamentar el deber de obediencia en nociones como el mandato bíblico de honrar a los padres: Un hombre puede deber *honor* y respeto a un anciano o sabio; defensa a su hijo o amigo; alivio y apoyo al afligido; y gratitud a un benefactor, hasta tal punto que todo lo que tiene, todo lo que puede hacer, no puede pagarlo suficientemente: pero todo esto no da autoridad ni derecho a nadie a hacer leyes sobre aquel de quien se las debe. 50

Las afirmaciones de Locke de que se debe *agradecer* a un benefactor, *respetar* a un sabio o *defender* a un amigo no son afirmaciones sobre lo que es convencional, sino sobre lo que es adecuado en vista de la naturaleza de la relación en cuestión; por eso no exigen el tipo de autoridad y obediencia que vemos en el derecho. Para Locke, la obediencia *es* adecuada en otros contextos, por ejemplo, la relación entre padre e hijo, o entre creador y criatura. Los hijos no eligen a sus padres, ni las criaturas a sus creadores, y les deben obediencia, si lo hacen, por razones que no tienen nada que ver con el voluntarismo.

Además, incluso cuando existen aspectos convencionales en la expresión de gratitud, respeto o lealtad a la ley, y cuando la obediencia es una posible expresión de esos sentimientos, no se sigue de ello que la obediencia sea la

única o la mejor manera de demostrarla, como reconoce Raz. Nuestra idea de la expresión apropiada de gratitud no está determinada por la relación entre el sujeto y el Estado. Sólo en casos raros y altamente ritualizados hay una manera obligatoria de expresar respeto, como en las formas prescritas de vestir o de dirigirse a un tribunal. En nuestras culturas, el significado convencional de obediencia es en realidad más complejo, ya que nuestra herencia moral no es sólo hebrea sino también griega. Junto con la idea de que la obediencia a la ley es una expresión apropiada de la devoción de un pueblo, también hemos heredado la idea de que muestra un servilismo inapropiado en una ciudad de ciudadanos libres e iguales. **Estos** significados conflictivos suelen dejar al individuo una considerable libertad en cuanto a cómo expresar las actitudes en cuestión.

Por último, los sentimientos de gratitud, lealtad y respeto se dan más en los contextos personales que forman los paradigmas del expresivismo. Su extensión al ámbito institucionalizado y burocrático del derecho es generalmente inverosímil. Debemos recordar la lección de Hart de que la alienación de la ley y la vida es un riesgo permanente en la sociedad moderna, que la ley *no es precisamente* una parte que encaje perfectamente en *la Sittlichkeit* o el alma de una nación, y esto no surge de la corrupción o la injusticia sino simplemente del alejamiento de la ley y de la gente que es inevitable cuando la ley está burocratizada, es técnica y arcana.5

Por todas estas razones, el expresivismo parece destinado a tener un desempeño poco mejor que el consentimiento performativo a la hora de fundamentar las obligaciones de obedecer.

2.3 Equidad

El último paso significativo dentro de la tradición voluntarista abandona la afirmación de que la obediencia depende de actos performativos o expresivos, y se retira a

la posición de que surge de una mera voluntad de beneficiarse de la obediencia recíproca de los demás. El elemento de la voluntad permanece, aunque en una forma atenuada compatible con la naturaleza burocrática y alienada típica de las culturas jurídicas. Tal vez la teoría contemporánea más influyente de la obligación, la teoría de la equidad o juego limpio, fue defendida por Hart52 y más influyente aún fue desarrollada por Rawls de esta manera:

Supongamos que existe un esquema de cooperación social justo y mutuamente beneficioso y que las ventajas que produce sólo pueden obtenerse si todos, o casi todos, cooperan. Supongamos además que la cooperación exige un cierto sacrificio por parte de cada persona, o al menos implica una cierta restricción de su libertad. Supongamos finalmente que los beneficios producidos por la cooperación son, hasta cierto punto, gratuitos: es decir, el esquema de cooperación es inestable en el sentido de que si una persona sabe que todos (o casi todos) los demás seguirán haciendo su parte, podrá seguir compartiendo una ganancia del esquema aunque no haga su parte. En estas condiciones, una persona que ha aceptado los beneficios del esquema está obligada por un deber de juego limpio a hacer su parte y a no aprovecharse de los beneficios gratuitos al no cooperar.53

En ocasiones se ha puesto en duda la validez de ese principio moral general. Robert Nozick, por ejemplo, ofrece una variedad de contraejemplos destinados a demostrar que, sin consentimiento, la recepción de beneficios no puede generar una obligación de reciprocidad: «Si cada día una persona diferente de tu calle barre toda la calle, ¿debes hacer lo mismo cuando llegue tu **turno** ? ¿Aunque no te importe mucho tener una calle limpia? ¿Debes imaginarte que hay suciedad mientras recorres la calle para no beneficiarte como un oportunista?»54 Nozick invita a un escepticismo similar sobre el deber de ayudar a proporcionar música a través de un sistema de megafonía o de pagar por libros que alguien te ha impuesto. De hecho, esos casos no cumplen las condiciones de Hart-Rawls: son meras externalidades, o independientes de la cooperación, o injustos en su distribución de beneficios y cargas.5

5 Pero lo más importante es que en ninguno de ellos los beneficiarios pueden

Es plausible decir que "aceptan" los beneficios. Es cierto que Rawls nunca especifica qué exige esa condición, pero la propuesta de Simmons de que deben intentar obtener los beneficios y tener éxito, o tomarlos conscientemente y voluntariamente parece ampliamente coherente con el espíritu del principio.56

El papel de la condición de aceptación es controvertido,57 pero es un hecho conocido que sin ella la justicia no crea obligaciones voluntarias. (Veremos más adelante, en la sección 3.2, a dónde conduce realmente). La aceptación, por supuesto, no reduce *la* justicia al consentimiento: quienes saltan los torniquetes del metro aceptan los beneficios del transporte público sin la intención de asumir ninguna obligación de pagar su parte justa. Pero la condición de aceptación, no obstante, hace que la justicia sea vulnerable a la misma objeción que el principio de consentimiento: no hay suficientes personas que realicen la acción pertinente. Muchos beneficios, incluidos la ley y el orden, la seguridad nacional, la salud pública, etc., son lo que Simmons llama "beneficios abiertos" que solo podrían evitarse mediante cambios extraordinarios en el estilo de vida de uno, mediante el exilio interno en una parte remota del país o mediante la emigración (que solo llevará a uno a otro país y a otro conjunto de beneficios obligatorios). Esto no significa negar que algunas personas aceptan voluntariamente los beneficios de la cooperación y, por lo tanto, están obligadas por justicia a hacer su parte. Algunos emigran en busca de ellos o asumen funciones y puestos que se calculan para proporcionárselos. Y aunque un paquete mínimo de beneficios es estándar e inevitable, muchos buscan activamente más: sus hijos disfrutan de la educación obligatoria, pero también claman por lugares en las universidades públicas.

Aunque el principio moral básico es válido y relevante en tales casos, simplemente no conlleva la obligación de obedecerlo en lo que respecta al derecho.

Por último, a diferencia de las teorías basadas en el consentimiento y las expresivistas, la equidad no está

suficientemente particularizada, ya que los beneficios que la gente acepta voluntariamente no siempre respetan los límites de los sistemas legales. Los estadounidenses sintonizan la Canadian Broadcasting Corporation, los canadienses la National Public Radio y todos usan Internet. Con una mayor comunicación y cooperación transnacionales, es probable que esos beneficios se expandan. Sin duda, cierta particularización de nuestros deberes puede explicarse por el hecho de que muchos sistemas de cooperación son locales; pero esta verdad cruda y directa no sigue las exigencias de la ley.

(p. 532) 3 Teorías no voluntarias

Aunque sin duda son posibles otras variantes del voluntarismo, es difícil ver cómo una teoría de ese tipo puede sobrevivir a las objeciones al consentimiento, al expresivismo y a la equidad, ya que estas surgen de un problema común. Es esencial para la Página 10 de 23

Ley y obligaciones

El voluntarismo tiene sus raíces en la voluntad de los acuerdos políticos, y la jurisdicción reclamada por la ley parece destinada a sobrepasar las relaciones contingentes establecidas por la elección individual. Para Hume, eso sugiere una conclusión obvia:

Si bien es cierto que existe una obligación moral de someterse al gobierno porque todos así lo creen, debe ser igualmente cierto que esta obligación no surge de una promesa, ya que nadie cuyo juicio no haya sido extraviado por una adhesión demasiado estricta a un sistema de filosofía ha soñado jamás en atribuirla a ese origen. Ni los magistrados ni los súbditos se han formado esta idea de nuestros deberes civiles. 58

La objeción de Hume al consentimiento puede generalizarse, pues todas las obligaciones voluntarias dependen de las creencias del sujeto.

No se puede prometer por accidente —«ningún hombre puede hacer una promesa ni verse limitado por su sanción y obligación sin que él mismo la conozca»59—, pero

tampoco se puede expresar inconscientemente una actitud o aceptar un beneficio. Por lo tanto, Hume tiene razón al decir que la falta de la creencia pertinente niega una obligación voluntaria de obediencia. Pero Hume también afirma que debe haber una obligación porque «todo el mundo piensa así». Obsérvese que esta segunda apelación a la creencia tiene un estatus lógicamente diferente al primero. *La ausencia* de la creencia en primera persona de que uno ha realizado el acto voluntario pertinente niega la afirmación de que uno tiene una obligación voluntaria. Pero la *presencia* de una creencia de que existe una obligación no voluntaria no la valida. El hecho, si lo hay, de que «todo el mundo piensa así» puede sugerir que *existe* una obligación que debe justificarse, pero no puede ser en sí mismo un *fundamento* de esa obligación. Dado que las obligaciones no voluntarias son independientes de la creencia, la opinión común no es decisiva en un sentido o en otro. Por lo tanto, lo que necesitamos es algún principio moral que se aplique en estas circunstancias y que sea capaz de generar obligaciones de obediencia a la ley. Los candidatos más influyentes son de dos tipos.

3.1 Obligaciones asociativas

La mínima desviación del voluntarismo conserva una de sus características principales: la contingencia de las relaciones sociales. Para el voluntarista, esto se explica por el hecho de que tales relaciones se crean, si no deliberadamente, al menos de manera voluntaria.

Para los asociacionistas, estos son meramente casos especiales. Siguiendo a los idealistas filosóficos a través de la exuberante proliferación de metáforas orgánicas, enfatizan el crecimiento gradual y **el** desarrollo de relaciones significativas como la familia, la religión y la comunidad. El pensamiento moral común sostiene que la familia, por ejemplo, se debe entre sí deberes especiales de lealtad, respeto y apoyo que constituyen en parte su relación pero que no surgen, o al menos no tienen por qué surgir, de un acuerdo. Hay una verdad importante aquí, ya que a menudo estamos menos comprometidos en elegir, perseguir y revisar nuestras metas que en adaptarnos y acomodarnos a las contingencias que el mundo nos presenta; por ejemplo, incluso aquellos que eligen la

paternidad no eligen a sus hijos particulares con sus constituciones y temperamentos únicos. 60 Una teoría de la lealtad a la ley seguramente debería encontrar alguna manera de acomodarse a esta realidad.

Al igual que las teorías comunitarias de la justicia, con las que tienen ciertas afinidades, las doctrinas asociativas de la obligación son a menudo vagas, afirmando que las personas en asociaciones orgánicas se sienten obligadas por su membresía, pero sin articular ninguna razón moral que pueda fundamentar esos sentimientos.6

1 Una versión se centra en las obligaciones asociadas

Las obligaciones de un rol tienen dos problemas, y a menudo no se distinguen bien.62 En primer lugar, está la cuestión de la validez: ¿qué establece que los deberes asociados a un puesto son vinculantes incluso cuando uno es reclutado para él? La mayoría de las teorías asociacionistas enfatizan demasiado esta cuestión y tratan el problema de las obligaciones de un rol como si fuera una cuestión de explicar por qué los deberes no voluntarios vinculan alguna vez. Pero ese es un problema falso. Cualquiera que reconozca que hay obligaciones voluntarias también debe reconocer las no voluntarias, porque el deber de cumplir acuerdos no puede en sí mismo fundarse en un acuerdo. Además, puede que no haya ninguna obligación general de cumplir con los deberes de un puesto; estos pueden justificarse fragmentariamente por diferentes consideraciones en diferentes casos. El aparente deber general puede ser simplemente una conclusión intermedia que resume una serie de razones no relacionadas, incluida la dependencia de otros del desempeño de uno.

El segundo problema es de contenido. ¿Por qué deberíamos reconocer un rol que consista únicamente en *estas* funciones?

Los asociacionistas a veces argumentan como si al explicar cómo son posibles las obligaciones no voluntarias hubiésemos explicado automáticamente por qué su alcance y contenido deberían estar determinados por los roles sociales, pero eso claramente no es así. Dworkin se aventura a dar una respuesta a esta pregunta. Dice que

tenemos "el deber de honrar nuestras responsabilidades bajo prácticas sociales que definen grupos y asignan responsabilidades especiales a la membresía..."63 Estos deberes no se basan en el consentimiento; su contenido y responsabilidad dependen de la práctica del grupo más que del acuerdo individual, y la práctica no sólo identifica sino que de alguna manera también justifica los deberes, siempre que se cumplan ciertas condiciones.

Ley y obligaciones

Toda comunidad verdadera debe ser una comunidad desnuda **(p. 534)** que satisfaga las condiciones mínimas para la vida en grupo, tal como las define la práctica social.64 A continuación, sus miembros deben pensar que sus obligaciones son especiales, personales y derivan de alguna interpretación de buena fe de igual preocupación por el bienestar de todos los miembros. Se dice que estas condiciones justifican las obligaciones asociativas como tales: "Si se cumplen las condiciones, las personas en la comunidad desnuda tienen las obligaciones de una verdadera comunidad, las quieran o no...".65

Sin duda, las asociaciones políticas tienen ciertas similitudes con otras relaciones no voluntarias: las personas rara vez eligen sus estados, no están de acuerdo con todas sus leyes, la nacionalidad estructura sus identidades, las relaciones políticas surgen orgánicamente y la pertenencia a un estado puede tener en algunos casos un valor intrínseco. Pero también hay disanalogías significativas. Una vez más, la naturaleza institucional del derecho milita contra cualquier ajuste seguro entre el orden jurídico y la vida social. Si la paternidad o el vecindario son asociaciones, lo son en un sentido que las acerca a los deseos y necesidades de sus ocupantes. Los sujetos del sistema jurídico no suelen estar con respecto a esas instituciones como los vecinos con respecto a su vecindario. Luego está la cuestión del alcance. En los casos paradigmáticos de obligaciones asociativas hay un grado de intimidad social que no se puede esperar en el derecho. Como dice Rousseau:

«Cuanto más se estira el vínculo social, más flojo se vuelve».66 ¿No debería esto hacernos reflexionar?

La explicación de Dworkin evita este problema. Niega que las condiciones para la obligación asociativa impliquen creencias o deseos reales de los miembros de la asociación, o incluso de cualquier persona en general. Son "propiedades interpretativas":

"prácticas que adoptarían las personas con el nivel adecuado de preocupación, no una propiedad psicológica de un número fijo de miembros reales".67 Es decir, una comunidad desnuda se convierte en una verdadera comunidad si se mantiene cierto argumento complejo, independientemente de las actitudes de sus miembros. Dejando de lado la retórica de Dworkin, esto obviamente está algo alejado de las obligaciones asociativas y de la visión orgánica de la vida social que las inspira. Tales obligaciones buscan explicar la fuerza moral de lo contingente y accidental; cuando surgen de una imputación interpretativa necesaria que nadie puede realmente respaldar, separada de las vidas de sus sujetos, es evidente que hemos dejado muy atrás las obligaciones asociativas.

Tampoco está claro cómo se resolverá el problema del contenido. El paradigma de Dworkin para los vínculos asociativos es la asociación no voluntaria de hermanos (la fraternidad es el ejemplo que tiene en mente). Pero el contenido de las obligaciones fraternales o sororales se encuentra en el entorno de la ayuda mutua o el respeto, no de la obediencia. Por eso, el modelo asociativo habitual para las relaciones de obediencia no es, de hecho, la asociación horizontal entre hermanos, sino la jerarquía vertical de padre e hijo. Sin embargo, los argumentos normales en favor de la autoridad paterna no tienen nada que ver con la asociación comunitaria: son instrumentales o expresivos. Tal vez haya un elemento expresivo en la teoría de Dworkin, ya que exige que, como condición de legitimidad, una comunidad **(p. 535)** muestre la virtud que él llama "integridad": una coherencia de principios que exprese una doctrina de igual preocupación por sus miembros. Esa virtud puede ser admirable; puede contribuir a la legitimidad. Pero aunque la integridad de alguien puede ganarle nuestro respeto, admiración y emulación, eso no significa que esté mal que interfiramos en sus proyectos y ambiciones, ni le da derecho a nuestra obediencia.

Una última preocupación para cualquier visión asociacionista es que es probable que genere obligaciones comunales conflictivas, como tal vez le ocurrió a Antígona, atrapada entre su deber fraternal y religioso de enterrar a su hermano y la orden de su gobernante que se lo prohibía. Como los súbditos son a menudo también hermanas y patriotas feligreses, las obligaciones asociativas son endémicamente competitivas. 68 Estos conflictos, irresolubles desde el punto de vista de cada asociación, sugieren por qué el comunitarismo es, como dice acertadamente Dunn, una solución débil y sentimental al problema de la obligación política: La solidaridad religiosa y social, lejos de ser la solución a los problemas de la inestabilidad política, son virtualmente la fuente de esa inestabilidad. El objetivo de la obligación política era precisamente contener, poner bajo control racional y humano, la amenaza difusa pero vívida que representaban estos vínculos imaginativos más amplios. 69

3.2 Instituciones necesarias

En todos los análisis que hemos hecho hasta ahora hay una tendencia a sostener que la obligación política es de algún modo inevitable o necesaria. La teoría final abraza abiertamente esta idea. En Hume, pero también en Hobbes o Kant, encontramos la opinión de que la ley es una institución necesaria sin la cual las cosas más preciadas de la vida serían simplemente imposibles, y que una obligación de obediencia es una condición necesaria para la existencia de la ley. Ese pensamiento nos aleja no sólo de toda forma de voluntarismo, sino de la contingencia misma. El argumento fundamental se enuncia en la página 12 de 23.

Ley y obligaciones

por Elizabeth Anscombe: 'Si algo es necesario, si es, por ejemplo, una tarea necesaria en la vida humana, entonces surge un derecho en aquellos cuya tarea es, a tener lo que pertenece al desempeño de la tarea'.70

El problema forense que se plantea es el de identificar las instituciones necesarias. Hobbes y sus sucesores proponen un método racionalista: una institución es necesaria si personas adecuadamente motivadas y situadas están de

acuerdo en adoptarla. Si es sólido, un argumento de este tipo identifica lo que tenemos razones para creer, querer o hacer; por supuesto, no demuestra que realmente lo creamos, queramos o hayamos hecho. A diferencia de una teoría contractual real que es una especie de consentimiento, el contractualismo hipotético se sitúa por completo en el ámbito **(p. 536)** de lo racional (aunque, en sus versiones más influyentes, es una visión débil e incluso absurda de la racionalidad).7

1 Otros siguen el empirismo de Hume:

Un poco de experiencia y observación basta para enseñarnos que la sociedad no puede mantenerse sin la autoridad de los magistrados, y que esta autoridad pronto cae en el desprecio si no se le rinde una obediencia estricta. La observación de estos intereses generales y evidentes es la fuente de toda lealtad y de esa obligación moral que le atribuimos. 72

Y aquí podemos incluir también las teleologías especulativas de las teorías aristotélicas según las cuales la actividad política es necesaria para el pleno desarrollo de la naturaleza humana.

Aunque existen, por tanto, diferentes maneras de identificar las instituciones necesarias, con resultados algo diferentes, la mayoría de las teorías comparten ciertas características. Un representante bien desarrollado se debe a George Klosko.73 Aunque quiere fundamentar la obligación en la reciprocidad, rechaza por demasiado estricta la idea de que los beneficios de la ley deben aceptarse, o incluso derivarse de algún esquema de cooperación. Su idea es más bien que hay ciertos "bienes públicos presuntamente beneficiosos", bienes que cualquiera querría y que requieren la cooperación social para producirse. Ahora bien, Klosko parece tratar esto de una manera hobbesiana o humeana, definida por referencia a las necesidades de los sujetos; pero una generalización de su enfoque podría adoptar una teoría objetiva del beneficio, fundada en razones que se apliquen a todos en lugar de razones de las que sean conscientes. Y así, no sólo el interés propio o las necesidades personales, sino también la seguridad de los intereses de otros o del público pueden

estar entre los efectos presuntamente beneficiosos de la ley.

No cabe duda de que algunas de las acciones de la ley son esenciales en este sentido: sobre todo, nos salvan de las circunstancias nefastas del estado de naturaleza. Pero las ambiciones de la ley son más amplias que eso. También hace cosas que son permisibles pero no necesarias: prohíbe el trato cruel a los animales, establece zonificaciones residenciales, declara idiomas oficiales, establece días festivos nacionales, apoya la educación y las artes, crea honores y promueve la exploración de los cielos. Y al servicio de lo que manda la necesidad, la ley traza líneas y distinciones que son en sí mismas meramente permisibles: define una edad de consentimiento, un nivel aceptable de imposición de riesgos, formalidades para testamentos y matrimonios, etcétera. Es importante notar que ni la amplia gama de actividades estatales permisibles ni las determinaciones permisibles, para usar el término de Aquino, de actividades necesarias están fijadas por los requisitos de legitimidad.

¿Cuál es entonces la conexión entre lo necesario y lo permisible? La opinión de Klosko es que el Estado debe proporcionar los bienes necesarios y, si lo hace, también puede proporcionar los discrecionales, siempre que lo haga de manera justa. Pero esa no es exactamente la cuestión **(p. 537)** : la cuestión no es si es legítimo proporcionar bienes opcionales, sino si existe la misma obligación de reciprocidad para contribuir a su provisión que para los necesarios. No se puede argumentar que los bienes opcionales son todos esenciales para los necesarios: es difícil ver cómo la exploración espacial es necesaria para la seguridad de las aerolíneas. Pero hay una objeción más fundamental aquí. Incluso cuando hay relaciones instrumentales entre los dos tipos, no transmiten obligaciones de los fines a los medios. Si *A* tiene una obligación con φ y χ-ing es un medio necesario, o incluso altamente deseable para φ-ing, no se sigue que *A* tenga una obligación con χ. Si tengo la obligación de pagarte cinco dólares mañana, y la única manera de pagar es dándote los cinco dólares de plata que mi madre me regaló, de ello no se sigue que tenga obligación alguna de pagarte en plata. Las razones que imponen obligaciones no son transitivas a

través de medios ideales, o incluso necesarios, para su cumplimiento.

Además, no está claro qué *es* necesario para que la ley cumpla sus funciones socialmente necesarias. A veces se alega que la ley necesita exactamente lo que exige. Como dice Creonte en *Antígona* : "Quienquiera que sea elegido para gobernar debe ser obedecido; debe ser obedecido, en todas las cosas, grandes y pequeñas; justas e injustas", sin lo cual solo hay anarquía: "Por eso las ciudades se derrumban y las grandes casas llueven; esto es lo que dispersa a los ejércitos". 74 Hume sostiene de manera similar que la autoridad del magistrado no puede sobrevivir sin "obediencia exacta". Pero todas esas afirmaciones se hunden en el hecho de que lo que es real debe ser posible. La ley, de hecho, no disfruta de una obediencia exacta, y la desobediencia en ciertas cosas pequeñas o grandes es una de las más comunes.

Ley y obligaciones

Las injusticias no arruinan las ciudades. Es evidente que los sistemas jurídicos pueden soportar ciertos tipos y cantidades de desobediencia, y cuando ésta produce más beneficios que daños, no puede haber objeción por razones de necesidad.

Esto es totalmente coherente con la idea de que el gobierno legítimo es una institución necesaria y beneficiosa. La única cuestión es si una política de obediencia general es una política necesaria. En muchas áreas de la vida necesitamos una política común eficaz, y ningún acuerdo de ese tipo puede sobrevivir si cada uno debe elegir cuándo cumplirla. Todo eso es cierto. Pero un argumento de que se necesita *alguna* política no es un argumento a favor de una política *particular* . Y la política que estamos considerando aquí, la de tomar todos los requisitos de la ley como vinculantes, es sólo una de las opciones. No hay razón para pensar que en todos los estados legítimos, en todo momento y para todas las personas sea siempre la óptima. La propia visión del estado es algo así como el utilitarismo *de la regla actual* : la tesis de que obedecer el conjunto de obligaciones legales realmente existentes es siempre lo mejor. Allí donde la ley está institucionalizada y es

moralmente falible, esta es la forma menos plausible de consecuencialismo.

Mencioné anteriormente que, si bien Klosko considera su doctrina de los bienes públicos presuntos como una elaboración de la justicia, su lógica en realidad se aleja de esa teoría. Profundicemos en esta idea. Si los beneficios de la ley son realmente tan importantes, entonces no deberíamos permanecer indiferentes a su provisión. Si hay cosas que todos anhelan desesperadamente **(p.**

538) necesidades, y si se necesita cooperación para proporcionarlas, entonces seguramente es incorrecto no proporcionarlas. Si bien el principio de equidad prohíbe el oportunismo, no demuestra que uno deba ingresar en cualquier esquema de cooperación en primer lugar. Aquellos que se saltan los torniquetes son oportunistas y violan la obligación de pagar su parte; pero aquellos que caminan en lugar de tomar el metro no lo hacen. El argumento de Klosko sobre la importancia crucial de los bienes presuntivos -bienes que son el fundamento mismo de la vida social- tiene, por lo tanto, poco en común con una teoría basada en la equidad. De hecho, conduce en la dirección del pensamiento maduro de Rawls, que abandona la equidad en favor de una obligación basada en el deber natural de justicia:

Este deber nos obliga a apoyar y cumplir con las instituciones justas que existen y se aplican a nosotros. También nos obliga a promover acuerdos justos que aún no se han establecido, al menos cuando esto se puede hacer sin demasiado costo para nosotros. Por lo tanto, si la estructura básica de la sociedad es justa, o tan justa como es razonable esperar en las circunstancias, todos tienen el deber natural de hacer su parte en el esquema existente. Cada uno está obligado a cumplir con estas instituciones independientemente de sus actos voluntarios, performativos o de otro tipo.75

Esto es lo más lejos que se puede llegar del voluntarismo. Sin embargo, el deber de cumplir con las instituciones justas no siempre aconseja la obediencia. Incluso en un estado razonablemente justo, e incluso con respecto a aquellas leyes que, desde el punto de vista de la justicia, no

son opcionales, puede haber casos en los que la desobediencia esté permitida por el deber natural.

Los sistemas jurídicos razonablemente justos pueden tener injusticias locales y ocasionales, siempre que no sean demasiado graves. ¿Qué habría de malo en cumplir esas leyes sólo en la medida en que ese cumplimiento sea necesario para garantizar el respeto a la administración de justicia?

Además, la idea de que debemos cumplir con las instituciones justas que "se aplican a nosotros" parece inaceptablemente amplia. John Simmons argumenta convincentemente que una institución puede aplicarse a mí y ser justa y, sin embargo, no obligarme a cumplir con sus reglas. Un Instituto para el Avance de los Filósofos no puede beneficiarme, por más justamente que sea, y luego exigirme que pague sus cuotas. 76 Concluye que Rawls no distingue entre un sentido débil y puramente descriptivo de "aplicación", es decir, que uno cae dentro del alcance de una institución, y un sentido normativo más fuerte según el cual los deberes institucionales no están simplemente dirigidos a mí, sino que son vinculantes para mí. Como voluntarista, piensa que eso solo podría resultar de mi acuerdo o al menos de mi aceptación de sus beneficios.

Esto parece plausible si pensamos en beneficios puramente opcionales. Pero según Jeremy Waldron,77 el ejemplo revela una ambigüedad entre dos sentidos de "justo". Aunque el Instituto *opera de manera justa* —distribuye equitativamente los beneficios que proporciona, no discrimina, etc.— no es una institución cuyas actividades sean *requeridas por la ley* . 78 *La justicia* es una opción, por el contrario, desde ese punto de vista. Pero, pregunta Waldron **(p. 539)** , si el objetivo del Instituto fuera brindar ayuda a los sin techo, y si esto fuera requerido por la justicia más que por la caridad, y si esa institución fuera un medio eficaz para hacerlo, ¿no tendríamos el deber de ayudarlo, independientemente de cualquier acuerdo o beneficio de nuestra parte? Si Hobbes o Kant tienen razón en que el imperio de la ley en sí no es un extra opcional sino una cuestión de la más apremiante necesidad, y si suponemos que esta necesidad es más urgente con respecto a aquellos con quienes interactuamos

regularmente -nuestros vecinos- ¿no podría haber un deber "de alcance limitado" de obedecer a cualquier institución capaz de garantizarlo?

Ley y obligaciones

Si bien la distinción entre una institución que se comporta con justicia y una institución que logra justicia es importante, también lo es la distinción entre una institución que hace justicia y una institución que *sólo* hace justicia.

Como argumenté antes, es falso suponer que toda la actividad de un Estado razonablemente justo puede explicarse de esta manera. Por lo tanto, tanto los argumentos del deber natural como los de la necesidad caen ante la misma objeción: las condiciones de legitimidad establecen el límite de lo *permisible* en la ley, no lo *obligatorio* . Demostrar, contra los partidarios libertarios del gobierno mínimo, que no hay nada malo en los alunizajes, los parques nacionales o las galerías de arte subsidiados por el Estado no es demostrar que estos sean requeridos por la justicia. Un argumento del deber natural, por lo tanto, sólo fundamentará una obligación estrecha de obedecer la ley, una obligación de obedecer aquellas leyes que están íntimamente conectadas con los requisitos y la administración de la justicia.

Los argumentos de necesidad sufren, pues, de un problema subyacente: intentan que la teoría de la legitimidad haga demasiado trabajo, una tendencia que, por extraño que parezca, se debe a una sobrevaloración de la justicia. A pesar del reciente consenso de que la justicia es la «primera virtud de las instituciones sociales», las instituciones políticas también tienen otras virtudes y son propensas a otros vicios. El hecho de que tengamos una noción de injusticia tolerable —una que vale la pena soportar en aras de otros beneficios— sugiere que la justicia a veces debería quedar relegada a un segundo plano frente a otros ideales. La ley debería, en efecto, hacer justicia, pero también debería proteger a los animales y al medio ambiente, mantener ideales estéticos, alentar la excelencia del carácter y promover las

condiciones generales para el florecimiento humano. La capacidad de la ley para hacer esas cosas es limitada.

Algunas sólo pueden promoverse indirectamente, y la forma en que se lleva a cabo está limitada por las condiciones de legitimidad. Pero dentro de esos límites, la ley puede establecer adecuadamente obligaciones para nosotros, y aquí el deber natural de justicia está mal situado para seguir.

4 El escepticismo y su importancia

Los fracasos acumulados de todas las teorías voluntarias e involuntarias sugieren firmemente que no existe obligación de obedecer la ley. ¿Cómo puede la teoría jurídica tolerar tal **escepticismo** ? Hume escribe: «Nada es una prueba más clara de que una teoría de este tipo es errónea que descubrir que conduce a paradojas que repugna a los sentimientos comunes de la humanidad y a la práctica y opinión de todas las naciones y épocas».79 Klosko también piensa que ésta es una de nuestras intuiciones más profundas: «la existencia de fuertes sentimientos generales de que tenemos obligaciones políticas... está respaldada por nuestros sentimientos más básicos sobre la política. Considero que es obviamente cierto que la mayoría de las personas creen que tienen obligaciones hacia sus gobiernos».80

¿Sugiere esto que el escepticismo acerca de la obligación debe fracasar en el logro de un “equilibrio reflexivo” entre nuestros juicios considerados sobre los casos y una teoría normativa sistematizadora?8

1 ¿No deberíamos aceptar nuestras creencias más básicas?

juicios preteóricos, lo que Rawls llama nuestros «puntos fijos provisionales» en el argumento: ¿fijos porque no debemos abandonarlos a la ligera, pero provisionales porque podrían, en principio, dar lugar a una teoría suficientemente persuasiva?

Tal vez, pero el problema rawlsiano de la coherencia no está realmente en juego aquí. 82 El "punto fijo" que estos filósofos detectan no es un juicio sobre un *caso* , como

ocurre cuando exigimos que las teorías utilitaristas expliquen por qué no debemos castigar a los inocentes. Por el contrario, lo que parece fijo es una *teoría* , a saber, la teoría de la obligación política. Nadie sostiene que la teoría del escéptico no pueda equilibrarse con juicios casuísticos sobre cuándo debe obedecerse la ley. No hay ninguna sugerencia de que un escéptico no pueda explicar por qué a veces debemos obedecer una ley que es inútil o injusta; se entiende que en tales casos puede apelar a consideraciones dependientes del contenido, como el riesgo de dar un mal ejemplo, alterar las expectativas o causar injusticia. La afirmación del escéptico es simplemente que tales consideraciones no se generalizan a una obligación universal e independiente del contenido de obedecer. Lo que en realidad contradice al escepticismo es la teoría de que todos tienen esa obligación, pero eso no es más relevante que el hecho de que las teorías utilitaristas del castigo entren en conflicto con el retribucionismo. Estar de acuerdo con los competidores no es una condición del equilibrio reflexivo.

reductio humeano ; debe, en cambio, basarse en la confianza en el método de la opinión común en la filosofía moral. La coherencia de tales argumentos no puede abordarse aquí. Afortunadamente, no necesitamos hacerlo, porque de hecho no hay evidencia convincente que demuestre que la creencia en un deber general de obedecer es parte de la conciencia moral común, en oposición a la oficial. 83 Por supuesto, los sujetos generalmente tienen actitudes favorables hacia sus sistemas legales, pero deberíamos ser cuidadosos al pronunciarnos sobre su contenido. En algunas observaciones generales sobre el método filosófico, Thomas Nagel escribe: "Dado un argumento contundente a favor de una opinión intuitivamente inaceptable **(p.**

541) En conclusión, se debe asumir que probablemente hay algo erróneo en el argumento de que no se puede detectar

—aunque también es posible que se haya identificado erróneamente la fuente de la intuición'.84 Los argumentos escépticos sobre la obligación política caen en la segunda

alternativa. La fuente más plausible de la intuición son tres fuentes más generales: Página 15 de 23

Ley y obligaciones

Tesis, todas sólidas y todas coherentes con el escepticismo:

T1. Normalmente hay buenas razones para hacer lo que exige la ley.

T2. Algunas personas tienen obligaciones morales de obedecer la ley.

T3. Hay algunas leyes que todos tenemos la obligación moral de obedecer.

Lo único que es falso es:

T4. Toda persona tiene la obligación moral de obedecer todas las leyes.

Negar T4 es negar lo que algunos sujetos consideran cierto y lo que los funcionarios dicen que es cierto: que siempre hay una razón moral vinculante e independiente del contenido para hacer lo que la ley exige de nosotros. Esto, en los casos apropiados, marcará una diferencia en nuestro razonamiento práctico, y marcará una diferencia aún más significativa en nuestra comprensión de la relación entre el individuo y la ley. Chaim Gans duda de esto. Cree que los escépticos niegan que exista una obligación general de obedecer sobre la base de ejemplos triviales o esotéricos –"cruzar la calle imprudentemente a las tres de la mañana"– mientras que estos no son casos en los que alguien cite la obligación de obedecer para empezar.8

5 Más bien,

Lo vemos en acción cuando, no obstante, se deben obedecer leyes malas, o cuando los desobedientes civiles reconocen que la obligación política establece una carga justificatoria especial. Sin embargo, Gans se queja de que, en este caso, el escéptico en realidad *está de acuerdo* con el resultado: insiste, como lo hice yo antes, en que en tales

casos puede haber razones especiales para cumplir con la ley.

'Parecería preferible interpretar las opiniones de la gente sobre cuestiones prácticas de la manera que mejor respalde sus implicaciones prácticas, en lugar de rechazar estas opiniones y luego resucitar todas sus ramificaciones prácticas significativas, a la manera de los anarquistas.'86

Sin embargo, esto es un malentendido. En primer lugar, las teorías no son equivalentes en términos extensionales: el escéptico insiste en considerar razones contrarias que el creyente en la obligación política excluye y que marcarán una diferencia marginal en una variedad de casos. En segundo lugar, los casos esotéricos sí importan, porque son las pruebas cruciales. Allí donde la obediencia es inútil, allí donde hay una razón para desobedecer y ninguna razón dependiente del contenido para obedecer, allí deberíamos esperar ver la fuerza de la obligación política. Estos casos de prueba son diferentes de las hipótesis disparatadas que se plantean en algunas otras áreas de la filosofía, por ejemplo, aquellas que nos invitan a especular sobre lo que haríamos si no hubiéramos podido hacer.

"Intuitivamente" se habla de la identidad personal después de la teletransportación. No hay ciencia ficción en las señales de velocidad en el desierto.

Tenemos experiencia de ellos; sabemos lo que diríamos **(p. 542)** ; y cualquiera que no esté atrapado en una teoría verá que ésta sugiere fuertemente que no existe una obligación general de obediencia.

También es dudoso que la importancia de la obligación política se manifieste en casos reales de desobediencia civil. Es sorprendente que, hasta donde se puede saber, cada teórico importante que defiende la obligación de obediencia piensa que su propia jurisdicción es lo suficientemente justa como para activarla. Locke escribió para hacer valer la afirmación de William; Hume quería incluir incluso a China y Persia. Es claro que los filósofos contemporáneos que defienden la obligación política tienen en mente sus propios países, o países muy parecidos a ellos. (Aquí se recuerda la observación de Kelsen sobre la

deriva ideológica de las teorías del derecho natural: todo aquel que cree que hay requisitos morales para la validez de la ley también cree que su propio sistema legal, correctamente entendido, los satisface.)87 La idea de que normalmente se piensa que la obligación política erige un obstáculo moral significativo contra la desobediencia es desconcertante. David Lyons pregunta acertadamente:

"¿Cómo pudieron los filósofos de buena voluntad suponer que se requería una justificación moral para desobedecer leyes que apoyaban la esclavitud, el colonialismo racista o las leyes de Jim Crow?"88 De hecho, no es histórico pensar que Thoreau, Gandhi o King pensaran que sus sociedades eran razonablemente justas y que la desobediencia exigía una justificación especial. Pero es igualmente cierto en nuestros días que las mujeres de Greenham Common, o ACT-UP, o los manifestantes de Seattle, pensaron que sus sociedades eran radicalmente defectuosas y negaron cualquier inhibición moral a la desobediencia más allá de establecer la justicia de su causa. La obligación política parece tan ociosa aquí como en otras partes.

La respuesta a la pregunta de Fuler es, por tanto, clara. ¿Cómo es posible que la ley tenga la inusual cualidad de crear una obligación de obedecerla? No es así: no existe tal obligación. Para la pregunta diferente de cómo la ley parece obligatoria y en qué consiste su halo, tenemos otras respuestas. Nuestra teoría de la normatividad nos dará alguna interpretación de los enunciados de obligación que son tan centrales para el derecho, y nuestra teoría de la legitimidad explicará cómo y cuándo la ley está justificada para hacer cumplir sus normas. Más allá de esto, sin embargo, el problema general de una obligación de obedecer simplemente desaparecerá.

Soper se pregunta si esto es coherente. Pregunta: "¿Cómo es posible que la práctica del derecho, en las afirmaciones que formula, esté tan desfasada (y presumiblemente siempre ha estado desfasada desde que existen los Estados) de la moral?".

89 Tal vez la práctica del derecho no sea tan deferente con la filosofía, o tal vez las declaraciones de obligación legal no siempre se hagan con toda su fuerza. El hecho de que la ley deba presentarse como moralmente obligatoria no implica que deba *ser* moralmente obligatoria. Compárese el caso de la autoridad papal. Supongamos un argumento escéptico para la conclusión de que los papas carecen de la infalibilidad que reclaman; supongamos que los ateos o las iglesias cristianas reformadas tienen razón al pensar que esta es una pretensión injustificable. ¿Esto de alguna manera **(p. 543)** minaría nuestra confianza en el *carácter* de la afirmación? ¿Sugeriría que el papa realmente no reclama tal autoridad después de todo? Eso es inverosímil. Es una característica familiar de muchas instituciones y roles sociales que su naturaleza está determinada por lo que sus ocupantes dicen y hacen, en lugar de por la validez o plausibilidad de esas afirmaciones.

En este punto puede existir la tentación de aceptar el fracaso de las teorías y al mismo tiempo resistir su importancia.

Jonathan Wolff se encuentra entre quienes sucumben a esta afirmación: "No creo que sea un defecto de una teoría de la obligación política el que tenga como consecuencia que algunas personas se queden sin obligaciones políticas. Para ver esto, deberíamos empezar por preguntarnos por qué se pensó que la obligación política universal era tan deseable en primer lugar". 90 El error aquí es simplemente que no se trata de qué es deseable, sino de qué es. Cuando intentamos comprender las características profundas de nuestras instituciones, el reformismo conceptual está fuera de lugar. Esto no significa negar que nuestros conceptos puedan cambiar. Los papas no siempre afirmaron la infalibilidad -esa fue una innovación del siglo XIX- y algún día pueden abandonarla. Sin embargo, hay límites a hasta qué punto una institución puede cambiar manteniendo su identidad. (¿Podría un papa abandonar la doctrina de la sucesión apostólica?) Tal vez la ley deje de reclamar autoridad, los jueces ya no insistirán en el deber de obedecer y todos la trataremos como un sistema de precios. Pero en ese caso la ley misma habrá cambiado y nuestro interés en sus obligaciones simplemente desaparecerá.

5 El lugar de la obligación

¿Cómo debemos responder entonces a las afirmaciones del derecho? En algunas circunstancias, podemos apoyar el rigorismo robusto de Thoreau:

'No es deseable cultivar un respeto por la ley, sino más bien por el derecho. (...) La ley nunca hizo a los hombres ni un ápice más justos; y, por medio de su respeto por ella, incluso los bien intencionados se convierten diariamente en instrumentos de la injusticia.'91

Esa es la respuesta correcta en un régimen injusto. Sin embargo, en circunstancias más benignas, la política mixta indicada por T3 sería justificable: puede haber áreas y cuestiones fundamentales con respecto a las cuales uno debería aceptar una obligación de obediencia y otras que exigen una atención vigilante. No se trata de una estrategia de “seleccionar y elegir”, pero tampoco es una obligación política, aunque dependiendo del alcance y contenido del núcleo, puede acercarse a él (ésta puede haber sido la opinión de Hart).92

(p. 544) Más allá de esto, debemos reconocer que la buena ciudadanía bajo la ley es un ideal complejo. Implica obligaciones, pero también virtudes, supererogaciones e ideales. ¿Sugiere esto que el problema de la obligación política está mal planteado? Bikhu Parekh sostiene que "la obligación política propiamente dicha tiene poco que ver con la obligación de obedecer la ley", sino que se entiende mejor como "una obligación de tomar un interés activo y participar en la dirección de los asuntos públicos, de mantener una mirada crítica sobre las actividades del gobierno, de hablar en contra de las injusticias de su sociedad, de defender a aquellos demasiado desmoralizados, confundidos e impotentes para luchar por sí mismos y, en general, de ayudar a crear una comunidad rica y viva".93

No tiene sentido discutir sobre palabras. El término estándar para el deber de obediencia es "obligación política", aunque John Dunn puede estar en lo cierto al decir que es "un nombre del siglo XIX para un problema típico del siglo XVII". 94 Ciertamente no es una teoría de la

virtud cívica, ni agota las obligaciones que los ciudadanos conscientes tienen con la ley. Pero ampliar el alcance de la "obligación política" para incluir estas otras virtudes y deberes no responderá al escéptico, ya que en ninguna teoría plausible la obligación política no *incluye* el deber de obedecer la ley. Sin el deber central de obediencia, una teoría más amplia de la obligación política simplemente carece de motivación.

Sin embargo, podríamos sacar una lección diferente de la observación de Parekh: puede ser que un enfoque unidireccional en la obligación política haya ocultado otras relaciones importantes con la ley. Algunas acciones, rasgos y disposiciones deseables no son obligatorias en absoluto. Reflexionando sobre la tibia y a veces vacilante lealtad de sus compatriotas escoceses a los Hanover, James Boswel escribió:

Por muy convencido que esté de la justicia de ese principio que considera que la lealtad y la protección son recíprocas, reconozco, sin embargo, que no me conformo con el frío sentimiento que limitaría los esfuerzos del súbdito al estricto cumplimiento del deber. Quisiera que todos los corazones estuvieran animados por el *fervor* de la lealtad, por ese generoso afecto que se deleita en hacer algo más de lo que se le exige.

hace del 'servicio la libertad perfecta'.95

Esa aspiración es loable. La buena ciudadanía aspira a algo más que al rigor calculador del deber. También busca las virtudes de la civilidad, incluida la tolerancia allí donde se permitiría la intolerancia, y los actos supererogatorios que tanto admira Boswel. Pero más allá de la obediencia y de la virtud cívica, puede que todavía haya otras obligaciones en juego.96

Consideremos una analogía. Una economía de mercado próspera no puede sobrevivir simplemente con la observación escrupulosa de las obligaciones de propiedad y

contrato; requiere **también** prácticas consuetudinarias que no pueden ser proporcionadas por la ley o el mercado: lo que Durkheim llama los fundamentos no contractuales del contrato. Muchos de ellos se encuentran en el ámbito de la cultura política, y establecerlos de nuevo es muy difícil, como nos ha enseñado la Europa postsoviética. Pero también hay otras exigencias de la sociedad civil: debemos estar abiertos a tratar con extraños, debemos hacerlo de buena fe y no debemos explotar las inevitables lagunas en nuestros acuerdos. No es exagerado considerarlas como obligaciones sociales anteriores al mercado. La ley hace lo que puede para apoyarlas y reforzarlas, pero es incapaz de crearlas *excluidas de la sociedad. nada* .

Algo similar puede decirse del Estado de derecho: el excesivo énfasis en la obediencia ha ocultado al menos otros tres tipos de obligaciones que sustentan el orden jurídico.

1. ***La obligación de facilitar el imperio de la ley*** . Los teóricos del deber natural tienen razón al enfatizar esto, y se equivocan sólo al tratarlo como el fundamento de la obediencia. La ley misma apoya la obligación de facilitar el imperio de la ley, al imponer deberes de denunciar delitos, o abstenerse de obstruir a la policía, o evitar el desacato al tribunal, o servir como jurado o testigo. Pero hay muchas más ocasiones en las que podemos promover u obstaculizar el imperio de la ley que ocasiones en las que podemos obedecer. Es más, podemos socavar el imperio de la ley *sin* desobedecer. En los días contra el impuesto policial, el Partido Laborista escocés montó una campaña llamada "Stop It", instando a las personas a no retener el pago sino a devolver sus formularios preguntando todo lo posible en un esfuerzo por hacer que el impuesto sea inadministrable. 97 Si bien algunas consultas frívolas o vejatorias pueden estar prohibidas por ley, la administrabilidad de cualquier esquema impositivo cuenta con un grado considerable no sólo de cumplimiento voluntario, sino también de limitar las preguntas y objeciones que uno está legalmente autorizado a hacer.

Existe la tentación de equiparar el Estado de derecho con un sistema en el que hay un cumplimiento voluntario y, cuando éste falla, una aplicación rigurosa e imparcial. Pero,

por paradójico que parezca, desde la perspectiva del Estado de derecho no sólo puede haber un cumplimiento insuficiente, sino también excesivo. Los funcionarios lo socavan cuando vigilan en exceso áreas en las que es correcto prohibir pero incorrecto aplicar agresivamente: delitos contra la moral, cruzar la calle de forma imprudente, consumo de drogas. Los súbditos lo socavan cuando obedecen cuando deberían resistirse. La obediencia es parte del Estado de derecho, pero no la totalidad, y no siempre la parte más importante.

2. ***La obligación de conocer la ley*** . Una segunda obligación desatendida es lógicamente anterior a la obediencia. Uno no puede guiarse por una ley que no conoce. Por supuesto, muchos sistemas jurídicos rechazan (por buenas razones) la defensa de la ignorancia de la ley y en ese sentido presuponen que los sujetos la conocen. Pero tengo en mente algo más profundo: un conocimiento básico de las instituciones y tradiciones jurídicas más significativas del propio estado. Esto no es necesario para la existencia de la ley: como sostiene Hart, todo lo que se necesita de los sujetos ordinarios es el cumplimiento general. Tampoco es necesario para la perfección humana **(p. 546)** : es permisible interesarse poco por la ley y cuidar el propio jardín. Pero el imperio de la ley no puede florecer donde todos se retiran de esa manera, incluso si cada uno tiene alguna razón válida para hacerlo.

A pesar de todo el debate sobre el carácter arbitrario e incluso inconsistente de la sugerencia de Holmes de que entendamos el derecho desde el punto de vista del "hombre malo", poco se ha dicho sobre por qué los motivos instrumentales merecen la crítica implícita en su término "malo". Si el derecho fuera realmente un sistema de precios, esto no tendría sentido. Para explicarlo, necesitamos dar cuenta de la importancia de que los sujetos del derecho estén motivados adecuadamente por la ley. No hay nada de malo en que la mayoría de las personas no comprendan las regulaciones interestatales del transporte por carretera o los requisitos para certificar una demanda colectiva; si necesitan saberlo, pueden preguntarle a sus abogados. Pero sin duda hay una deficiencia moral en una sociedad comprometida con la presunción de inocencia, con la prueba más allá de toda

duda razonable en un juicio penal, con el debido proceso legal o con la obligación de no discriminar y en la que muchas personas no tienen idea de que estos principios animan su sistema legal, lo que implican o cómo se justifican. Y si eso sugiere que existe una obligación de conocer la ley, entonces la ley debe ser cognoscible y debemos esforzarnos por hacerla así, como Bentham insistió continuamente.

3. *La obligación de desarrollar el derecho* . Finalmente, la mayoría de los debates sobre el deber de obedecer se desarrollan como si el derecho fuera estático. Pero el derecho es dinámico y, como dice Kelsen, regula su propia creación. Todas las consideraciones sobre la necesidad y el valor del Estado de derecho sugieren que también debería adaptarse para cumplir esos valores en situaciones cambiantes. Página 18 de 23

circunstancias. En tales casos, deben excluirse las razones válidas de estabilidad de las instituciones jurídicas, incluida la facilidad de administración y la protección de las expectativas, en favor de los valores sustantivos que la ley debe perseguir.

La obligación de desarrollar la ley recae sobre los ciudadanos en general, pero se dirige con mayor urgencia a los funcionarios legislativos y adjudicadores. A veces se duda de que se aplique a los tribunales. Fulger escribe: "Seguramente la confusión moral alcanza su punto máximo cuando un tribunal se niega a aplicar algo que admite como ley...".99 Pero esto es una simplificación excesiva. Los tribunales tienen el poder no sólo de aplicar la ley sino también de cambiarla. Pueden hacerlo intencionalmente, mediante el ejercicio de su jurisdicción equitativa, sus poderes para invalidar o distinguir casos y mediante la aplicación de la doctrina de la desuso. También pueden hacerlo involuntariamente a través de la cristalización gradual de nuevas normas jurídicas. El silencio sobre estas cuestiones entre los estudiantes de la obligación jurídica puede deberse a puntos de vista simplistas sobre el papel judicial y a teorías crudas sobre la separación de poderes,

pero es imposible dudar de **que** también es resultado de la continua dominación del problema de la obediencia.

Este es sólo un esbozo de algunas obligaciones importantes que se discuten muy poco; no pretende establecer su fundamento ni trazar sus límites. Pero tal vez sugiere que nos hemos preocupado demasiado por la obligación de obediencia y que es hora de pensar más ampliamente sobre lo que le debemos a la ley. Un beneficio del escepticismo sobre la obligación política es que puede liberar nuestro pensamiento de ese arnés familiar y alentar la exploración de estas y otras obligaciones ante la ley.

Notas:

(1) Para los presentes propósitos, utilizo estos términos indistintamente.

(2) Véase MBE Smith, '¿Existe una obligación prima facie de obedecer la ley?', *Yale Law Journal* , 82 (1973), 950–76; J.

Raz, *La autoridad de la ley* (Oxford: Clarendon Press, 1979); AJ Simmons, *Principios morales y principios políticos Obligaciones* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1979); J. Feinberg, 'Desobediencia civil en el mundo moderno', *Humanities in Society* , 2 (1979), 37–60; R. Sartorius, 'Autoridad política y obligación política', *Virginia Law Reseña* , 67 (1981), 3–17; L. Green, *La autoridad del Estado* (Oxford: Clarendon Press, 1988).

(3) Donald H. Regan, 'El halo de la ley', en Jules Coleman y El en Frankel Paul (eds.), *Filosofía y derecho* (Oxford: Blackwel, 1987), 15–30.

(4) Philip Soper, *A Theory of Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1984), 4. Soper modifica su visión en

'Las pretensiones normativas del derecho', en Robert P. George (ed.), *La autonomía del derecho: ensayos sobre positivismo jurídico* (Oxford: Clarendon Press, 1996), 215-247.

(5) Ronald Dworkin, *El imperio del derecho* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), 90.

(6) Lon L. Ful er, 'Positivismo y fidelidad al derecho: una respuesta al profesor Hart', *Harvard Law Review* , 71 (1958), 630, reproducido en Joel Feinberg y Jules Coleman (eds.), *Philosophy of Law* , 6.ª ed. (Belmont, Calif.: Wadsworth, 2000), 100.

(7) Para la primera declaración de Hart de esta idea, véase 'Legal and Moral Obligation', en AI Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy* (Seattle: University of Washington Press, 1958), 82-107. Su posición se refina más tarde en 'Commands and Authoritative Legal Reasons', en sus *Essays on Bentham* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 243-68.

(8) Un análisis útil de estas variantes y objeciones a las mismas se encuentra en PMS Hacker, 'Sanction Theories of Duty', en AWB Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Second Series* (Oxford: Clarendon Press, 1973), 131–70.

Para la respuesta de Hart a Hacker, véase su obra "Legal Duty and Obligation" (Deber y obligación legales), en *Essays on Bentham* . Sin embargo, no es posible relacionar todo lo que Hart dice sobre la obligación en este ensayo con sus otros escritos. Véase en particular su desconcertante respaldo a algo parecido a una teoría de la sanción en la página 160.

(9) Véase HLA Hart, *The Concept of Law* , 2.ª ed., ed. PA Buloch y J. Raz (Oxford: Clarendon Press, 1994), 26–49, 82–91.

(10) ibíd., págs. 85–8.

(11) Ronald Dworkin, *Tomando los derechos en serio* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978), 48–58; Joseph

Raz, *Razón práctica y normas* , ed. rev. (Princeton: Princeton University Press, 1990), 53–8.

(12) Incluso en lo que respecta a las obligaciones convencionales, la teoría de la práctica finalmente fracasa, ya que las reglas convencionales sólo proporcionan razones ordinarias para actuar, no razones vinculantes. Exploro varios aspectos de esta cuestión en los siguientes artículos: 'Law, Coordination, and the Common Good', *Oxford Journal of Legal Studies* , 3 (1983), 299-324; 'Authority and Convention', *Philosophical Quarterly* , 35 (1985), 329-46; y 'Positivism and Conventionalism', *Canadian Journal of Legal Studies, 3 (1983), 329-346; Revista de Derecho y Jurisprudencia* , 12 (1999), 35–52.

(13) Thomas Hobbes, *Leviatán* , ed. CB Macpherson (Harmondsworth: Penguin, 1968), pt. I, cap. 25: 303; John Locke, *Dos tratados sobre el gobierno civil* , ed. P. Laslett (Cambridge: Cambridge University Press, 1963), I, s. 87: 367.

(14) Véase Joseph Raz, 'Promises and Obligations', en PMS Hacker y J. Raz. (eds.), *Law, Morality and Society: Ensayos en honor a HLA Hart* (Oxford: Clarendon Press, 1977), 210-28; y Joseph Raz, Razón práctica y normas, 35-84.

(15) David Hume, *Tratado de la naturaleza humana* , ed. L.A. Selby-Bigge (Oxford: Clarendon Press, 1967), 547, 548, 554.

(16) Locke, *Dos tratados* , I , ss. 8–9: 312–13.

(17) Hobbes, *Leviatán* , parte I, cap. 14: 199.

(18) Sobre esta distinción, véase especialmente Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality* (Nueva York: Oxford University Press, 1987), 47-61, y William A. Edmundson, *Three Anarchical Fallacies: An Essay on Political Authority* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 7-70.

(19) Joseph Raz, *Autoridad de la ley* , 233–49.

(20) Véase Mark Hal y George Klosko, 'Obligación política en la Corte Suprema de los Estados Unidos', *Journal of Politics* , 60 (1998), 462-480.

(21) *US v Macintosh* , 283 US 605 (1931), pág. 623. Véase el análisis de este material en Hal y Klosko, 'Obligación política en la Corte Suprema de los Estados Unidos'.

(22) *Francome v Mirror Group Newspapers Ltd.* [1984] 2 Al ER 408 en 412.

(23) Sigo a Amartya Sen, "Description as Choice", en su *Choice, Welfare and Measurement* (Oxford: Blackwell, 1982). Para una visión contraria sobre el papel de la evaluación en la descripción, véase John Finnis, *Natural Law and Natural Law. Derechos* (Oxford: Clarendon Press, 1980), 3–19.

(24) Dworkin, *El imperio del derecho* , n. 3.

(25) ibíd. 58.

(26) ibid. 413. Para críticas sobre este punto véase GJ Postema, '"Protestant" Interpretation and Social Practices', *Law y Filosofía* , 6 (1987), 283.

(27) Véase además, Green, *The Authority of the State* , 71–5, 149–53, 242–3.

(28) Dworkin, *El imperio del derecho* , 191.

(29) Sobre la capacidad del derecho para crear errores morales, véase Tony Honoré, 'The Dependence of Morality on Law', *Oxford Journal of Legal Studies* , 13 (1993), 1–17.

(30) Thomas D. Senor, '¿Qué pasa si no hay obligaciones políticas?', *Philosophy and Public Affairs* , vol.16, 260–8.

(31) EF Carritt sostuvo que "todos los intentos de explicar este reconocimiento de la obligación política en términos de algo más conducen a la confusión, la autocontradicción y la evidente descripción errónea de hechos de los que no podemos dudar". *La moral y Política* (Oxford: Clarendon

Press, 1935), 2. Pero incluso una obligación básica puede ser iluminada de manera no reductiva.

(32) Soper, *Una teoría del derecho* , 8–9.

(33) HLA Hart, *Derecho, libertad y moralidad* (Stanford, California: Stanford University Press, 1963), 3–4; y David Lyons, *Ética y estado de derecho* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985), 66–8.

(34) Por supuesto, es posible tener obligaciones particulares con más de un sistema jurídico. Para un análisis y defensa del requisito de particularidad, véase Simmons, *Moral Principles and Political Obligations* , 31-35, y Green, *The Autoridad del Estado* , 227–8.

(35) Para un análisis útil de la tradición voluntarista, véase Patrick Riley, *Will and Political Legitimacy* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982).

(36) Cf. Raz, *La moralidad de la libertad* (Oxford: Clarendon Press, 1986), 80-2.

(37) Harry Beran, *La teoría del consentimiento de la obligación política* (Londres: Croom Helm, 1987).

(38) David Hume, 'Del contrato original', en *Ensayos morales, políticos y literarios* , ed. EF Miller (Indianápolis: Liberty Classics, 1985), 481.

(39) Véase *Ensayos sobre la ley de la naturaleza* , ed. W. von Leyden (Oxford: Clarendon Press, 1958), 183.

(40) Hume, 'Contrato original', 481.

(41) ibíd. 480.

(42) Hume, *Tratado de la naturaleza humana* , 481, 'Contrato original', 481.

(43) Locke, *Two Treatises* , I , s. 122: 394. Para comentarios, véase A. John Simmons, '"Denisons" and "Aliens": Locke's Problem of Political Consent', *Social Theory and Practice* , 24 (1998), 161–82.

(44) Locke, *Dos tratados* , I , s. 119: 392.

(45) por ejemplo, Peter Singer, *Democracia y desobediencia* (Nueva York: Oxford University Press, 1974), 45–59.

(46) Hume, 'Contrato original', 474.

(47) Raz, *Autoridad de la ley* , 250–61.

(48) Véase ADM Walker, 'Obligación política y el argumento de la gratitud', *Philosophy and Public Affairs* , 17

(1988), 191–211, y G. Klosko, 'Obligación política y gratitud', *Philosophy and Public Affairs* , 18 (1989), 352–

8.

(49) Raz, *Authority of Law* , 259. Véase también su obra 'Government by Consent', en JR Pennock y JW Chapman (eds.), *Authority Revisited: Nomos XXIX* (Nueva York: New York University Press, 1987), 76.

(50) Locke, *Dos tratados* , I , s. 70: 356.

(51) Hart, *Concepto de Derecho* , 117.

(52) HLA Hart, '¿Existen derechos naturales?', *Philosophical Review* , 64 (1955), 175–91.

(53) John Rawls, 'Obligación legal y el deber de juego limpio', en S. Hook (ed.), *Law and Philosophy* (Nueva York: New York University Press, 1964), 9–10.

(54) Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía* , (Nueva York: Basic Books, 1974), 94

(55) Véase Simmons, *Principios morales y obligaciones políticas* , 118–36.

(56) ibíd. 106–8.

(57) Richard J. Arneson, 'El principio de equidad y los problemas del polizón', *Ethics* , 92 (1982), 616–33.

(58) Hume, *Tratado de la naturaleza humana* , 547.

(59) ibíd. 549.

(60) Véase Charles Larmore, 'La idea de un plan de vida', *Social Philosophy and Policy* , 16 (1999), 96-112.

(61) AJ Simmons, 'Obligaciones políticas asociativas', *Ethics* , 106 (1996). CH Wellman, 'Alianzas asociativas y obligaciones políticas', *Social Theory and Practice* , 23 (1997), 181–204.

(62) Cf. Michael O. Hardimon, 'Obligaciones de rol', *Journal of Philosophy* , 91 (1994), 333–63.

(63) Dworkin, *Law's Empire* , 198. Analizo la explicación de Dworkin con mayor detalle en 'Associative Obligations and the State', en Al en Hutchinson y Leslie Green (eds.), *Law and the Community: The End of Individualism?* (Toronto: Carswel, 1989), 93-118, y recurro a ese argumento aquí.

(64) Dworkin, *El imperio de la ley* , 207–8.

(65) ibíd. 201.

(66) *El contrato social* , libro I, cap. 14, trad. M. Cranston (Harmondsworth: Penguin, 1968), pág. 90.

(67) Dworkin, *El imperio del derecho* , 201.

(68) La importancia de las obligaciones con las asociaciones secundarias es enfatizada por Michael Walzer, *Obligations: Ensayos sobre desobediencia, guerra y ciudadanía* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1970), 4–23.

(69) John Dunn, 'Obligación política', en David Held (ed.), *Political Theory Today* (Stanford, California: Stanford University Press, 1991), 29.

(70) Elizabeth Anscombe, 'Sobre la fuente de la autoridad del Estado', *Ratio* , 20 (1978), 17.

(71) Véase Amartya Sen, 'Rational Fools', en su obra *Choice, Welfare, and Measurement* .

(72) Hume, 'Contrato original', 480.

(73) George Klosko, *El principio de equidad y obligación política* (Lanham, Maryland: Rowman y Littlefield, 1992).

(74) Sófocles, *Antígona* , trad. de Dudley Fitts y Robert Fitzgerald (Nueva York: Harcourt, Brace and Co., 1940), 46.

(75) John Rawls, *Una teoría de la justicia* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), 115

(76) Simmons, *Principios morales y obligaciones políticas* , 148.

(77) Jeremy Waldron, 'Lazos especiales y deberes naturales', *Philosophy and Public Affairs* , 22 (1993), 1–30.

(78) ibíd. 14–16.

(79) Hume, 'Contrato original', 486.

(80) Klosko, *El principio de equidad y la obligación política* , 22, véase también 68.

(81) Rawls, *Teoría de la justicia* , 19-21, 46-53, 578-86. Cf. N. Daniels, 'Equilibrio reflexivo amplio y aceptación de la

teoría en la ética', *Journal of Philosophy* , 76 (1979), 256-82.

(82) Argumento este punto con más detalle en '¿Quién cree en la obligación política?', en WA Edmundson (ed.), *The Duty to Obedecer la ley* (Lanham: Rowman y Littlefield, 1999), 301–17.

(83) El mejor estudio es el de TR Tyler, *Why People Obey the Law* (New Haven: Yale University Press, 1990). Sostengo que falla en "¿Quién cree en la obligación política?".

(84) Thomas Nagel, *Preguntas mortales* (Cambridge: Cambridge University Press, 1979), pp.

(85) Chaim Gans, *Anarquismo filosófico y desobediencia política* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992), 90.

(86) ibíd. 90–1.

(87) Hans Kelsen, 'Derecho y moralidad', en sus *Ensayos sobre filosofía jurídica y moral* , ed. O. Weinberger (Dordrecht: D. Reidel, 1973), 92.

(88) David Lyons, 'Juicio moral, realidad histórica y desobediencia civil', *Philosophy and Public Affairs* , 27

(1998), 48.

(89) Philip Soper, 'Las reivindicaciones normativas del derecho', 231.

(90) Jonathan Wolff, 'Obligación política, equidad e independencia', *Ratio* (ns) 8 (1995), 97.

(91) Henry David Thoreau, *Walden y la* '*desobediencia civil*' (Nueva York: New American Library, 1960), 223.

(92) 'El reconocimiento de una obligación de obedecer *la ley* debe implicar como mínimo que existe al menos un ámbito de conducta regulado por la ley en el que no somos libres de juzgar los méritos morales de leyes particulares y de condicionar nuestra obediencia a ese juicio. En un Estado moderno parece más plausible sugerir que ese ámbito es el que incluye cuestiones de defensa y bienestar económico pero excluye, por ejemplo, cuestiones de religión o gusto estético.'

Hart, 'Obligación legal y moral', 82–107.

(93) Bikhu Parekh, 'Un discurso erróneo sobre la obligación política', *Political Studies* , 41 (1993), 243.

(94) John Dunn, 'Obligación política', 24.

(95) James Boswel, *Diario de un viaje a las Hébridas con Samuel Johnson* (Londres: JM Dent, 1901), 189.

(96) En *Autoridad del Estado* asumí erróneamente que lo que no es una obligación de obediencia debe ser una cuestión de virtud solamente.

(97) Véase Richard Bel amy, 'La campaña contra el impago de impuestos y los conceptos liberales de obligación política', *Gobierno y Oposición* , vol. 29 (1994), 27.

(98) Inconsistente, porque tal punto de vista no puede dar ninguna razón de principios para centrarse en las instituciones jurídicas—

predicción de las actividades de los tribunales—en comparación con cualquier otro poseedor de poder social, y en este caso no podemos hacer lo que Holmes dice que deberíamos hacer: entender la ley como un asunto con 'límites bien definidos' ('The Path of the Law', *Harvard Law Review* , 10 (1897), 457, reproducido en J. Feinberg y J. Coleman (eds.), *The Philosophy of Law* , 174).

Las predicciones sobre la interferencia de los poderosos no respetan estos límites.

(99) Ful er, 'Positivismo y fidelidad al derecho', 86.

Leslie Verde

Leslie Green, profesora de Derecho y Filosofía en la Facultad de Derecho de Osgoode Hall y en el Departamento de Filosofía de la Universidad de York, Toronto.





Responsabilidad

Manuales de Oxford en línea

Responsabilidad

Cristóbal Kutz

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0014

2012

Resumen y palabras clave

En este artículo se analizan los distintos usos del término "responsabilidad" en nuestro discurso social, moral y jurídico cotidiano. La responsabilidad moral sirve como modelo para formas más institucionalizadas de responsabilidad, por lo que las capacidades que presupone

y sus criterios de responsabilidad pueden iluminar otras formas. El artículo analiza además la responsabilidad penal, en particular los problemas de encontrar una teoría adecuada de la legislación penal, una respuesta apropiada y criterios de responsabilidad. Muestra que las oscilaciones periódicas entre los enfoques administrativos y retributivos del castigo reflejan un debate más profundo sobre la naturaleza de las relaciones entre el Estado y la sociedad. El artículo se centra en el debate en la teoría de los agravios entre las perspectivas instrumentalistas y correctivas de la justicia. El objetivo del artículo es mostrar cómo una comprensión relacional de la responsabilidad aclara los debates en el seno de la teoría de los agravios.

Palabras clave: responsabilidad moral, responsabilidad civil, responsabilidad penal, relaciones Estado-sociedad, teoría de responsabilidad civil extracontractual **1 Introducción**

Las acusaciones de responsabilidad son notoriamente múltiples. El relato de HLA Hart sobre el capitán borracho, ligeramente adaptado aquí, lo demuestra mejor:

(1) Como capitán del barco, Smith era responsable de la seguridad de sus pasajeros y tripulación. (2) Pero bebió hasta quedar aturdido en su último viaje y fue responsable de la pérdida del barco y de muchos de sus pasajeros. (3) Los médicos inicialmente pensaron que su consumo de alcohol podría haber sido el producto de una depresión paralítica, pero más tarde concluyeron que, de hecho, él había sido completamente responsable en el momento en que se emborrachó.

Smith sostuvo inicialmente que las excepcionales tormentas invernales fueron responsables de la pérdida del barco, pero en el juicio, (4) después de ser encontrado penalmente responsable por su conducta negligente y sentenciado a diez años de prisión, (5) declaró que ninguna pena legal podía aliviar su culpa, por la cual buscaba expiar.

(6) Sin embargo, algunos de los sobrevivientes del naufragio declararon que deseaban dejar atrás su pesadilla

y perdonaron a Smith. (7, 8) Mientras tanto, el presidente de la línea de cruceros emitió la siguiente declaración:

'Aunque la empresa debe aceptar su responsabilidad legal por la pérdida de vidas y propiedades, no tenemos culpa alguna por el desastre, ya que Smith nos ocultó fraudulentamente sus problemas laborales anteriores y nuestros análisis de alcohol no arrojaron evidencia de que bebiera.'1

(p. 549) La historia ensaya diferentes usos de la "responsabilidad" en nuestro discurso social, moral y legal cotidiano; los números distinguen diferentes sentidos de responsabilidad o diferentes contextos ejemplares en los que alguien asume la responsabilidad o es considerado responsable. Aquí está el catálogo de Hart: Primero está una afirmación de responsabilidad *de rol* : Smith, en virtud de su posición como capitán, tenía obligaciones específicas de salvaguardar su barco y sus pasajeros. Una afirmación de responsabilidad de rol establece las expectativas de la conducta de un agente hacia algún cargo. Segundo está una afirmación de responsabilidad *causal* : la insobriedad del capitán se cita como la causa de la pérdida del barco. La responsabilidad causal podría ser mejor pensada como una especie de responsabilidad explicativa, siendo la causalidad típicamente la mejor explicación de una 2

tercer lugar, se encuentra la reivindicación de la responsabilidad *por capacidad* : la decisión del capitán de beber no fue el producto de una patología ni de ningún otro proceso causal no deliberativo, sino que reflejó más bien el ejercicio de un poder de autodeterminación racional. Ser responsable, en este sentido, es simplemente una cuestión de tener la competencia de autogobernarse. Los puntos cuatro, cinco, seis y siete se relacionan con reivindicaciones de distintos tipos de responsabilidad individual , es decir, la rendición de cuentas ante las exigencias del derecho penal, el derecho de responsabilidad civil y la moral, respectivamente. Por último, el punto ocho implica una reivindicación de

responsabilidad *colectiva* , una reivindicación cuyo rasgo distintivo es que el sujeto responsable involucra a una pluralidad de individuos.

Gran parte de la literatura moderna implica intentos de refinar, reducir y comparar elementos de la taxonomía de Hart, para mostrar, por ejemplo, por qué la responsabilidad moral y penal comparten una base común, por qué la responsabilidad de rol es la base de la responsabilidad por responsabilidad, o por qué la responsabilidad colectiva no puede conciliarse con la responsabilidad individual. RA Duff, por ejemplo, distingue entre responsabilidad causal, prospectiva y retrospectiva, haciendo que las afirmaciones de responsabilidad causal sean fácticas y las otras dos, normativas. La responsabilidad prospectiva (lo que he llamado responsabilidad de rol) se define por las normas que gobiernan la conducta, y la responsabilidad retrospectiva es la rendición de cuentas por el incumplimiento de esas normas. La responsabilidad por capacidad se define entonces de manera derivativa, en términos de si un individuo es un candidato apropiado para la responsabilidad prospectiva o retrospectiva; solo los agentes responsables pueden ser considerados responsables.3 TM Scanlon distingue de manera similar entre juicios de responsabilidad sustantiva y atributiva.

Los juicios de responsabilidad sustantiva implican afirmaciones sobre lo que las personas deben hacer por los demás, y los juicios de responsabilidad atributiva son juicios de que algún acto o evento es una base adecuada para la evaluación moral.4

Finalmente, Stephen Perry, siguiendo a Tony Honoré, hace una distinción dentro del campo de la responsabilidad atributiva, entre responsabilidad por el acto y responsabilidad por el resultado.5

Cualquiera sea el modo en que analicemos la idea de responsabilidad, es evidente que necesitamos mucha información para utilizar el término.

En primer lugar, necesitamos conocer el *objeto* de la supuesta responsabilidad del agente **(p. 550)** . ¿Se trata de una tarea, un estatus, el bienestar de alguien, la conducta o

un evento? En segundo lugar, necesitamos el *fundamento* para exigir esta responsabilidad: que realizó algún acto, causó el evento, fue investido con deberes de un tipo específico. Su capacidad o falta de capacidad para la responsabilidad entra como una condición previa de su responsabilidad, pero ser responsable incluye la naturaleza de su relación con el acto, estado o resultado, si lo hizo, lo causó, lo manifestó, etc.

En otras palabras, necesitamos saber si el agente aceptó el rol, realizó el acto, causó el daño; y si el agente lo hizo de manera consensual o involuntaria, intencional o accidental, sana o loca. La idea de que las atribuciones de responsabilidad se basan únicamente en hechos sobre los agentes y sus relaciones con ciertos eventos o estados dañinos (o favorables) es familiar y atractiva. Para darle un nombre a esta idea, llamémosla *retribucionismo* . La idea fundamental del retribucionismo es que la responsabilidad es una propiedad moral de los agentes que consiste en o sobreviene sobre hechos subyacentes de agencia y sobre las conexiones de los agentes con el mundo. Tales hechos determinan de manera única el merecimiento moral del agente; es entonces una tarea primaria de nuestras instituciones morales y legales otorgar a los agentes la respuesta que merecen. En la imagen retributivista simple, la responsabilidad es un hecho moral, perteneciente a una relación entre un agente y un objeto de evaluación.

La concepción retributiva de la responsabilidad no es errónea, pero sí radicalmente incompleta, pues las reivindicaciones de responsabilidad son más elípticas de lo que he indicado hasta ahora, en dos sentidos. En primer lugar, más allá de los hechos de agencia, capacidad y causalidad, necesitamos conocer la *respuesta* que se le exige al agente y las condiciones que *justifican* esa respuesta: ¿es (entre el abanico de posibilidades) contrición, responsabilidad civil o castigo penal, y cuáles son los criterios para la aplicación apropiada de cada una de ellas? La verdad de una reivindicación de responsabilidad depende del modo de respuesta exigido.

Por ejemplo, Smith puede ser justamente responsable en materia de responsabilidad civil extracontractual, pero no en materia penal. Si su culpa es mínima o inexistente,

entonces el resentimiento de sus víctimas puede ser injustificado, aun cuando él mismo deba sentir un profundo pesar por el accidente.

Las atribuciones de responsabilidad no ocurren en un vacío jurídico, sino en contextos interpersonales y circunstanciales específicos. Tales atribuciones son fundamentalmente *relacionales* : dependen del carácter de las relaciones morales, legales y sociales entre el actor, la víctima y el evaluador. En consecuencia, necesitamos saber lo que llamaré la *posición* o identidad del demandado con respecto al agente, así como la relación entre ellos. La justificación para exigir una respuesta dada depende de la posición y la relación del demandado con el agente. ¿Es el demandado una víctima, un tribunal, el propio agente, un espectador? Smith, podría decirse, debe a sus víctimas, pero no al estado, una disculpa; y el estado, pero no sus víctimas, tiene derecho a un castigo después de un juicio justo. En ese sentido, Smith solo puede ser castigado justamente por el estado que tenga la relación jurisdiccional adecuada con él, incluso una escrupulosa

La valoración de los méritos de su conducta por un tribunal extranjero sería irrelevante para la justicia de su castigo.

La dependencia relacional y posicional refleja una serie de hechos profundos sobre las reivindicaciones de responsabilidad. En primer lugar, el complejo conjunto de prácticas implicadas en la asunción de responsabilidad **(p. 551)** , la proyección de responsabilidades y la determinación y la responsabilización de personas y colectivos sólo puede tener sentido en el contexto de las relaciones sociales, políticas y jurídicas y sus normas constitutivas. En segundo lugar, la naturaleza contextual y relacional de las reivindicaciones de responsabilidad significa que, fundamentalmente, la responsabilidad es una práctica social y no el registro neutral de hechos morales independientes. Las reivindicaciones de responsabilidad son cosas que *hacemos* , revelaciones de nuestra capacidad de acción. Así, en tercer lugar, hacer reivindicaciones de responsabilidad, de nosotros mismos o de otros, constituye

y transforma nuestra capacidad de acción y nuestras relaciones con los demás. En consecuencia, los juicios de responsabilidad deben entenderse en términos de los ideales de capacidad de acción y de comunidad que reflejan y efectúan.

El carácter relacional fundamental de la responsabilidad se refleja en un florecimiento reciente de trabajos filosóficos sobre la responsabilidad moral y legal, incluidos los trabajos mencionados anteriormente. Esta literatura ha demostrado, a veces de manera meramente implícita y a veces a pesar de sí misma, que los problemas tradicionales del tema —como el problema del determinismo psicológico, la legitimidad de la responsabilidad estricta o la distinción entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad penal— no se pueden resolver con argumentos a priori, sino con exámenes de las relaciones y expectativas que dan sentido y estructura a nuestras prácticas de responsabilidad. De hecho, los cambios y divisiones dentro de la literatura filosófica reciente solo tienen sentido si se toma conciencia de que diferentes teorías reflejan diferentes concepciones de las relaciones de fondo. El cambio en el pensamiento moral y legal contemporáneo, que se aleja de la visión sistémica del consecuencialismo y se acerca a una deontología centrada en la responsabilidad individual, manifiesta el dilema social y político central de la modernidad tardía: reconciliar el significado y la autonomía individuales dentro de un mundo social cada vez más consolidado.

El tema de la responsabilidad podría claramente ocupar gran parte de la materia del derecho, incluyendo muchos asuntos tratados en otras partes de este volumen. Este capítulo no pretende ser un tratamiento completo de la idea, sino más bien un esbozo de algunos subtemas importantes dentro del tema. La Sección 2 analiza la responsabilidad moral. La responsabilidad moral sirve como modelo para formas más institucionalizadas de responsabilidad, por lo que las capacidades que presupone y sus criterios de responsabilidad pueden iluminar otras formas. La Sección 3 se ocupa de la responsabilidad penal, en particular los problemas de encontrar una teoría adecuada de la legislación penal, la respuesta apropiada y los criterios de responsabilidad. Intentaré demostrar que

las oscilaciones periódicas entre los enfoques administrativos y retributivos del castigo reflejan un debate más profundo sobre la naturaleza de las relaciones entre el Estado y la sociedad. En la Sección 4 trato el caso ejemplar de la responsabilidad civil extracontractual, centrándome en el debate en la teoría de la responsabilidad extracontractual entre las perspectivas instrumentalistas y correctivas de la justicia.

Una vez más, mi objetivo es mostrar cómo una comprensión relacional de la responsabilidad aclara los debates dentro de la teoría de la responsabilidad civil.

Así pues, dejo varios temas para una exploración más profunda. En particular, no analizo la cuestión de lo que Ronald Dworkin ha llamado "responsabilidad política", es decir, la responsabilidad del Estado en general o de los funcionarios estatales en particular de justificar su conducta, una responsabilidad que se discute particularmente en la jurisprudencia y **(p. 552)** en el derecho administrativo.6 Aunque la responsabilidad política podría considerarse como una versión de la responsabilidad por el rol (al menos en muchos casos), he omitido su análisis porque pertenece propiamente a la jurisprudencia, discutida extensamente en este volumen, y a la teoría política en general. Abordar esas cuestiones obligaría a una digresión demasiado grande del enfoque central de este capítulo sobre la responsabilidad individual. Por razones similares, no trataré, excepto de pasada, el tema de la "responsabilidad social", en lo que se refiere a las obligaciones de bienestar social de los individuos u otras entidades. Finalmente, mi discusión de la responsabilidad legal en el derecho privado se limita al derecho de responsabilidad civil, aunque el tema de la responsabilidad en el derecho contractual también plantea cuestiones filosóficas interesantes, por ejemplo, sobre la relación entre promesa y contrato, y la justificación de los principios de impedimento promisorio y de abnegación.7 En su mayor parte, sin embargo, las cuestiones relevantes de agencia y reparación, y los ideales sociales que presuponen, se abordan en el debate sobre el derecho de responsabilidad civil.

2 Responsabilidad moral

La responsabilidad moral designa un conjunto de prácticas, y nuestra conducta, consecuencias y carácter son los objetos de esas prácticas. Nos consideramos moralmente responsables, y asumimos que los demás somos moralmente responsables de cómo actuamos, de lo que provocamos y de quiénes somos. Esta es una afirmación completamente normal y parecería un punto de partida natural para los debates sobre la responsabilidad moral. Pero los debates filosóficos sobre la responsabilidad moral a menudo se han visto obstaculizados por la

Responsabilidad

El problema filosófico de la responsabilidad surge de dos ideas poderosas. Por un lado, parece que no elogiamos ni culpamos moralmente a otros por actos que no sean de algún modo producto de sus elecciones; e incluso cuando los actos sean producto de sus elecciones, retiraremos la culpa si descubrimos que, por alguna razón, la persona no podría haber elegido de otra manera. Si el barco se hubiera hundido por un iceberg imperceptible, el capitán Smith se habría librado de todo, como también lo habría hecho si su consumo de alcohol hubiera sido producto de una enfermedad (aunque podría haber recibido alguna otra respuesta, por ejemplo terapéutica). Esta observación se transforma entonces en la afirmación metafísicamente más ambiciosa de que la responsabilidad moral por un acto (o las consecuencias de un acto) requiere tanto que el agente pudiera haber actuado de otra manera, como **(p. 553)** que el agente sea responsable porque su elección fue la causa del acto. Por otra parte, cualquier concepción plausible del lugar de la humanidad en la naturaleza debe dejar lugar a la idea de que nuestras elecciones y acciones están tan subsumidas bajo las leyes naturales como todos los demás fenómenos.

La conjunción de una comprensión naturalista de la acción humana, así subsumida, y la concepción de la responsabilidad en términos de una capacidad de elegir libremente entre una gama de opciones genera el problema metafísico del libre albedrío. Porque una comprensión naturalista de la acción humana sugiere que las elecciones son el producto determinado de eventos antecedentes, o que son el producto de la indeterminación pura. De

cualquier manera, la concepción de la responsabilidad como capacidad de hacer lo contrario se ve socavada.8 La responsabilidad moral, extrapolada a partir de este argumento, es un aspecto fundamental de nuestra vida social, y sin embargo parece requerir un tipo de libertad que no está disponible en el mundo en que vivimos.

Hay dos cosas que destacar sobre la génesis de este problema, ambas relacionadas con el concepto de responsabilidad del que surge. En primer lugar, el problema surge de una comprensión subespecificada de la responsabilidad: el supuesto requisito de libre elección se toma aproximadamente como un axioma intuitivo. El resultado ha sido interpretar la noción de libre elección en términos de posibilidades contrafácticas, y luego comparar esa interpretación con afirmaciones sobre la necesidad física. En segundo lugar, la comprensión de la responsabilidad es básicamente solipsista , en el sentido de que sólo los hechos sobre el agente, su elección y sus actos son relevantes para la atribución de responsabilidad; las relaciones con otros agentes son irrelevantes. El resultado es que la noción metafísica de ser responsable se toma como primaria, y las nociones de tener o asumir la responsabilidad son derivadas. Uno es moralmente responsable en general si posee la capacidad relevante para la libre elección, y moralmente responsable por un acto o evento particular si ese acto o evento fue resultado de tal elección.

El problema metafísico del libre albedrío ha inspirado muchos trabajos interesantes y difíciles.9 Pero la mera concepción de la responsabilidad como capacidad, junto con el desprecio por las relaciones sociales en las que se insertan las atribuciones de responsabilidad, ha significado que los debates metafísicos tendieron a revelar poco sobre la noción subyacente. Se descuidó el significado social y psicológico de la responsabilidad. Todo esto cambió con el influyente libro de Peter Strawson:

'Libertad y resentimiento', un artículo que **(p. 554)** pretendía invertir la dirección tradicional de la explicación.

En lugar de explicar la noción de responsabilizar a alguien en términos de una capacidad de responsabilidad,

Strawson sugirió tomar la idea de responsabilizar como primaria y luego entender el sentido de capacidad de responsabilidad en términos del sentido de responsabilidad como obligación. El resultado es fundamentar la noción abstracta de responsabilidad moral en un conjunto de prácticas sociales de responsabilizarnos a nosotros mismos y a los demás, no en una concepción metafísica de la libre elección. Por el contrario, Strawson extrae la incapacidad de responsabilidad de nuestras prácticas sociales de excusa. La esperanza, entonces, es que el problema metafísico del libre albedrío pueda ser desarmado mostrando que las prácticas sociales de excusa no se generalizan bajo la amenaza del determinismo causal sino que, más bien, son específicas del contexto.10

Lo que Strawson observó fue que las atribuciones de responsabilidad tienen una dimensión afectiva crucial. Nuestras prácticas de rendición de cuentas se componen de patrones naturales de reacción emocional, o "actitudes reactivas", ante las actitudes de bienvenida y de rechazo de los demás, que se manifiestan en su conducta hacia nosotros.1

1 Cuando te culpo por darme una bofetada en la

Cuando le doy una palmada en la nuca, estoy desahogando mi resentimiento por la hostilidad implícita en su acto; y cuando le agradezco que haya tenido la cortesía de abrirme la puerta, estoy expresando mi alegría por la buena voluntad que demuestra. Mis reacciones a sus acciones surgen principalmente de mis suposiciones sobre los sentimientos expresados por su conducta, no de las consecuencias producidas por ella. Por lo tanto, cuando descubro que la actitud a la que estoy reaccionando está ausente o es diferente de lo que había supuesto, mi reacción se transforma naturalmente. Si descubro que me dio una palmada en el cuello para espantar una abeja, entonces ya no me sentiré resentido por la acción como un ataque contra mí. O, si descubro que simplemente ha sido descuidado al mover la mano, puedo revisar mi resentimiento para centrarme en su indiferencia en lugar de en su hostilidad. Mis reacciones cambian de manera similar cuando la actitud está presente, pero tiene una etiología sospechosa, tal vez

Un efecto de tus delirios paranoides. Ahora bien, no me molesta tu hostilidad, pero trato de comprenderla, porque ya no expresa tus sentimientos meditados, sino solo el estado de tu salud mental.

Hay dos puntos que destacar aquí. El primero es que las capacidades e incapacidades que presuponen nuestras actitudes reactivas son directamente psicológicas, no metafísicas. Así, "voluntad" designa un elemento accesible a la investigación naturalista. Puesto que no hay ninguna razón evidente para pensar que la verdad o falsedad del determinismo tenga relación con la naturaleza o el ejercicio de estas capacidades, el concepto psicológico de responsabilidad puede desvincularse del concepto metafísico. Una vez que los dos están desvinculados, es difícil ver la motivación del problema metafísico (nuestras respuestas ordinarias), como algo distinto del interés filosófico intrínseco en si nuestra conducta tiene causas externas últimas. La prueba para esta afirmación es si, si realmente creyéramos que el determinismo **(p. 555)** es cierto, nuestras respuestas ordinarias se erosionarían. Pero esa prueba es pragmática, no lógica, y no puede resolverse mediante una discusión teórica. La visión de Strawson abre así un espacio conceptual para una investigación independiente de las normas internas a las prácticas de responsabilidad, normas cuyo contenido puede divorciarse —en gran parte, aunque no totalmente— de la metafísica.

En segundo lugar, y de manera relacionada, nuestra renuencia a expresar actitudes reactivas hacia agentes parcial o totalmente no responsables se explica no sólo por la calidad de su voluntad, sino por la naturaleza de nuestras relaciones con ellos. Así, las normas que gobiernan nuestras prácticas de responsabilidad son en parte normas *sociales* , que se derivan de nuestras relaciones con los demás y las gobiernan. Aunque los niños y los locos manifiestan, en efecto, actitudes de hostilidad y buena voluntad, tendemos a adoptar lo que Strawson llama una visión "objetiva" en lugar de "participante" de sus actitudes. En lugar de intentar definir la cualidad que tienen la voluntad de los agentes responsables y de la que carecen los agentes no responsables, Strawson enfatiza la

forma en que nuestra conciencia de las limitaciones cognitivas y afectivas de los agentes no responsables les impide naturalmente participar en las relaciones características de la sociedad adulta.12 Los vemos no como sujetos responsables sino como objetos de comprensión, tratamiento o educación, es decir, como cuasi participantes en relaciones terapéuticas.

De esta breve descripción debería quedar claro que una visión strawsoniana no insiste en que debemos tener estas actitudes reactivas en todos los casos en que puedan estar justificadas. Para tomar prestado un ejemplo de Jay Wallace, un sinvergüenza podría actuar de una manera que ameritaría una recriminación, pero ser tan encantador que no podemos generar indignación. 13 La responsabilidad moral es, en cualquier caso, un concepto normativo más que descriptivo: el que alguien sea responsable es una cuestión de que las normas sociales pertinentes justifiquen que tenga ciertas actitudes hacia él.

Del mismo modo que puedo adoptar actitudes injustificadas hacia alguien a quien considero responsable por error, también puedo no adoptar actitudes justificadas. Los estudios de las emociones morales realizados por autores como Patricia Greenspan, Jean Hampton, Michael Moore, Herbert Morris, Jeffrie Murphy, Samuel Scheffler, Gabriele Taylor, Bernard Williams y Richard Wolheim también han contribuido a una comprensión normativa de nuestras respuestas emocionales.14 También podemos ampliar la noción de una respuesta justificada del afecto solo a los actos de contrición, castigo, gratitud y recompensa. En su sentido más general, ser responsable significa que ciertas respuestas están justificadas en virtud de lo que uno ha hecho y por qué lo ha hecho.

(p. 556) La afirmación de que las respuestas están justificadas por las normas sociales que rigen el proceso implica necesariamente cierto relativismo social. La relatividad de las normas sociales puede surgir al menos de dos maneras inocuas: las normas sociales definen la naturaleza del acto en cuestión y regulan la respuesta apropiada. Un comentario que es una leve provocación en una sociedad (o subgrupo social) puede ser un grave insulto en otra; y un insulto que exige reparación en un

lugar puede permitir una reprimenda en otro. Pero anclar la responsabilidad en las normas locales puede parecer implicar también un relativismo menos aceptable y más completo, que no deja espacio para criticar tradiciones locales pintorescas como la búsqueda de chivos expiatorios o el sacrificio ritual. Además, las normas sociales entran en conflicto y con frecuencia son indeterminadas en sus exigencias incluso cuando no entran en conflicto. Por lo tanto, el enfoque strawsoniano puede conducir a cuestiones de responsabilidad que sólo pueden recibir respuestas parciales y limitadas.

Sin embargo, hay un par de respuestas a estas preocupaciones. En primer lugar, las normas sociales tienen su raíz en un conjunto de necesidades, deseos y disposiciones humanas que son sólo semiplásticas (influidas, pero no totalmente, determinadas por los entornos físicos y sociales). La explicación strawsoniana reconoce la variación local, lo que le resulta muy ventajoso, pero no se debe sobrestimar el grado de esa variación. En todas las culturas en las que se producen accidentes y lesiones (es decir, en todas las culturas), las prácticas de responsabilidad que surgen persistirán sólo si son coherentes con otros conceptos normativos y explicativos. Es poco probable que las prácticas que guardan muy poca relación con consideraciones tan básicas como la causalidad y la proporcionalidad, por ejemplo, florezcan con el tiempo, porque no serán coherentes con otras instituciones culturales y científicas básicas. Aunque seguramente persistirán en cualquier cultura algunos focos de pensamiento mágico, es poco probable que se extiendan a otras culturas.

Responsabilidad

La responsabilidad sigue siendo la piedra angular de las prácticas de responsabilidad. Por lo tanto, en cualquier cultura con una noción de causalidad (es decir, en cualquier cultura que sea factible en la práctica) habrá lugar para la crítica de la búsqueda pura de chivos expiatorios. Además, nada en la explicación strawsoniana impide fundamentar (o criticar) algún conjunto de prácticas de responsabilidad en términos de algunos estándares éticos no relativos (por ejemplo, estándares de justicia o

trato igualitario). La garantía puede surgir del contexto local, o de estándares éticos absolutos (si existen), o de ambos; no se implica ningún relativismo profundo.

El segundo punto se refiere a la indeterminación. Es una consecuencia de la visión strawsoniana de que cuando las normas de responsabilidad entran en conflicto (ya sean normas locales o absolutas), no habrá una respuesta clara sobre qué respuesta se justifica, a pesar del desacuerdo entre los participantes en el debate. Pero el término "indeterminación" es mejor para esta situación, no "indeterminación", porque no es que no se justifique ninguna respuesta, sino que el conjunto de normas aplicables es insuficiente para justificar una respuesta única. Y parece una virtud de la explicación strawsoniana implicar tal indeterminación, ya que la indeterminación es seguramente también una característica de las vidas morales (y legales) que la explicación pretende reflejar. Además, la indeterminación, a diferencia de la indeterminación, deja lugar a la discusión, ya que los participantes disputan el peso relativo o la prioridad de diferentes normas potenciales, por ejemplo, cuando el espíritu de una regla se respeta mejor con una excepción, o cuando el lugar de la misericordia debe subordinarse a la seguridad colectiva.

Así, la sugerencia de Strawson es útil, no sólo porque nos permite evitar los matorrales metafísicos, sino porque deja lugar al carácter relacional y posicional **(p. 557)** de la responsabilidad. Ahora debería quedar claro que las actitudes y expresiones de los agentes sólo justifican una respuesta si se comprende bien la naturaleza de la relación entre agente y receptor. En la división muy aproximada de Strawson, la relación debe ser participativa o potencialmente participativa: el agente al que respondemos debe ser alguien con quien cooperaremos o podríamos cooperar en la vida social. Nuestras actitudes y expresiones indican y constituyen la naturaleza de una relación participativa. En general, nos preocupamos por nuestras relaciones con los demás en virtud de las formas en que pueden hacer que nuestras vidas sean buenas (o malas), tanto en sí mismas como vehículos para promover nuestros intereses. De modo que las respuestas características de la rendición de cuentas están justificadas por el objetivo y las

exigencias de la relación. Asumimos la responsabilidad y nos hacemos responsables unos a otros de las desviaciones entre nuestra conducta real y las normas constitutivas de la relación pertinente.

Reconocer la relacionalidad implica, como reconoce Strawson, una variabilidad necesaria en las respuestas justificadas dependiendo de la naturaleza de la relación en cuestión: lo que podría constituir una indiferencia cruel entre amigos o amantes es simplemente buenos modales entre actores comerciales.1

5 Por ejemplo, si rompo un disco por descuido,

Si en una fiesta, mientras bailo en el piano de cola, mi vecino me toca el jarrón y me pide disculpas, aunque no, por ejemplo, me rompa las gafas. Recíprocamente, una disculpa o una restitución están justificadas (y quizás incluso son obligatorias) por mi parte. Pero mi responsabilidad no termina con una simple interacción entre mi vecino y yo. Hay otras innumerables posiciones desde las que otros agentes pueden responder a mi acto. Por ejemplo, otros invitados a la fiesta también pueden sentirse indignados por ver su agradable velada interrumpida por mi comportamiento grosero, y pueden esperar una demostración pública de contrición por su causa, aunque no podrían sentirse apropiadamente personalmente agraviados de la misma manera que mi vecino. Sin embargo, tal vez algunos de los invitados sean parientes de mi vecino y puedan tomar el evento más personalmente que los amigos y conocidos presentes. También puedo ser responsable ante mi propia familia por el daño, ya que ahora se sentirán avergonzados ante el vecino, y puedo deberles una promesa de tener más cuidado en el futuro. Por último, ante el público en general, sólo se pueden dar respuestas muy limitadas. Si bien cualquiera que se enterara de mi accidente podría considerarme un tonto y decirlo, una respuesta más directa hacia mí personalmente sería considerada como un farisaico y entrometido; y sería humillante por mi parte confesar mi vergüenza a una persona al azar que me encuentro en la calle.

Este hecho esencial y obvio de la responsabilidad, su dependencia relacional y posicional, no se explica en el modelo retributivo basado en el merecimiento. El enfoque exclusivo de los retributivistas en el estado intencional y las acciones de un agente dicta que todas las respuestas justificadas surgen de un único valor constante: lo que el agente merece. La respuesta justificada por el merecimiento es, por lo tanto, unívoca, depende de hechos sobre el agente más que de las relaciones del agente con los demás. Se podría objetar que la variabilidad de las respuestas justificadas puede hacerse consistente con el modelo retributivo: un agente **(p. 558)** "merece" respuestas múltiples y variadas de diferentes personas. Según esta interpretación,

"Desierto" significa simplemente que se justifica una determinada respuesta (o un conjunto de respuestas) por algún motivo. Si bien no hay nada objetable en este uso, está muy lejos de las ambiciones tradicionales del modelo del desierto, a saber, proporcionar una justificación para un trato duro y prescribir los límites máximos y mínimos de ese trato.

El propio relato de Strawson funciona mejor cuando la forma de relación participativa de fondo que fundamenta y

Responsabilidad

La respuesta moral es más evidente en el ámbito que he llamado responsabilidad social. Su explicación es menos útil para explicar el carácter especial de nuestras respuestas morales a agentes con los que no compartimos un conjunto particular de relaciones; por ejemplo, mi reacción al leer en el periódico que un empleador ha explotado a sus trabajadores. Aquí me siento indignado, hacia el empleador y en nombre de los trabajadores, aunque no puedo identificarme en ningún sentido profundo con ninguna de sus posiciones. Strawson dice que la relación entre los encuestados morales en tales casos es simplemente una forma "generalizada" de la reivindicación de buena voluntad hecha por los miembros de las relaciones sociales participativas. Lo hace para explicar lo que él llama la naturaleza "vicaria" de las reacciones morales: respuestas como la indignación moral son

"esencialmente capaces" de ser dirigidas a las actitudes de los demás hacia los demás, así como a las actitudes dirigidas hacia nosotros mismos. 16 Strawson dice que estas reacciones vicarias están "humanamente conectadas" con las reacciones de los participantes, aunque no explica la naturaleza de esta conexión. 17 Strawson seguramente tiene razón al sugerir que es un hecho profundamente arraigado que los humanos -o al menos los miembros de sociedades mínimamente cohesionadas- tienen una propensión a juzgar en general el cumplimiento de las normas sociales por parte de los demás. 18 De hecho, es difícil imaginar cómo una sociedad podría mantener su estructura normativa si sus miembros no estuvieran dispuestos a monitorear y censurar a los demás por incumplimiento. Es en esta propensión, estratificada y modificada a través de formas culturales, donde las instituciones de juicio, castigo y reparación encuentran su fundamento.

En ocasiones, las respuestas a los agentes no están motivadas por las actitudes que manifiestan esos agentes ni por su incapacidad para adaptar su conducta a las normas apropiadas. En ocasiones, el mero vínculo causal de un agente con un daño puede justificar una respuesta de los demás. Las respuestas características de la rendición de cuentas por las consecuencias también sólo pueden entenderse en términos de las relaciones morales y sociales entre las partes y sus diferentes posiciones con respecto al daño. La sorprendente asimetría en la rendición de cuentas por las consecuencias entre las respuestas de los propios agentes, por un lado, y las de las víctimas y los espectadores, por el otro, no ha sido plenamente apreciada. En particular, los agentes pueden reprocharse a sí mismos una conducta impecable que causa un daño, incluso cuando sus víctimas y espectadores no se lo reprochan. Esta asimetría de las respuestas a las **consecuencias** refleja el profundo papel que las relaciones causales tienen para los agentes a la hora de estructurar su comprensión de (o relación con) sí mismos. En cambio, a los afectados por el agente les importan menos las relaciones causales en ausencia de una conducta defectuosa.

Mientras que las respuestas basadas en la conducta están justificadas por la forma en que la conducta de los agentes

manifiesta actitudes de respeto, desprecio o indiferencia, independientemente de si esa conducta causa daño, las respuestas basadas en las consecuencias están justificadas por el hecho de que se haya producido un daño, independientemente de si la conducta fue defectuosa. La causalidad, aislada de la conducta, no indica nada sobre cómo los agentes han visto previamente sus relaciones con los demás. El ejemplo más claro de la importancia de la causalidad es Edipo. A pesar de su extrañeza inicial, las reacciones de los personajes en *Edipo Rex* puede resultar comprensible para los lectores modernos una vez que se eliminan los elementos mágicos del fatalismo y la contaminación.

Las razones de consecuencia explican estas reacciones: el "incesto", después de todo, describe una situación, no un contenido de voluntad o una actitud. Edipo, con sus propias acciones, ha provocado (y se ha involucrado en) esta situación, y esta conexión causal contingente fundamenta su horror y su autorreproche.19

La respuesta de Edipo al hecho de su papel causal es lo que Bernard Williams llama "arrepentimiento del agente": arrepentimiento de que se produzca un estado de cosas cuya ocurrencia implicó la propia agencia.20 El arrepentimiento del agente no se basa en ningún sentimiento de haber actuado mal, y es compatible con una conducta impecable, incluso una conducta reconocida por el agente.2

1 Sin embargo, parece que

Es un error distinguir entre el arrepentimiento del agente y la culpa, pues, aunque la conciencia de haber actuado mal es una parte típica de la culpa, la conciencia de haber hecho algo terrible, aunque sea sin saberlo, puede ser suficiente. 22 La respuesta de Edipo fue, en parte, vergüenza por su desgracia incestuosa. Pero su horrible automutilación sólo puede explicarse por otra cosa, algo que podemos reconocer como una forma de culpa: un gesto de resarcimiento por un mal que ha cometido. La relación causal en sí misma no tiene por qué ser totalmente directa para desencadenar la culpa. Si, mientras estoy cuidando al gato de un amigo, éste se escapa a pesar de mis

protecciones y es atropellado por un coche, no sólo sentiré pena por mi amiga, sino también culpa hacia ella. Aunque la muerte no es culpa mía, he hecho las cosas para que se produjera, y por eso mis relaciones con ella difieren de las de cualquier otro amigo comprensivo. De hecho, debido a la confianza que el amigo deposita en mí, es probable que me sienta incluso peor que el conductor que, también supongamos que sin culpa, mató al gato. 23

Estos ejemplos ponen de manifiesto una característica sorprendente de la responsabilidad consecuente: cuando la conducta no está en cuestión, hay una asimetría especialmente radical en la respuesta entre **las** diversas posiciones que el daño en sí crea. Es poco probable que mi amigo se resienta conmigo, aunque me sienta culpable. Más precisamente, si el accidente no es culpa mía, entonces mi amigo no tendría motivos para resentirse por mi papel, ya que no habré actuado mal, mientras que mis sentimientos estarán justificados por mi papel causal y nuestra relación previa, así como por el papel protector que asumí hacia su gato. 24 De la misma manera, los compatriotas de Edipo lo compadecen más de lo que lo desprecian por su crimen. La razón principal de esto es que, en lugar de sentir lástima por él, Edipo no siente lástima por él.

Responsabilidad

La asimetría consiste en que las relaciones causales de los agentes necesariamente determinan sus concepciones de sí mismos, de quiénes son. Para las víctimas, en cambio, la importancia del daño consiste en gran medida en el mero hecho de que se produzca, y no en su vínculo causal con un agente en particular.

La relación entre los agentes y sus efectos es, en cierto sentido, de identidad. Lo que un agente ha causado es una parte importante de la historia y la vida de ese agente, tan importante como lo que ese agente ha hecho, creído y esperado intencionalmente. El arrepentimiento señala la mala suerte fundamental de la conexión causal entre este agente y esas consecuencias. Dado que el arrepentimiento por accidentes sin culpa traza el curso real (en contraposición al idealizado) del agente a través del

mundo, la ausencia general de tal arrepentimiento se encuentra principalmente entre los niños y los kantianos extremos, para quienes el mundo de fantasía o ideal es más relevante que el real. Como han sugerido HLA Hart y Tony Honoré, es a través de las afirmaciones de autoría causal que "[l]os individuos llegan a entenderse a sí mismos como personas distintas, en cualquier medida en que lo hagan, y a adquirir un sentido de autorrespeto...".2

5 Es importante señalar, sin embargo, que "lo que yo

'lo han hecho' no nombra un universo naturalmente limitado de eventos: los agentes están causalmente relacionados con infinitos eventos, bajo infinitas descripciones, y sólo algunos de esos eventos, bajo algunas descripciones, serán relevantes.

El concepto de lo que ha hecho un agente está dado por nuestras prácticas de rendición de cuentas y nuestra concepción de la causalidad. Más allá de los movimientos corporales en sí mismos, la extensión del campo de influencia causal de un agente está dada por una concepción normativa compleja y profundamente arraigada.26

La forma de esa concepción —qué relaciones causales se escogen como justificantes de una respuesta— es el tema de una enorme literatura. Aunque algunos autores han intentado ubicar consideraciones normativas en una concepción metafísica de la causalidad, la mayoría ha adoptado en cambio una concepción no normativa, neutral respecto del contexto, y luego **(p. 561)** se ha basado en la pragmática para explicar el uso ordinario.27 Según las concepciones genéricas, el acto de una persona es un elemento típico entre una enorme cantidad de eventos y condiciones causales relevantes que son en conjunto suficientes para la ocurrencia de un evento. Como han argumentado muchos filósofos, el hecho de que ese acto sea destacado como digno de mención (" *la* causa"), por el agente u otro, depende en parte de su relación con condiciones de fondo estables, su papel en las estructuras duraderas de los eventos, su susceptibilidad a la intervención o al control, etc.28 La relevancia de la intervención del agente en los casos del gato y de Edipo es

obvia. Pero quiero sugerir que, en casos más difíciles, la intervención del agente es un elemento que, en el caso de los gatos, es un elemento que, en el caso de Edipo, ...

Las relaciones sociales y morales con los demás son especialmente importantes para que los agentes vean sus actos como causalmente conectados con los daños. Esto es particularmente cierto en el caso de las omisiones, como cuando mi incapacidad para llevar a un niño enfermo al médico con prontitud da lugar a un sufrimiento: la naturaleza de mi responsabilidad dependerá de mi relación con el niño. Pero el hecho de que me vea a mí mismo como la causa positiva de la miseria de otro también depende de mi comprensión de la estructura de nuestras relaciones mutuas. Si somos competidores en los negocios y mis precios bajos lo llevan involuntariamente a la quiebra, puedo ver su incumplimiento de mis precios, en lugar de mi propio acto, como la causa de su desaparición. 29 En cambio, si somos amigos y mi acto involuntario da lugar a su sufrimiento, es probable que me reproche mi papel causal y haga lo que pueda para enmendarlo.

Mi gesto de reparación como agente es, en estos casos, más complicado que la mera reafirmación o restablecimiento del carácter de una relación entre agente y víctima. Cuando me considero responsable de un daño que simplemente he causado, y cuando la reparación de ese daño es al menos parcialmente posible, mi gesto de reparación se dirige a mí mismo y a mi víctima. Se dirige a la víctima en la medida en que es un intento de compensar una carga que he impuesto. Y se dirige a mí mismo en la medida en que me proporciona una manera de transformar mi trayectoria a través del mundo, eliminando lo desafortunado de lo que he hecho. Aquí vemos una asimetría adicional en las posiciones de respuesta del agente y la víctima, particularmente en casos de mala conducta sin culpa: mientras que mi víctima puede ser indiferente a la fuente de compensación, puedo sentir que debe, al menos en parte simbólica, venir de mí.30 E incluso si ni yo ni mi víctima sentimos que sea **necesario** que yo proporcione la compensación, también se puede pedir una disculpa u otro gesto de reparación, y eso sólo puede venir de mí.

Esta explicación de la causalidad como fuente de razones que justifican una respuesta puede parecer circular, ya que si el mero hecho de señalar un factor causalmente relevante como la causa depende de una concepción previa de las relaciones apropiadas entre las partes, entonces la noción relevante de causalidad no está realizando un trabajo normativo independiente.3

1 La noción de causa y

Las respuestas justificadas son, en efecto, interdependientes y, por lo tanto, en cierto sentido, funcionalmente circulares, pero la circularidad no es viciosa. Hacemos nuestras contribuciones causales tanto en el espacio social como en el físico; las normas e intereses que definen ese espacio social inevitablemente desempeñan un papel en la ayuda para delinear las relaciones causales que percibimos. Una vez que hemos identificado un acto dado como la causa de algún daño, sobre la base de expectativas de fondo de un comportamiento apropiado, entonces nos vemos obligados a modificar nuestra concepción de ese fondo, y así alterar nuestras percepciones futuras de lo que es una causa y lo que es una mera condición. Mi amigo me perdona esta vez por dejar salir al gato; o el conductor

O puede considerarse que el gato mismo es la causa de su muerte. Pero si varios gatos más mueren mientras están bajo mi cuidado, la percepción de mi amiga sobre mi papel causal en los daños, y por lo tanto su reacción hacia mí, sin duda cambiará.

Como he dicho, la posición de las víctimas y las respuestas que justifican sus relaciones con el daño difieren dramáticamente de las respuestas de los propios agentes, particularmente en casos de causalidad sin culpa; y estas respuestas también dependen de la forma en que las víctimas ven sus relaciones con los agentes y los espectadores. Para los agentes, su relación causal con un daño justifica sentimientos de autorreproche. Pero como los agentes no manifestaron mala conducta o voluntad, las respuestas de las víctimas

El resentimiento por esa razón no está justificado. El daño no ha devaluado ninguna relación moral o social previa, sino que sólo se ha distorsionado una distribución de bienes. En consecuencia, es más probable que la respuesta de la víctima sea una demanda de compensación no acompañada de reproche. El que esta demanda de compensación sea considerada como algo que tiene fuerza normativa, por parte de la víctima o del agente, es en sí mismo un producto de las relaciones entre las partes y la sociedad en general. "No fue mi culpa", cuando es cierto, es una excusa perfecta para no rendir cuentas por la conducta, pero no tiene relación directa con la cuestión moral de la compensación. Dada una cierta comprensión de las relaciones sociales y morales, "que tú lo causaste" puede justificar suficientemente una demanda de compensación. (La incorporación de la demanda compensatoria en las relaciones constituidas por un sistema legal, en la forma de la ley de responsabilidad civil, es el tema de la Sección 4.) Hasta ahora mi discusión se ha centrado en el paradigma del acontecimiento de mayor interés tradicional para los filósofos morales, cuando una persona daña a otra directamente. Pero vale la pena señalar que muchos de los daños y miserias de la vida moderna quedan fuera del paradigma de la acción directa. Pensemos en comprar una mesa hecha de madera tropical que proviene de una selva tropical defoliada, o usar un acondicionador de aire a base de CFC, junto con otros 10.000.000 de **personas** , y así, en conjunto, hacer un agujero en la capa de ozono; ser ciudadano de una nación que bombardea las fábricas de otro país en un ataque imprudente contra terroristas; o habitar una región arrebatada hace mucho tiempo a sus ocupantes aborígenes; ayudar a diseñar un automóvil que el fabricante vende a sabiendas con un sistema de combustible peligrosamente defectuoso, o trabajar en una burocracia de la atención médica que permite sin cuidado la distribución de sangre contaminada con VIH. Todos estos ejemplos son instancias de una relación mediada con el daño, donde el daño es causado por las acciones de otros. Y muchos de ellos son casos en los que lo que haga un individuo no tiene importancia; sólo los individuos juntos causan daño.

Estas relaciones mediadas con el daño son el dominio de *la complicidad* . Así como la responsabilidad puramente

consecuencial pone a prueba los modelos de responsabilidad orientados a la voluntad, la rendición de cuentas cómplice ejerce presión sobre los modelos orientados a las consecuencias. Porque es un hecho familiar de nuestras prácticas morales y legales que culpamos, castigamos y exigimos compensación a los agentes cómplices aunque lo que hayan hecho no haya hecho ninguna diferencia. El banco habría sido asaltado de todos modos, se habría formado el agujero de ozono, se habría librado la batalla. El enigma surge porque, si la contribución causal es necesaria para la responsabilidad, entonces nadie es responsable, porque nadie hace una diferencia. E incluso cuando se hace una diferencia individual, digamos cuando una persona actúa como vigía durante un robo, nuestras prácticas de culpa y reglas de castigo van mucho más allá de la contribución causal. Lo que la responsabilidad cómplice cuestiona centralmente es un principio atractivo e intuitivo de responsabilidad, según el cual alguien solo puede ser responsable de los eventos sobre los que tenía control. Llamemos a esto el "principio de control".32 Una explicación de la responsabilidad que apunte a revelar, en lugar de reemplazar, estas prácticas generalizadas de responsabilidad tendrá que mostrar cómo la responsabilidad puede superar tanto la causalidad como el control, sin convertirse simplemente en una culpa virtual libre compartida por todos.

En otros trabajos he intentado hacer esto.33 Brevemente, sostengo que una vez que tenemos en la mano una comprensión analítica de la cooperación, sigue el mismo camino una explicación normativa de la complicidad. Los individuos que cooperan comparten lo que yo llamo "intenciones participativas", es decir, intenciones de hacer su parte en algún acto colectivo. Las intenciones participativas fundamentan nuestra práctica básica de atribución de acciones y resultados en contextos cooperativos, de modo que, por ejemplo, cuando dos de nosotros escribimos juntos una ópera, tú escribes la música y yo el libro, cada uno de nosotros puede decir verdaderamente: "escribimos la ópera". Cada uno de nosotros debería ser considerado como un autor de la ópera, aunque un autor inclusivo, en virtud de nuestra participación colectiva individual en su creación. La responsabilidad por ella -elogio o culpa- sigue entonces la

atribución de autoría. Esto se debe a que la voluntad de cada uno puede considerarse manifiesta en el producto colectivo.

(p. 564) Ahora bien, las diferencias en las contribuciones causales particulares cambian las respuestas que se justifican para individuos particulares; es razonable celebrar a Mozart más que a su libretista, Da Ponte. Y hay una verdad en el principio de control: los individuos que no pueden controlar *si* participan o no (rehenes o incautos, por ejemplo) no pueden ser considerados responsables del daño colectivo. 34 Pero en los casos de sobredeterminación total, cuando ningún individuo realmente hace una diferencia causal, la culpa (o el elogio) todavía puede recaer con justicia. Los famosos "torturadores inofensivos" de Derek Parfit, cada uno de los cuales da a la víctima de la tortura una descarga eléctrica individualmente imperceptible pero en conjunto terrible, proporcionan un claro ejemplo del problema. 3

5 El propio Parfit lucha por adaptar la ética consecuencialista a una forma de

responsabilidad que, a primera vista, parece precisamente independiente de las consecuencias individuales. Otros han intentado desarrollar una teoría de la causalidad que dé sentido a tales casos.36 Yo mismo soy escéptico en cuanto a si estos enfoques funcionan, incluso en sus propios términos. Sin embargo, cualquiera que sea la explicación última de la responsabilidad cómplice, tendrá que pasar al menos en parte por las intenciones participativas de los agentes: su voluntad, independientemente de sus efectos, de sumarse a un acto colectivo que causa daño. Porque en ausencia de cualquier contribución causal individual destacada, seguramente es la cooperación misma la que explica la responsabilidad. La implicación sigue a la participación.

3 Responsabilidad penal

Una teoría funcional de la responsabilidad penal presupone una respuesta a una pregunta y debe responder a otras

dos. Presupone una respuesta a la pregunta de qué normas deberían definir el ámbito del derecho penal y debe proporcionar respuestas a las siguientes preguntas: primero, qué se considera una violación de esas normas; y segundo, ¿qué respuestas se justifican por su violación? Es evidente que estas preguntas deben responderse juntas si se quiere que sean respondidas de manera inteligible. Si las normas penales apuntan principalmente a la conducta y no a la consecuencia, entonces los criterios de responsabilidad enfatizarán la causalidad por sobre la calidad de la voluntad. Si las normas protegen intereses muy grandes o vulnerables, entonces es probable que se consideren justificadas respuestas más serias.

(p. 565) Y si las respuestas que se consideran justificadas por la violación son muy severas, entonces los criterios de responsabilidad deben ser estrictos, suponiendo algunos principios políticos de fondo en contra de la imposición de sufrimiento o a favor de la conservación de la libertad individual. Esto no quiere decir que una teoría de uno de estos temas determine las respuestas a los otros dos, sino sólo el punto más modesto de que las normas penales, los criterios de responsabilidad y las prácticas de respuesta deben mantenerse juntos en un equilibrio reflexivo.

Las normas penales han protegido tradicionalmente los intereses más importantes de la vida, la seguridad del cuerpo y la seguridad de la posesión. Al proteger estos intereses de incursiones maliciosas, el derecho penal hace posible la vida social al hacer posible la confianza social. Confiando en el poder del Estado para sofocar los impulsos de los demás a actuar de manera egoísta o cruel, podemos forjar las relaciones de cooperación que hacen que nuestras vidas sean buenas.37 Es cierto que el alcance de las normas penales en los tiempos modernos se ha extendido más allá de estos intereses centrales hacia muchos dominios regulatorios. Estos dominios regulatorios a menudo utilizan solo criterios débiles de responsabilidad, renunciando a los requisitos de conocimiento e intención. El alcance extendido de las normas penales provoca preocupación incluso cuando las sanciones reales no son severas, porque el aspecto expresivo y condenatorio de las normas penales se transmite de las preocupaciones centrales.38 Pero lo que determina si un interés dado será

expresado y protegido a través del derecho penal es solo en parte una función de su importancia intrínseca. También es una función de la posición especial del Estado como organismo expresivo y ejecutor de la ley, así como de sus relaciones con otras instituciones sociales. Las demandas de una ley penal moralizada –una ley que castigue la conducta privada y consensual por su inmoralidad– reflejan en sus defensores no sólo una preocupación por mantener un status quo normativo (probablemente ilusorio), sino también una profunda inseguridad sobre la capacidad de las instituciones sociales no coercitivas para gobernar la conducta. "¡Debería haber una ley!" no lo dice el descubridor de una nueva norma, sino alguien descontento con la eficacia actual de una norma antigua. Algo similar se aplica a la criminalización de las cuestiones regulatorias: la elección de recurrir a sanciones, en lugar de enfoques basados en impuestos o en el mercado, a menudo refleja tanto un juicio articulado sobre la eficacia de diferentes medios para el mismo resultado, como creencias más incipientes sobre la necesidad de que la autoridad estatal complemente las formas privadas de ordenamiento social.

Así como los ideales controvertidos de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil explican los debates sobre la asignación de autoridad entre las normas penales y otras normas, también explican los debates sobre la respuesta adecuada a las violaciones de esas normas y los criterios de responsabilidad.

(p. 566) Los debates sobre la respuesta justificada suelen presentarse en forma de diferentes teorías del castigo.

Las teorías del castigo se dividen en dos grupos. Por un lado, están las teorías del castigo verdaderas, que intentan ofrecer una justificación para el trato severo intencional y condenatorio de los infractores de las normas penales. En este grupo hay algún debate sobre el tipo adecuado de trato severo, ya sea que incluya dolor físico, ejecución, encarcelamiento o penas humillantes. Pero la discusión se centra principalmente en cómo justificar un trato cuya incomodidad se supone, ya sea que se justifique en términos retributivistas o expresivos.39 El segundo grupo no está formado por teorías del castigo *per se* , sino por teorías del trato adecuado de los infractores, donde el trato

adecuado puede no implicar en absoluto el sufrimiento infligido por el Estado. Todas estas teorías son, evidentemente, instrumentalistas, y las teorías utilitaristas son los ejemplos más obvios. El trato duro se justificará, si lo es, por su papel en la defensa de los derechos humanos.

Responsabilidad

En este grupo también se incluyen teorías más suaves, rehabilitadoras y educativas, así como teorías reparadoras, es decir, enfoques del delito que intentan reparar los lazos sociales cortados por el delito.40 Finalmente, vienen las teorías que representan un híbrido de preocupaciones instrumentales e intrínsecas. La teoría del castigo de Hart, desarrollada posteriormente por Mackie y Scanlon, adopta esta forma: un sistema de castigo cuya imposición es sensible a la voluntad de los delincuentes se justifica tanto como un medio para mantener el orden civil en un contexto de libertad general, como un sistema peculiarmente apropiado para seres que valoran la capacidad de determinar por elección si entrarán en conflicto con el Estado.41

Contrastemos la responsabilidad penal con la responsabilidad moral. Dentro de los amplios límites de la moral, reina la variedad. Los amigos y los miembros de la familia pueden reprocharse entre sí defectos menores de carácter, algo que no pueden hacer los conocidos sociales. La furia y la rabia expresadas por los amantes ante una traición, por justificada que sea, estarían totalmente fuera de lugar incluso entre amigos. De la misma manera, la dolorosa culpa que se siente con razón ante la traición de un amigo bien podría considerarse autolesiva si se dirigiera a todas las transgresiones morales. La moral social es eficaz precisamente porque hay espacio para **el** juego en sus articulaciones. Aunque las normas que rigen la respuesta justificada han cambiado enormemente a través del tiempo y de las culturas, y han dependido crucialmente del afán y la capacidad del Estado para mantener la paz civil, siempre ha habido límites a la respuesta apropiada, incluso si esas respuestas han transgredido en gran medida las fronteras generales y pacíficas de la moralidad social de la élite occidental contemporánea. Sin embargo, aquí estipularé que, en ausencia de circunstancias de legítima

defensa, los límites de la respuesta moral son los límites del lenguaje y el sentimiento. Las respuestas físicas, violentas o coercitivas contra individuos sólo están moralmente permitidas al Estado.

Los sistemas jurídicos protegen los intereses que protege la moral, y en particular los medios y las libertades necesarios para vivir bien como agente racional, reflexivo y centrado en proyectos. En la medida en que los sistemas jurídicos hagan algo más que simplemente expresar (con vehemencia) estas normas, entonces es necesario concebir el derecho como instrumental hasta cierto punto, juzgando a los sistemas mejores o peores en su capacidad para asegurar estos intereses. Pero esto no tiene por qué ser una concepción crasamente funcionalista del derecho, como tampoco de la moral, que también cumple una función de protección de los intereses y las relaciones que hacen que nuestras vidas sean buenas. El derecho es bueno porque los intereses que protege son valiosos; y las respuestas jurídicas están justificadas por la importancia de esos intereses. Si las libertades y el bienestar son valores dentro del derecho, entonces las respuestas jurídicas que comprometen esos valores son sospechosas. Si bien las restricciones a la mala conducta moral y al oportunismo que dictan las instituciones jurídicas no son en sí mismas compromisos objetables para los intereses de los agentes, el uso de amenazas y la aplicación de sanciones para garantizar esas restricciones sí comprometen la autonomía.

De ello se desprende que, si las medidas coercitivas del Estado están justificadas, lo están porque ninguna medida no coercitiva es adecuada para proteger los intereses sociales una vez que han fracasado las formas morales y jurídicas de rendición de cuentas. A diferencia de las respuestas sociales y morales, cuya naturaleza verbal o emocional sólo interesa a aquellos para quienes las relaciones que protegen tienen valor, las respuestas coercitivas interesan a cualquier agente que actúe en beneficio propio. Si bien los sistemas jurídicos pueden depender principalmente, como sugiere Mackie, de la eficacia de una caracterización jurídica adversa de ciertos actos, las amenazas coercitivas desempeñan un papel auxiliar esencial a la hora de motivar a quienes no se dejan

llevar por el deseo de mantener relaciones moralmente apropiadas.42

Los intereses que justifican las respuestas jurídicas limitan esas respuestas. Si, como en los regímenes liberales, los sistemas jurídicos apuntan a proteger formas significativas de autonomía individual y cooperación social en general, entonces los individuos

Los intereses de autonomía también serán motivo de preocupación en la administración de sanciones legales. Como ha sostenido Hart (y Scanlon después de él), esta preocupación por la autonomía, más que una preocupación por rectificar errores morales, puede explicar mejor la restricción general de las sanciones penales a los casos de conducta voluntaria.43 Al hacer que la imposición de las sanciones legales que infringen gravemente la autonomía individual dependa de las decisiones que toman los individuos **(p. 568)** , el Estado ha hecho lo que puede para asegurar la autonomía de cada ciudadano. Las consideraciones del debido proceso también sirven para proteger la autonomía individual de la interferencia indebida del Estado. La preocupación por la autonomía también ayuda a explicar el "requisito de acto" del derecho penal, según el cual sólo los intentos y las acciones voluntarias son punibles, y no los planes incipientes o los movimientos involuntarios.44 Dado que quién es un agente y qué causa un agente son mucho menos sensibles a la elección, el castigo penal sobre estas bases es mucho más restringido.45

Los debates entre las teorías del castigo han tendido a enfatizar un ideal de la persona, realzado o comprometido por la práctica punitiva pertinente. Immanuel Kant denunció célebremente las "serpentinas del utilitarismo" con el argumento de que utiliza al infractor simplemente como un medio de control social general, por lo que no lo respeta como un agente racional que merece preocuparse por sus propios fines. 46 Por el contrario, los críticos del ideal retribucionista preferido por Kant, según el cual es intrínsecamente bueno o correcto asegurar que los malhechores sufran, se han preocupado por la idea de que el utilitarismo es una forma de castigo.

Responsabilidad

El discurso sobre la legitimidad del castigo sirvió principalmente para enmascarar el deseo de humillar del castigador, un deseo que no nace de la justicia, sino del resentimiento. Como dijo Nietzsche (con su característica exageración), el «imperativo categórico» de Kant «huele a crueldad».47

Los ideales controvertidos de la persona son el motor del debate sobre el castigo, pero centrarse sólo en la persona castigada implica una especie de solipsismo ético. Igualmente importante es un ideal no del individuo sino de las relaciones sociales y políticas. Las diferentes teorías del castigo implican, y están implícitas en, diferentes concepciones de la relación adecuada del individuo con la comunidad. Lo que debe sorprender a cualquiera que trabaje en el área de la teoría del castigo es la forma en que las diferentes teorías han llegado a dominar o retroceder, al parecer, como una cuestión de cambios en las opiniones políticas más amplias.

Cuando Hart empezó a escribir sobre el castigo, por ejemplo, el statu quo filosófico era reformista y rehabilitador, no retributivo. Junto con otros escritores, rechazó las teorías rehabilitadoras por la preocupación de que el infractor se redujera a un sistema psicológico que podía ser manipulado por el Estado.48 Hart también rechazó las teorías retribucionistas del castigo, en parte sobre la base conceptual conocida de que dependían de una " misteriosa pieza de alquimia moral" que hacía que dos actos ordinariamente inadmisibles equivalieran a la justicia.49 Pero su argumento conceptual (u observación: apenas se tomaba las teorías retributivistas lo suficientemente en serio como para argumentar en contra de ellas) puede verse con justicia como un producto de un sentimiento general de que el retribucionismo en el castigo era ligeramente bárbaro, en comparación con la política social utilitarista ilustrada. Sin embargo, en la década de 1980, las teorías retribucionistas habían comenzado a florecer, impulsadas en gran parte por el trabajo de Michael Moore y Andrew von Hirsch.50 No parece una coincidencia que la moda en las teorías filosóficas del castigo haya seguido la moda en la práctica política (o

viceversa), ya que la política penal estadounidense en particular ha pasado de una práctica rehabilitadora a una ferozmente punitiva y ha puesto un énfasis creciente en la responsabilidad individual en lugar de la social.51

Esta sociología de la teorización reciente pretende hacer algo más que señalar el hecho obvio de que los filósofos también son criaturas y creadores del *Zeitgeist* . También demuestra el punto analítico de que las teorías de la respuesta justificada deben interpretarse en términos de la concepción de fondo de las relaciones sociales que presuponen. Ya he mencionado cómo el rechazo de las teorías rehabilitadoras fue impulsado en un principio por las preocupaciones sobre la política terapéutica que presuponían. 52 El rechazo de las teorías utilitaristas tiene tanto que ver con su tratamiento de los individuos como medios, como con la concepción más general y gerencial que tienen del Estado. En la teoría política utilitarista de un tipo crudo pero familiar, el Estado es concebido como un experto en ingeniería social, que intenta maximizar la satisfacción social neta. 53 Las dudas sobre la teoría política utilitarista, relacionadas tanto con su dependencia implícita de la experiencia como con su incapacidad para ver a los miembros individuales de la sociedad como agentes cooperadores, no simplemente consumidores conjuntos, han llevado a su desplazamiento en el campo de la justicia distributiva. 54 Una teoría del castigo que se basa en una concepción del Estado como gerente social se ve igualmente socavada por estas dudas. Las teorías retribucionistas, con su énfasis en la dignidad individual, señalan los defectos de las concepciones utilitaristas, pero hasta ahora los retribucionistas no han logrado elaborar una concepción del Estado que haga de la imposición de merecimientos punitivos justos un objetivo legítimo del Estado **(p. 570) .5**

5 Es

Sin duda, es posible concebir al Estado como el agente del pueblo en la entrega de merecimientos, tanto retributivos como distributivos; pero esta concepción no deja de ser controvertida, ya que se basa en una comprensión metafísicamente sólida y preinstitucional del merecimiento.56 Las teorías de justicia reparadora que

están surgiendo reflejan un ideal más comunitario de las relaciones sociales en su enfoque de reconciliar a los individuos con sus sociedades. A menos que haya razones para pensar que alguna concepción política particular llegará a prevalecer —y no veo tal razón— la relacionalidad de la responsabilidad significa que los debates entre las teorías del castigo quedarán sin resolver.

El concomitante de la relacionalidad de la responsabilidad penal es su posicionalidad. No es meramente una presunción legal que mientras el fiscal representa "al pueblo", el tribunal representa la justicia imparcial, pues la posición de justicia que adopta la ley es muy especial y limitada. Cuando las instituciones legales asumen la posición partidaria de la víctima y la postura del resentimiento, los derechos y libertades de los acusados se ven gravemente comprometidos, situaciones para las cuales los juicios por sedición del siglo XX son los mejores ejemplos. 57 La respuesta justificada de las víctimas a la conducta hostil es el resentimiento; pero el resentimiento es completamente inapropiado por parte de las instituciones de justicia. La posición que representa el derecho penal no es simplemente una integración de todas las posiciones sociales y morales, y las respuestas legales no representan respuestas totales y generales a los agravios. En cambio, las respuestas legales se hacen idealmente desde una posición particular, la del Estado, y representan una forma de respuesta entre muchas. Independientemente de lo que merezcan los individuos, las respuestas del Estado surgen de las relaciones que vinculan a cada individuo con los demás, agente y víctima por igual, y están limitadas por las reclamaciones internas a esas relaciones.

Recordar la posición especial del Estado es particularmente útil para entender el viejo dicho de las teorías del castigo: por qué los intentos fallidos deberían ser castigados menos severamente que los exitosos. Página 12 de 28

Responsabilidad

571. Por un lado, está la opinión de que la base adecuada de la responsabilidad punitiva, en oposición a la compensatoria, es el peligro social de la conducta del

acusado, el desprecio por las normas legales evidenciado por esa conducta, o ambos, y que estas bases son las mismas para los que fracasan y los que tienen éxito en el intento. 58 Dado que la base de la responsabilidad es la misma, no hay razón para castigar de manera diferente. Ajustar el castigo al daño real, desde este punto de vista, simplemente confunde las respuestas punitivas y compensatorias. Los defensores del castigo diferenciado **(p. 571)** , por el contrario, observan que nuestras respuestas morales, de hecho, siguen el daño que hacemos. Nos culpamos más a nosotros mismos cuando un error de juicio resulta en un daño real; y nos resentimos más por los actos malévolos de otros, simplemente porque esos actos nos causan daño. 59 La conexión entre este fragmento de fenomenología moral y el castigo estatal es una teoría retributiva del castigo, según la cual el papel del estado es administrar un merecido moral (unívoco).

La relación entre suerte y responsabilidad es profundamente controvertida, y no está claro, por decir lo menos, si nuestras prácticas de responsabilidad pueden ser totalmente regimentadas o racionalizadas en términos de bases específicas de respuesta.60

Reconciliar la responsabilidad con la suerte es un problema profundo, tal vez insoluble, para la teoría moral. Pero sólo debe resolverse para la teoría del castigo si el castigo estatal debe imitar genuinamente la respuesta moral interpersonal y el resentimiento, si realmente debe ser el "resentimiento universalizado" de Sidgwick.6

1 Si el argumento a favor

Si la distinción entre intentos exitosos y fallidos no puede tener una base más firme que la coherencia con la práctica moral interpersonal, entonces no hay un buen argumento para agregar el daño real como un factor en el cálculo del castigo, independientemente del peligro social y la voluntad antisocial. Hacer lo contrario es confundir los propósitos particulares del sistema de responsabilidad penal con las funciones expresivas y constitutivas más generales que desempeñan nuestras prácticas de responsabilidad moral.

El segundo punto principal de intersección entre el derecho penal y el interés filosófico se refiere a los criterios de responsabilidad. En el derecho angloamericano, los criterios de responsabilidad penal convergen con los criterios de responsabilidad moral: cuando las pretensiones morales están justificadas, por lo general también lo está la sanción legal; y cuando hay excusa o justificación moral, también hay excusa o justificación legal. Si bien la función expresiva del derecho penal hace probable la superposición entre la culpa moral y la culpa penal, el alto grado de convergencia en la doctrina y la legislación modernas es el producto del esfuerzo concertado de varios estudiosos penales, en particular Hart, Sanford Kadish, Herbert Wechsler y Glanvil e Williams, para limitar la intrusión de las doctrinas de responsabilidad estricta.62 Dicho esto, cualquier concepción específicamente jurídica de la culpabilidad debe reconocer que la autoridad legal siempre se ejerce en duda. El derecho penal presenta los problemas epistémicos más graves, dado su enfoque en las intenciones individuales. Las intenciones se infieren de circunstancias dispersas, las explicaciones causales **(p. 572)** están determinadas por los intereses de las partes en disputa. Desafortunadamente, la resolución justa de los casos requiere buena información; y la buena información es generalmente costosa y difícil de obtener. No se puede esperar, práctica o normativamente, que un individuo acusado de un crimen divulgue un estado mental culpable. La distinción entre homicidio premeditado y espontáneo, por ejemplo, puede ser la diferencia entre la ejecución y el encarcelamiento. El homicidio premeditado puede probarse mediante evidencia de planificación previa. Sin embargo, los tribunales más inclinados a la subjetividad han sostenido que el homicidio puede considerarse premeditado en ausencia de planificación, siempre que el acusado tenga la oportunidad de reflexionar sobre la decisión de matar.63 Dado que obviamente ningún asesino admitirá la premeditación, y dado que rara vez hay un testigo sobreviviente del crimen, la decisión del juez o del jurado a menudo se tambalea sobre un andamiaje de evidencia circunstancial e inferencia psicológica.

A pesar de la duda y la incertidumbre generalizadas, es necesario tomar decisiones y hacer distinciones, ya sea en nombre de la justicia retributiva o de una disuasión creíble.

Por lo tanto, no es de extrañar que las cuestiones probatorias desempeñen un papel central en el proceso penal. Algunas de las restricciones a las pruebas que el Estado puede obtener y presentar en la sala del tribunal, como el requisito de una orden judicial debidamente autorizada para un registro exhaustivo, surgen de una preocupación generalizada sobre los límites de la intrusión policial. Pero otras restricciones reflejan preocupaciones epistémicas fundamentales, como la exclusión de pruebas de los antecedentes penales de un acusado o de informes de oídas sobre las declaraciones del acusado. Aunque los antecedentes penales son claramente relevantes para la prueba del delito en cuestión, en muchos casos se excluyen esas pruebas con razón sobre la base de que su efecto sobre los jurados es más perjudicial que probatorio.64 Sin estas reglas probatorias protectoras, no sería posible aplicar un sistema de responsabilidad penal en la justicia.

Comparemos las circunstancias de la justicia penal con las de la teoría moral. Aunque los filósofos morales desde Kant han advertido de la inescrutabilidad de la intención individual tanto en los casos de primera como de tercera persona, la mayoría de las teorías morales ignoran estos problemas epistémicos, incluida la propia teoría moral de Kant.6

5 Los deontólogos se centran en los agentes

intenciones subyacentes y autoconcepciones; y los utilitaristas recurren a la ficción idealizada de una sociedad completamente informada y "ética".

66

preferencias para **(p. 573)** justificar su criterio de acción correcta.66 Por lo tanto, si los agentes han actuado incorrectamente y son responsables de ello depende de hechos profundos acerca de sus capacidades deliberativas y motivacionales, atribuciones precisas de contenido

intencional, motivación inequívoca y predicciones empíricamente adecuadas de consecuencias futuras.

En general, los juicios morales que hacemos y las respuestas que ofrecemos pueden estar totalmente fuera de lugar con respecto a la evidencia necesaria para sustentar su aplicación. El imbécil que me cierra el paso en la autopista puede estar distraído por una gran pérdida personal, pero es poco probable que esta posibilidad me impida pensar que es un imbécil. La teoría y la práctica morales pueden vivir según estándares epistémicos idealizados porque lo que está en juego en el juego moral es poco en cualquier caso particular. Las relaciones que la moral social cumple el papel dominante en proteger normalmente pueden repararse mediante disculpas y comprensión. Puedo sentirme injustamente resentido por tu falta de encuentro, sin darme cuenta de que tenías un hijo enfermo al que cuidar.

Cuando tengas oportunidad de explicarme, o cuando descubra de alguna otra manera el motivo de tu ausencia, todo volverá a quedar bien entre nosotros.

En cambio, la absolución tardía de alguien injustamente condenado no repara mucho, porque nada puede reparar la violencia infligida a la propia sensación de autonomía y valor por un castigo injusto. Ser encarcelado, despreciado públicamente y despojado de los derechos civiles elementales es ver socavada o perdida la propia identidad política, social y moral: es convertirse en un objeto de la autoridad del Estado, en lugar de un sujeto que autoriza el ejercicio de ese poder por parte del Estado.67 La libertad y la compensación pueden ser reclamaciones válidas derivadas de un proceso o una sentencia injustos, pero no son un medio completo de reparación. Dados los costos morales y humanos de una condena injusta, seguramente se desprende que una condición necesaria de una institución penal justa es que cometa muy pocos errores. Los juicios jurídicos tienen poco sentido a menos que se apliquen y se hagan cumplir realmente; son inútiles como meros indicadores de normas morales. Pero para ser legítimos, los juicios jurídicos deben estar bien arraigados tanto en los hechos como en la moralidad política. Los teóricos del derecho y los filósofos morales que distinguen

claramente entre cuestiones normativas y probatorias corren el riesgo de ignorar el espacio social, con sus costos y limitaciones, en el que las normas jurídicas están necesariamente insertas.68 El problema es que la conciencia de las restricciones epistémicas de la ley puede convertirse rápidamente en una licencia para un cinismo arrogante en cuanto a coartadas y excusas. En la medida en que las consideraciones exculpatorias se reducen debido a las dificultades de la prueba, se amplía el alcance de la intrusión jurídica.

(p. 574) Dentro de estas restricciones epistémicas, dos tipos diferentes de criterios son generalmente relevantes para la responsabilidad penal: criterios de capacidad y criterios de intencionalidad. La capacidad exigida para la responsabilidad penal es, en términos generales, la exigida para la responsabilidad moral: una capacidad de gobernarse a sí mismo por la razón práctica, en respuesta a las consideraciones morales y fácticas que se obtienen. La capacidad requerida para la racionalidad práctica incorpora evidentemente una serie de componentes diferentes: un componente perceptivo, para establecer la naturaleza del propio entorno; un componente conativo, a través del cual uno encuentra algunas posibilidades de acción deseables como metas y otras indeseables; un componente evaluativo-cognitivo, para sopesar las razones a favor y en contra de las metas potenciales; un componente instrumental-cognitivo, para determinar cómo realizar esas metas; y un componente volitivo, a través del cual uno realmente actúa sobre las metas deseadas.69 Nótese que no hay nada acerca de tener o ejercer esta capacidad que sea incompatible con el determinismo causal.70 Esto no pretende plantear el problema del libre albedrío, sino sólo señalar que la capacidad metafísica para actuar que de otro modo demandan los incompatibilistas es un requisito adicional, que va más allá de la capacidad práctica central.7

1 Y aun si las concepciones compatibilistas de la moral

Aunque, en definitiva, no son aceptables los criterios morales y legales de la responsabilidad, es plausible argumentar que éste es un punto en el que los criterios morales y legales de la responsabilidad pueden divergir de

manera fiable, pues bien puede pensarse que la noción moral implica una concepción teológica o metafísicamente ambiciosa de la responsabilidad, relacionada con el juicio divino o con la significatividad existencial. Mientras tanto, las ambiciones sublunares de la ley podrían satisfacerse con una concepción de atribuibilidad justa para la que basta la capacidad de la razón práctica.72

A pesar de los debates metafísicos, aquellas personas que carecen de la capacidad de razonar en la práctica deben ser tratadas o incapacitadas, no castigadas. Sigue siendo una cuestión controvertida en derecho y filosofía qué tipo de incapacidades racionales socavan fatalmente la culpabilidad.73 El requisito tradicional de M'Naghten es que el **acusado** sólo será eximido de responsabilidad si no "conoce la naturaleza o la calidad del acto que estaba realizando; o si lo sabía, que no sabía que lo que estaba haciendo era incorrecto".74 Obviamente, se trata de una definición extremadamente restrictiva, según la cual un acusado que comprendiera la maldad de su acto, pero se viera obligado a hacerlo por voces satánicas en su cabeza, no sería eximido. Por lo tanto, la definición puramente cognitiva fue ampliada por el American Legal Institute para incluir el requisito de que el acusado sea capaz de "apreciar la criminalidad de su conducta" y "adaptar su conducta a los requisitos de la ley".7

Se han propuesto otras definiciones como

Bueno, en particular la efímera pero famosa definición ofrecida por el tribunal federal de apelaciones para el circuito de DC, de que un acusado sea considerado no responsable si su acto ilegal fue "producto de una enfermedad mental o un defecto mental".76

Ninguna de estas definiciones capta plenamente la idea de incapacidad con la que casi con toda seguridad operan los jurados, pero todas indican el alcance general de las cuestiones que rodean los criterios de responsabilidad. 77 Las cuestiones verdaderamente difíciles surgen en los

márgenes de la capacidad, por ejemplo, en el caso de agentes que sufren delirios pero que saben que los padecen (como ocurre con muchos esquizofrénicos), o en el caso de agentes que reconocen la maldad de sus actos pero que parecen carecer por completo de la preocupación ordinaria por la maldad. 78 Dada la falta general de conocimiento sobre la naturaleza de la enfermedad mental y la inhabilidad de los procedimientos legales para un debate matizado, las restricciones epistémicas son más estrictas en este ámbito. Esto es principalmente un problema para los retribucionistas, que pueden encontrar que cualquier criterio operacionalizable de capacidad mental errará, ya sea al exigir tratamiento para quienes deberían ser castigados o al exigir castigo para quienes exigen tratamiento. Para los instrumentalistas, la elección entre respuestas incapacitantes y punitivas es menos significativa. 79

La responsabilidad moral se basa en la conducta, en el sentido de actividad intencional, y en la causalidad. Las respuestas morales más graves, como la culpa y la recriminación, se dan cuando la conducta y la causalidad van de la mano: cuando el agente causa daño con una voluntad que demuestra falta de respeto por los intereses de otro. La responsabilidad penal sigue su ejemplo.

La responsabilidad por la mayoría de los delitos se basa en una combinación de criterios relacionados con los actos corporales del acusado y sus consecuencias, y las intenciones, el conocimiento o la conciencia con que se realizaron esos actos y se produjeron sus consecuencias. Los términos "subjetivo" y "objetivo" se utilizan, respectivamente, para los criterios de intencionalidad y **conducta** , circunstancias y consecuencias, a menudo también llamados elementos de *mens rea* y *actus reus* de un delito.

Lamentablemente, en el derecho penal también se utilizan los términos "subjetivo" y "objetivo" para hacer una distinción totalmente diferente: distinguir entre estándares individualizados y normalizados. En este sentido, los criterios subjetivos establecen la responsabilidad sobre la base de las capacidades y creencias reales del agente, mientras que los criterios objetivos establecen la

responsabilidad sobre la base de las capacidades y creencias que podrían esperarse razonablemente de un agente racional generalmente competente.80 A riesgo de alejarme un poco del uso jurídico estándar, utilizaré los términos "individualizado" y "normalizado" para este sentido de "subjetivo" y "normalizado".

Criterios "objetivos". Ambos tipos de criterios plantean cuestiones filosóficas.

En general, la responsabilidad penal exige que un solo agente realice los actos especificados o cause los daños especificados, con o debido a un estado mental o estados mentales específicos. El asesinato en primer grado, por ejemplo, requiere el elemento subjetivo de una intención premeditada de matar, así como, por supuesto, el resultado "objetivo" de que el agente haya causado la muerte de otra persona al actuar con esa misma intención. El homicidio en segundo grado, o "de corazón depravado", no requiere matar como objetivo, pero sí requiere que el acusado crea que matar es una consecuencia probable de sus acciones. Para algunos delitos, el estado mental del acusado debe ser altamente determinante: el hurto requiere no solo la toma objetiva de la propiedad de otra persona, sino una intención subjetiva de privar a la otra persona de esa propiedad de manera permanente. Y hay muchos delitos que pueden cometerse con un estado mental todavía culpable pero no intencional, como la imprudencia o la negligencia grave. El acusado debe estar involucrado en alguna actividad intencionalmente (por ejemplo, conducir), pero no necesariamente debe conducir con la intención de matar para ser declarado culpable de homicidio vehicular. Es suficiente que la conducta objetiva del acusado consista en conducir, que esa conducta cause una muerte y, para el caso de imprudencia, que sea consciente de los riesgos que presenta su conducción.

Los delitos cometidos por negligencia deben tratarse de manera diferente, pues la cuestión no es si el acusado tenía algún estado mental particular, sino si carecía de un estado que debería haber tenido, a saber, la atención a los riesgos relevantes.81

Es claro que los criterios subjetivos y objetivos se interpenetran, pues el componente objetivo de la conducta es en sí mismo intencional.

Por ejemplo, la apropiación de una propiedad o el asesinato de otra persona, y puede simplemente estar acompañada, en lugar de ser causada por el estado subjetivo pertinente. Por lo tanto, el componente subjetivo no es generalmente una explicación de la conducta, sino más bien un estado mental relevante para la evaluación de la culpabilidad moral del acusado.82

(p. 577) Los criterios subjetivos y objetivos de responsabilidad invocan los problemas filosóficos analíticos tradicionales de dar cuenta de la acción intencional, incluidos los problemas de relacionar la intención con el movimiento corporal, los actos individuantes y las omisiones intencionales; y los autores de la teoría jurídica penal han investigado estos problemas filosóficos.83 Pero no está claro que una teoría jurídica necesite una explicación filosófica profunda de estos problemas. Tomemos el problema de la individuación de los actos: un acusado arroja una cerilla, prendiendo fuego a una casa y matando a los habitantes. Existe una disputa filosófica entre los llamados individuadores de grano fino, como Alvin Goldman, que sostienen que el acusado realiza muchos actos diferentes (arrojar la cerilla, quemar la casa y matar a los habitantes), y los individuadores de grano grueso, como Donald Davidson, que sostienen que la Página 15 de 28

Responsabilidad

El acusado realiza un solo acto, el movimiento corporal de arrojar la cerilla, acto que puede describirse de muchas maneras diferentes, como quemar una casa, matar a un habitante, etc. 84 Sin embargo, las cuestiones relevantes de la responsabilidad penal son neutrales entre estas cuestiones en la teoría de la acción. Estas cuestiones incluyen si, por ejemplo, la quema o el asesinato pueden rastrearse causalmente hasta el lanzamiento de la cerilla; si el acusado tenía la intención de quemar o matar, o fue imprudente con respecto a esas consecuencias; y si la quema y el asesinato merecen castigos independientes y

acumulativos. No son cuestiones puramente metafísicas o problemas de la teoría de la acción. Son, más bien, normativas, y se responderán en cambio con referencia a una teoría del castigo. Los términos de estas teorías son las nociones populares o de sentido común de deliberación, previsión, intención y acción; el desafío normativo radica en relacionar estos términos con una escala de culpabilidad. 8

5 Incluso las difíciles preguntas que plantea

El automatismo y el control mental deben responderse en términos de una teoría normativa de la responsabilidad y de los criterios de autogobierno, teorías que sólo necesitan presuponer y no analizar la idea básica de hacer algo por una razón.

Surgen cuestiones filosóficas más difíciles sobre la responsabilidad en relación con la cuestión de si el sistema de castigo debe aplicar criterios individualizados o normalizados de responsabilidad. Las reclamaciones de exoneración específica (no de incapacidad general) de responsabilidad o justificación son las principales cuestiones de los criterios individualizados y normalizados y surgen, por lo general, cuando el acusado cree irrazonablemente que se dan circunstancias que lo justifican o excusan. Un acusado que comete un delito bajo la creencia irrazonablemente de que su vida está siendo amenazada puede alegar coacción o legítima defensa. Pero estas cuestiones también surgen con delitos definidos en parte en términos de resultados, como el homicidio.

Volvamos al pirómano y supongamos que cualquier persona razonablemente inteligente **(p. 578)** se hubiera dado cuenta de que había una gran posibilidad de que hubiera gente durmiendo en esa casa.86 Pero esta acusada estaba tan aturdida o era tan poco inteligente que no era consciente del riesgo. Si se la castigara por homicidio imprudente, no obstante

—es decir, causar la muerte no intencionalmente sino con un desprecio consciente de los riesgos relevantes— sobre la base de que cualquier persona razonable habría sido consciente de esos riesgos, incluso si ella no lo fuera? El

caso de un estándar individualizado, que absolvería en este caso, es que por indefendible que sea su conducta, debe demostrar el estado mental culpable particular que la ley apunta. Si la justificación para castigar a alguien con ese estado mental depende de la maldad de los agentes con ese estado, entonces el castigo es moralmente injustificado; y si la justificación del castigo es disuadir a los agentes de actuar imprudentemente, entonces también falla su objetivo, ya que ella no estaba, según sus propias luces, actuando imprudentemente. De manera similar, en los contextos de excusa y justificación, hay un sólido argumento moral a favor de estándares individualizados: el acusado simplemente no tenía la voluntad apuntada por la norma penal. Tampoco es preocupante el fracaso de la disuasión en estos casos, ya que, en el caso de la excusa, no se espera que la norma disuada en tales circunstancias, y en el caso de la justificación, la norma no debería disuadir.87

Ahora bien, estas consideraciones sólo tienen un alcance limitado. Incluso si la mujer no se sintió especialmente disuadida por el castigo, otros podrían estarlo en general, y también podrían verse disuadidos de actuar de manera imprudente con la esperanza de ser absueltos por motivos individualizados erróneos. En segundo lugar, como mucho, estas consideraciones muestran que castigarla por homicidio imprudente no está justificado; el castigo por homicidio negligente todavía podría estar justificado; y no hay ninguna razón obvia para distinguir claramente entre los programas de castigo para cada uno. En tercer lugar, las limitaciones epistémicas del proceso penal pueden sugerir que un proceso más justo será aquel que aplique estándares normalizados en lugar de uno que probablemente fracase si intenta discernir creencias individuales. Estas son consideraciones en gran medida pragmáticas. Pero algunos, más recientemente Arthur Ripstein, han tratado de presentar un argumento positivo y de principios a favor de las normas normalizadas.88 Las normas penales son dispositivos para asignar autonomía, donde "autonomía" significa control sobre la persona y la propiedad; como dije antes, definen un contenido normativo mínimo para las relaciones sociales y morales. En un estado liberal, un sistema legítimo de normas penales asigna autonomía **(p. 579)** de manera igualitaria,

dando a cada ciudadano la misma medida de protección y control. La acusada en este caso no tuvo en cuenta los intereses de los demás, no por actuar mal ante la conciencia de los riesgos relevantes para las víctimas potenciales, sino por no considerar los riesgos en absoluto. Si es absuelta, las víctimas, en efecto, habrán sido privadas de la medida de autonomía a la que las normas estatales les dan derecho. No es necesario pensar en el castigo como una compensación a las víctimas para pensar que tienen derecho a un castigo estatal en este caso. Dada la dimensión necesariamente expresiva del castigo, se puede pensar que una absolución es una señal de que el Estado condona la forma en que el acusado no tuvo debidamente en cuenta los intereses de las víctimas. Como dice Ripstein, el Estado de otro modo condonaría la sustitución del acusado de la racionalidad pública por la racionalidad privada. Tampoco parece haber injusticia hacia el acusado. Suponiendo que tenía la capacidad de advertir los riesgos, la norma bajo la cual se le castiga es una restricción razonable a su comportamiento, y por lo tanto no ha recibido menos protección a su propia autonomía de la que le corresponde. 89 Después de todo, podría haber evitado el castigo por completo simplemente no incendiando la casa.

Responsabilidad

Por supuesto, este argumento, al igual que el argumento a favor del subjetivismo, podría utilizarse en cambio para apoyar el punto más limitado de que debe haber alguna respuesta estatal al defecto particular en la conducta de la acusada, a saber, que causó daño al no advertir irrazonablemente los riesgos relevantes. Lo que demuestra el argumento es que debería haber una norma penal que prohíba la negligencia. El castigo por negligencia todavía incorpora estándares normalizados de conducta en el derecho penal, pero estableciendo una norma penal separada. Sin embargo, negarse a integrar estándares normalizados en delitos particulares puede servir a los propósitos de claridad analítica, así como para centrar la atención en la cuestión normativa de qué respuesta es apropiada para el tipo particular de conducta incurrida por

la acusada. El mismo punto es válido para las reclamaciones de excusa o justificación fundadas en creencias irracionales: claramente hay un camino intermedio justificable (y a menudo adoptado) de tratar estos casos como "defensas imperfectas" y mitigar pero no eliminar el castigo.

Lo que la disputa entre estándares individualizados y normalizados revela en última instancia es, una vez más, cuán importante es considerar los criterios de responsabilidad del derecho penal como constitutivos de las relaciones normativas interpersonales. El debate no puede resolverse sin una explicación de la conducta que los ciudadanos se deben entre sí, el significado específico y la respuesta que exige el incumplimiento de ese estándar de conducta, y el papel del Estado en la creación, expresión y defensa de ese estándar. El impulso hacia estándares individualizados proviene de una visión del Estado como el principal responsable de denunciar o castigar los incumplimientos de ese estándar; el impulso hacia estándares normalizados proviene de una visión del Estado como el principal responsable de asegurar una distribución justa de la autonomía entre los ciudadanos. Hart sostuvo célebremente que la ley de la excusa debe entenderse no como una forma de ocultar una concepción moral particular de la agencia responsable, sino más bien como una forma de maximizar la libertad de los ciudadanos en el **contexto** de un sistema de disuasión, maximizando la capacidad de los ciudadanos para controlar la incidencia de la fuerza coercitiva.90

La visión de Hart es un buen recordatorio de la importancia de comprender la relación distintiva entre el Estado y los ciudadanos en un orden liberal, relacionándola con el valor político de la autonomía en lugar de los valores morales que implica la retribución. Pero es una visión demasiado estrecha, ya que también esperamos que el Estado exprese la fuerza moral de las normas de conducta que nos fijamos a nosotros mismos. No debemos complicar nuestra comprensión de las funciones del Estado y, por lo tanto, complicar nuestra comprensión de los criterios de responsabilidad penal, cuando nos damos cuenta de que estos criterios definen tanto nuestras relaciones entre nosotros como nuestras relaciones con el Estado.

4 Responsabilidad legal por accidentes

En la teoría jurídica contemporánea, el derecho penal se ocupa de la responsabilidad por los actos, y el derecho de responsabilidad civil, de la responsabilidad por los resultados.

Como hemos visto, este contraste teórico puede ser engañoso, ya que uno puede ser penalmente responsable de las consecuencias de su conducta (por ejemplo, asesinato), y uno puede ser responsable en agravio sobre la base de su conducta (por ejemplo, una lesión intencional). Lo que principalmente distingue el agravio del derecho penal es la naturaleza de la respuesta justificada: el derecho de agravio regula la creación por parte del Estado de una respuesta compensatoria del agente hacia la víctima, mientras que el derecho penal, al menos convencionalmente, sólo implica una respuesta del Estado hacia el agente.9

1 Derecho de responsabilidad civil y penal

Por lo tanto, deben entenderse como complementos, no necesariamente tratando diferentes objetos de responsabilidad, sino como implicando diferentes respuestas. Vale la pena tener en cuenta la naturaleza complementaria de la responsabilidad penal y extracontractual incluso en aquellos casos en los que solo podría existir una forma, como cuando alguien viola una norma penal sin causar daño alguno (por ejemplo, un intento fallido) o causa daño sin transgredir una norma penal. Esto último es el dominio del accidente, cuando las actividades ordinariamente permisibles salen mal y causan daño.

Si se define el derecho de responsabilidad civil extracontractual como las normas jurídicas que rigen las respuestas compensatorias de los causantes a las víctimas, resulta evidente que el derecho de responsabilidad civil extracontractual es sólo uno de los muchos sistemas posibles que tratan la responsabilidad por accidentes. En lugar de dictar o hacer cumplir las respuestas entre causantes y víctimas, el Estado podría, por ejemplo, simplemente asegurar la compensación a las víctimas **(p.**

581) a través de un fondo de seguro obligatorio, como en Nueva Zelanda.92 O el Estado podría hacer de la lesión una ocasión para el castigo, dejando a las víctimas sólo con la compensación moral de ver que se haga justicia. Pero el sistema en el que ha convergido la mayor parte del mundo tiene como característica central la vinculación de causantes y víctimas a través de la aplicación de una respuesta compensatoria privada. En consecuencia, la tarea que los teóricos jurídicos modernos se han fijado es una defensa de la práctica jurídica de la rendición de cuentas por los accidentes.

La variedad y profundidad de las teorías modernas sobre responsabilidad civil es grande, y los lectores interesados deberían recurrir al capítulo de Arthur Ripstein en este volumen para obtener una visión general. Lo que haré en cambio es indicar algunos de los patrones generales de teorización y mostrar cómo la elección entre ellos depende principalmente del ideal de relaciones interpersonales y políticas que presuponen. Una división importante atraviesa la teorización moderna, entre lo que puede llamarse *asignativo* y lo que puede llamarse asignativo.

Responsabilidad

Las teorías *atributivas* de la responsabilidad reflejan cada lado de la división una concepción diferente de la relación entre los individuos y entre ellos y el Estado.93 Las teorías asignativas de la responsabilidad tratan el daño accidental como un incidente de la vida comunitaria, que debe ser manejado colectivamente en primera instancia, y los individuos son responsables sólo si eso sirve al interés colectivo. Las teorías atributivas, por el contrario, tratan los daños como problemas para los individuos; la tarea de un sistema legal es reconocer y hacer cumplir las obligaciones reparadoras que los individuos tienen entre sí.

Las teorías consecuencialistas, de las cuales los modelos económicos son los más elaborados, tipifican el enfoque asignativo. Se postula un objetivo normativo, por ejemplo, la maximización de la utilidad o la riqueza, y luego se defienden diversos principios sobre la base de que cuando los costos de los accidentes se asignan de esa manera, la utilidad en realidad se maximizará, mediante el reajuste de

los incentivos, la difusión de los efectos, etc.94 Se convierte en una cuestión empírica si, por ejemplo, un principio de culpa logra mejor el objetivo normativo. Además, la búsqueda del objetivo consecuencialista puede dictar principios que se alejan mucho de la práctica ordinaria de responsabilidad civil, como simplemente asignar los costos del accidente entre los más ricos. Por lo tanto, será puramente contingente si los principios legales de responsabilidad civil reflejan algo parecido al paradigma moral de sentido común de reparación del causante del daño. Pero los enfoques no consecuencialistas también pueden tener una estructura asignativa, como la anterior "teoría de la anulación" de la responsabilidad civil de Jules Coleman. Según la teoría de la anulación, el propósito del derecho de responsabilidad civil es asegurar la rectificación de pérdidas y ganancias ilícitas **(pág. 582)** , cuando las "ganancias ilícitas"

se determina por referencia a las normas que rigen la transferencia legítima de bienes y libertades.9

5 Desde este punto de vista, la

La función del derecho de responsabilidad civil es mantener la asignación de bienes prevista en el esquema prevaleciente de justicia distributiva.

Las teorías igualitarias también sugieren otros enfoques asignativos, por ejemplo, siguiendo el principio de que los costos de los accidentes deben distribuirse de tal manera que se preserve una distribución inicial igual de los recursos y se exija una demostración de igual preocupación por parte de los individuos.96

Alternativamente, los costos de los accidentes podrían asignarse de manera de maximizar la autonomía individual, concibiéndose la autonomía en términos amplios en términos de la capacidad de los individuos para participar en una planificación eficaz.97 Todos estos principios de asignación podrían generar el mismo conjunto de principios operativos (responsabilidad del causante basada en la culpa, seguro social sin culpa, responsabilidad estricta), pero el surgimiento de esos principios estaría en cada caso basado en una responsabilidad colectiva por los costos de

los accidentes. Las asignaciones de responsabilidad a los individuos son derivadas.

Las teorías atributivas del derecho de responsabilidad civil, por el contrario, hacen que las atribuciones individuales de responsabilidad sean primarias. La teoría de la responsabilidad individual puede ser moral, en el sentido de ser anterior a las instituciones políticas, o puede ser política; pero la tarea de un sistema de responsabilidad legal es dar efecto a las reclamaciones y deberes subyacentes de la responsabilidad individual. Las llamadas teorías libertarias del derecho de responsabilidad civil ejemplifican el enfoque atributivo.98 En una visión libertaria en general, se considera que los agentes tienen derecho, como una cuestión de derecho natural prepolítico, a los beneficios de sus intervenciones causales. Los costos serían entonces tratados simétricamente, como también el derecho, aunque no deseado, de la agencia productiva. Es una consideración adicional sobre la visión libertaria que el daño disminuye los derechos legítimos de la víctima, privándola de (algo de) el valor de sus posesiones de una manera incompatible con las normas de transferencia legítima.99 Pero el concepto central es el de responsabilidad por los propios accidentes, donde la responsabilidad se entiende en términos de causalidad.

(p. 583) Ahora bien, las teorías que fundamentan la responsabilidad en la causalidad padecen un defecto paralizante, conocido ya por mi análisis de la responsabilidad moral: en un sentido metafísico, una amplia variedad de condiciones y acontecimientos cuentan igualmente como causas de un daño determinado; sólo criterios pragmáticos y normativos pueden distinguirlos. Como señaló Ronald Coase, la mayoría de las lesiones accidentales surgen de una interacción entre demandantes y demandados: uno camina mientras el otro conduce, uno utiliza un producto mientras el otro lo produce, y así sucesivamente. 100 De hecho, en el mundo moderno de agravios masivos y producción en masa, los criterios causales difícilmente excluyen a nadie de la responsabilidad. Tomemos el desastre de Bhopal de 1984, cuando una planta de pesticidas derramó gas venenoso, matando a miles de residentes cercanos. El desastre parece haber sido el producto de normas laxas de supervisión y

mantenimiento en la planta, empleados poco capacitados, falta de personal como resultado de bajos beneficios, la ausencia de una autoridad reguladora efectiva dentro de los ministerios indios pertinentes, un control inadecuado por parte de las sedes estadounidenses, mucho menos por parte de los accionistas de Union Carbide; Sumado a la decisión de los residentes de mudarse o permanecer cerca de una instalación industrial cuyo producto central era altamente tóxico.10

1 Es evidente que las distintas partes implicadas en la tragedia tienen niveles muy diferentes de responsabilidad por la tragedia. Por lo tanto, los criterios causales, en el mejor de los casos, determinan una gama de candidatos a la responsabilidad. Solo con referencia a otros criterios normativos se puede designar a una de las partes como "la causa", o a una como "causante" y a la otra como "víctima", términos que implican una dirección de causalidad y no una mera descripción del daño.

Otros han ofrecido teorías atributivas de la responsabilidad legal basadas en una noción más rica de responsabilidad moral

La responsabilidad compensatoria es más importante que la mera causalidad. Ernest Weinrib, por ejemplo, trata la responsabilidad civil extracontractual como un simple reflejo de las responsabilidades morales de los individuos para remediar los derechos que infringen. La responsabilidad compensatoria moral se basa, a su vez, en una comprensión básicamente kantiana de los requisitos de la razón práctica. Un agente racional que desea un acto debe aceptar forzosamente la responsabilidad por las consecuencias de ese acto; imponer los costos de su acto a otros voluntariamente es no respetar la demanda de que uno actúe solo de acuerdo con principios que todos puedan seguir. 102 La responsabilidad compensatoria es autoatribuida, en el sentido de que se desprende del ejercicio de la razón práctica. 103 La obra intermedia de Jules Coleman, *Risks and Wrongs* , vincula de manera similar las obligaciones reparadoras legales con las demandas morales de compensación, demandas basadas en

una concepción normativa de la agencia individual. 104 A diferencia de su obra anterior, puramente asignativa **(p. 584) ,**

La teoría de la 'anulación' del agravio, que se centraba en el reclamo general de las víctimas de que se remediaran sus pérdidas injustas, tiene como objetivo mostrar las obligaciones morales especiales que tienen los agentes 'de reparar las pérdidas injustas de las que son responsables', la teoría más reciente de Coleman, centrada en la agencia.10

5 Este principio de justicia correctiva, sugiere Coleman, es simplemente

moral es inmanente a nuestras prácticas sociales particulares y contingentes.106 Sin embargo, la extensión de este principio moral a la responsabilidad legal es indirecta. Un sistema legal *puede* implementar el principio de justicia correctiva directamente, a través del tipo de obligaciones reparadoras individualizadas y exigibles características del sistema de responsabilidad civil, o puede no implementar la justicia correctiva y, en cambio, implementar algún tipo de esquema puramente asignativo en el que las obligaciones reparadoras individuales no figuran directamente.107

Por último, existen teorías que combinan aspectos atributivos y asignativos. Stephen Perry, basándose en la noción de "responsabilidad por resultados" de Tony Honoré, ofrece una teoría de la responsabilidad civil extracontractual basada independientemente en la responsabilidad moral de los agentes por los resultados que producen y sobre los cuales tienen control.108 Esta afirmación de responsabilidad, que aún no se eleva a un deber compensatorio, surge de la fenomenología de la agencia, como he discutido anteriormente en referencia a la responsabilidad moral: nuestra autocomprensión como agentes persistentes e integrados depende, en parte, de que nos veamos a nosotros mismos como marcando el mundo.109 Como Perry se da cuenta, los contextos interactivos que persiguieron a las teorías libertarias también le plantean un desafío a él, ya que los daños que surgen de actividades que se cruzan normalmente

reflejarán la agencia y el control de todas las partes. (Aunque me hubieras atropellado con tu coche, podría haber elegido no salir a caminar, y así controlar igualmente el resultado.) Así, Perry complementa la noción de responsabilidad por resultado, que limita la candidatura prima facie para la responsabilidad, con un principio asignativo según el cual los costos del accidente deberían recaer sobre los culpables, o quienes de otro modo imponen riesgos inusuales a los demás. De manera similar, Coleman, junto con Arthur Ripstein, ha propuesto recientemente una concepción que fusiona consideraciones asignativas y atributivas.110 Según su punto de vista, la justicia correctiva sigue siendo una cuestión de instanciar el principio atributivo **(p. 585)** de que los individuos deben soportar los costos de su propia conducta. Este principio es inmanente a un conjunto contingente de prácticas sociales y no, como en el caso de Perry, se deriva de una teoría moral de la agencia. Pero la cuestión de qué costos son "propios" de los individuos no debería entenderse simplemente como una cuestión de convención social. La cuestión de la propiedad de los costos debe responderse, más bien, con referencia a una teoría política relativa a la asignación adecuada del riesgo y la responsabilidad.11

1 En resumen, Coleman y Ripstein hacen una crítica política,

El principio atributivo es el que prima y luego atribuye deberes reparativos específicos sobre la base de los criterios de responsabilidad que especifica, mientras que Perry hace que un principio moral, atributivo, sea el que prima y luego aplica uno político, alocativo.112

El debate entre los teóricos de la responsabilidad civil refleja en parte diferentes preocupaciones descriptivas: algunos teóricos, como Epstein y Calabresi, pretendían que sus contribuciones fueran en gran medida revisionistas, mientras que otros, como Perry, Coleman y Posner, han afirmado que están proporcionando explicaciones sensibles al contenido real de la doctrina, aunque explicaciones que apuntan a justificar esa doctrina. Pero, como sucede con los debates sobre la responsabilidad penal, lo que realmente está en juego son los ideales distintivos de las relaciones sociales que manifiestan las opiniones. Una mayor atención

a este punto por parte de los teóricos podría obviar la presión para encontrar un argumento básico a priori para un principio moral o político que justifique las obligaciones reparadoras.113 Sostuve en la Sección 2

que alguna noción de responsabilidad está claramente arraigada en la experiencia de la propia agencia, así como exigida por los hechos de la vida comunitaria y conflictiva. Pero las respuestas específicas a esa noción, en otras palabras, el *contenido* de la responsabilidad, serán inevitablemente un producto de arreglos institucionales específicos y de la vida social. Por supuesto, es una tarea de los historiadores documentar el surgimiento y la transformación de los principios que estructuran el derecho de responsabilidad civil, como se ha hecho, por ejemplo, con el principio de culpa en el derecho angloamericano, mostrando su posterior limitación en los contextos laborales y de productos como respuesta a presiones económicas, sociales e intelectuales. 114 El punto filosófico no es rechazar la teoría de la responsabilidad civil en favor de la historia **(p. 586) ,** sino más bien reconocer el lugar central que deben desempeñar las normas sociales contingentes incluso en una explicación filosófica.

Regresemos al debate central entre las teorías puramente atributivas y económicas y las teorías puramente atributivas y de justicia correctiva. Incluso suponiendo que una teoría puramente atributiva pueda abordar el problema de la interacción, la elección entre teorías depende principalmente de una concepción normativa de los acuerdos sociales que se han de regular en virtud de la página 19 de 28

Responsabilidad

El régimen apropiado. En ámbitos de actividad altamente regularizados, como la conducción de automóviles, el empleo industrial y tal vez la producción y el consumo en masa, el modelo sistémico y gerencial de relaciones sociales que presupone un enfoque económico parece apropiado y atractivo.11

5 Estos son, en otras palabras, los

En este ámbito específico, el antiindividualismo y las compensaciones interindividuales que caracterizan al enfoque económico pueden quedar relegados, sin que ello suponga una amenaza para los ideales políticos más generales del individualismo. Por el contrario, una extensión sin trabas de un enfoque asignativo al conjunto de la actividad puede, de hecho, amenazar esos ideales sociales y morales. Pero mucho depende del grado en que se entienda que las formas jurídicas de responsabilidad reflejan formas morales; y esto también seguramente variará con el ámbito de actividad pertinente y con la comprensión social particular de la relación entre la ley y la moral social. En ausencia de una concepción de tales relaciones, la idea de que un agente tiene el deber de pagar una compensación es vacía. En algunas condiciones sociales, los ideales de responsabilidad personal y autonomía individual pueden de hecho verse amenazados por la doctrina de responsabilidad civil extracontractual.116 En otras condiciones, la subsunción bajo principios asignativos incluso de una gama bastante amplia de actividades puede simplemente reflejar un ethos colectivista subyacente.

Una vez más, mi punto no es que la reflexión filosófica sobre la responsabilidad jurídica esté sujeta a una práctica cultural particular.

Una forma especialmente valiosa de actividad filosófica es señalar ideales sociales y políticos alternativos, más deseables, ya sea que estén realmente ejemplificados en la práctica legal o sean de otro modo internos a la cultura. No pretendo, sobre todo, respaldar un relativismo generalizado hacia la práctica social y legal; por supuesto, están abiertas a cualquier forma de tratamiento racional y crítico que proporcione la metaética de uno. Otra tarea es participar en la tarea tradicional de la filosofía de clarificación conceptual, intentando hacer perspicuos los principios e ideales que animan una cultura legal dada, así como mostrar lo que esos ideales implican lógicamente. Lo que quiero señalar es simplemente que una comprensión relacional **(p. 587)** del derecho de responsabilidad civil extracontractual pone de manifiesto la dependencia relevante de los ideales sociales y morales, y centra

adecuadamente la atención en el quid normativo de los debates teóricos.117

5 Conclusión

Comencé con un catálogo de los muchos usos de la responsabilidad, pero este capítulo ha buscado en general una unidad dentro del tema. He enfatizado la manera en que las demandas de responsabilidad sólo pueden ser entendidas como prácticas sociales específicas, que responden a un conjunto de antecedentes de relaciones e ideales sociales, morales y políticos. Este camino básicamente strawsoniano a través de la espesura de la responsabilidad me parece correcto independientemente, como una manera de iluminar características importantes de las demandas y respuestas de responsabilidad. Pero también arroja una luz útil sobre un conjunto de debates dentro de la teoría legal, entre retribucionistas y utilitaristas en derecho penal, por ejemplo, y entre atribucionistas y atributivistas en responsabilidad civil. Estos debates parecen actualmente estancados filosóficamente, aunque cambian de una década a la siguiente. Pero el giro general en la teoría moral y legal sobre la responsabilidad, hacia una concepción relacional, da motivos para esperar que estos debates puedan comenzar a avanzar, a medida que sus partidarios confronten e intenten justificar los ideales que sus explicaciones presuponen. Y reconstruir la responsabilidad tiene importancia más allá de lo que muestra sobre el debate filosófico. Porque es al comprender la responsabilidad que nos vemos como actores, creadores, empatizadores y sufrientes. Es al comprender la responsabilidad, en suma, que nos conocemos como personas.

Notas:

Agradezco a Michael Green y a Meir Dan-Cohen sus comentarios y críticas, así como a los estudiantes y colegas del Programa de Jurisprudencia y Política Social, a quienes les he presentado muchas de estas ideas en diferentes formas. También agradezco a Cambridge University Press por permitirme reutilizar pasajes que también aparecen en

mi libro *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age* (Nueva York: Cambridge University Press, 2000).

(1) HLA Hart, 'Postscriptum: Responsabilidad y retribución', en *Castigo y responsabilidad* (Nueva York: Oxford University Press, 1968), 210–37, 211.

(2) Ignoro la cuestión de si las omisiones pueden ser, estrictamente hablando, causas.

(3) RA Duff, 'Responsabilidad', en EJ Craig (ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy* (Nueva York: Routledge, 1998), R: 290–4.

(4) TM Scanlon, *Lo que nos debemos unos a otros* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998), 248.

(5) Stephen Perry, 'Responsabilidad por los resultados, el riesgo y la ley de agravios', en Gerald Postema, ed., *Filosofía y el Derecho de agravios* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), 72–130.

(6) Ronald Dworkin, 'Casos difíciles', en *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1975), 88. Véase también Thomas Nagel, 'Ruthlessness in Public Life', en *Mortal Questions* (Cambridge: Cambridge University Press, 1979), 75-90.

(7) Véase, en este volumen, el capítulo 21. Véanse también los ensayos recopilados en Peter Benson (ed.), *The Theory of Contract Law: Nuevos ensayos* (Nueva York: Cambridge University Press, 2001).

(8) Obviamente, esta discusión está muy simplificada y abreviada. Véase John Martin Fischer, 'Introducción' a *la moral Responsabilidad* , ed. John Martin Fischer (Ithaca: Cornel University Press, 1986); Fischer y Mark Ravizza, *Responsabilidad y control* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998); Fischer, 'Trabajo reciente sobre

responsabilidad moral', *Etica* , 110 (1999), 93-139; Bernard Williams, '¿Cuán libre debe ser la voluntad?', en *Making Sentido de la humanidad* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 3–21; Gary Watson, 'Free Action and Free Will', *Mind* , 96 (1987), 145–72. Fischer y Watson incluyen extensas bibliografías.

(9) Para trabajos especialmente valiosos, véase Peter van Inwagen, *An Essay on Free Will* (Nueva York: Oxford University Press; el trabajo de Fischer mencionado en la n. 8; Hilary Bok, *Freedom and Responsibility* (Princeton: Princeton University Press, 1999) *;* y Susan Wolf, *Freedom within Reason* (Nueva York: Oxford University Press, 1990).

(10) Véase R. Jay Wallace, *Responsibility and the Moral Sentiments* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1994), para una exploración profunda del argumento de Strawson.

(11) Peter Strawson, 'Libertad y resentimiento', reimpreso en *Free Will* , ed. Gary Watson (Nueva York: Oxford University Press, 1982), 59–80, 62.

(12) Strawson, 'Resentimiento', 66.

(13) Wal-Mart, *Sentimientos morales* , 76.

(14) Véase P. S. Greenspan, *Practical Guilt: Moral Dilemmas, Emotions and Social Norms* (Nueva York: Oxford University Press, 1995); Michael S. Moore, *Placing Blame* (Nueva York: Oxford University Press, 1997) (especialmente 'The Moral Worth of Retribution'); Herbert Morris, *On Guilt and Innocence* (Los Ángeles: University of California Press, 1976); Jeffrie G. Murphy y Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988); Samuel Scheffler, *Human Morality* (Nueva York: Oxford University Press, 1993); Gabriele Taylor, *Pride, Vergüenza y culpa* (Nueva York: Oxford University Press, 1985); Bernard Williams, *Vergüenza y necesidad* (Berkeley: University of California Press, 1993); y Richard Wolheim, *La oveja y la ceremonia* (Cambridge: Cambridge University Press, 1979).

(15) Strawson, 'Resentimiento', 71.

(16) Strawson, 'Resentimiento', 71.

(17) ibíd., pág. 72.

(18) David Hume hace tal afirmación en su *Investigación sobre la* naturaleza humana, aunque fundamenta la disposición en una noción de interés propio generosamente ampliada por nuestras capacidades de identificación simpática. David Hume, *Investigación sobre la naturaleza humana, Principios de moral* , ed. J. B. Schneewind (Indianápolis: Hackett Publishing, 1983; 1.ª publicación: 1777), § 5, pt. I.

(19) Véase el análisis que hace Bernard Williams del ejemplo de Edipo en Bernard Williams, *Shame and Necessity* (Berkeley: University of California Press, 1993), 56-60.

(20) Bernard Williams, 'Suerte moral', en *Suerte moral* (Cambridge: Cambridge University Press, 1981), 20–39.

(21) Como señala Williams, uno de los papeles que desempeñan otros agentes morales puede ser el de insistir en la rectitud de la conducta para borrar la importancia de la conexión de un agente con el daño. Williams, 'Moral Luck', 28.

Responsabilidad

(22) Taylor, *Orgullo* , 91.

(23) Por supuesto, el propio conductor ahora también tiene una relación normativa especial con mi amiga, la dueña del gato, a quien le debe al menos la cortesía de informarle que el gato está muerto.

(24) Esto no quiere decir que sería moralmente incorrecto no sentirme culpable, sino que simplemente no entiendo

completamente las normas morales pertinentes. Y la autodestrucción está claramente fuera de lugar.

(25) HLA Hart y Tony Honoré, *Causation in the Law* , 2.ª ed. (Nueva York: Oxford University Press, 1985), pág.

lxxx. Véase también el análisis de Honoré sobre la "responsabilidad por los resultados" y su relación con la identidad en Tony Honoré, "The Morality of Tort Law—Questions and Answers", en *Philosophical Foundations of Tort Law* , ed. David G. Owen (Nueva York: Oxford University Press, 1995), 73–95, 81–3.

(26) Esto es coherente con una cierta interpretación de la afirmación de Donald Davidson de que «nunca hacemos más que mover nuestros cuerpos; el resto depende de la naturaleza». Donald Davidson, «Agency», en *Essays on Actions and Events* (Nueva York: Oxford University Press, 1981), 43-62, 59. El «efecto acordeón» que autoriza atribuciones posteriores de eventos a mi agencia se basa en relaciones causales externas a mí, pero las relaciones particulares señaladas son, como reconocería Davidson, profundamente dependientes de nuestras preocupaciones normativas. Véase también Joel Feinberg, «Action and Responsibility», en *Doing and Deserving* (Princeton: Princeton University Press, 1970), 119-51.

(27) *Causation in the Law de Hart y Honoré* sigue siendo la obra líder sobre la noción moralmente relevante de causalidad.

Pero véase también Joel Feinberg, *Harm to Others* (Nueva York: Oxford University Press, 1984); y Richard Wright,

'Causation in Tort Law', *California Law Review* , 73 (1985), 1775–98. Para otras explicaciones importantes de una concepción genérica de la causalidad, véase también JL Mackie, *The Cement of the Universe* (Nueva York: Oxford University Press, 1974); y David Lewis, 'Causation & Postscript', en *Philosophical Papers* (Nueva York: Oxford University Press, 1984), 159–213. Michael Moore comenzó un proyecto para demostrar que el lenguaje ordinario de los grados de causalidad y la causalidad interviniente

refleja la metafísica real de la causalidad. Véase Moore, 'Causation and Responsibility', *Social Philosophy & Policy* , 16 (1999), 1–51; y cf. 'The Metaphysics of Causal Intervention', *California Law Review* , 88 (2000), 827–77, 876–7.

(28) Lewis, 'Causalidad'.

(29) Que lo vea de esta manera dice mucho sobre mi visión de lo que constituyen relaciones apropiadas entre competidores.

(30) Williams plantea un punto similar en 'Moral Luck', pp. 28-29. No pretendo afirmar que los agentes normalmente se sientan así, excepto en las circunstancias más trágicas.

(31) Esta acusación de circularidad es la crítica estándar al uso que hacen los abogados especializados en responsabilidad civil de la noción de "causa próxima": decir que la conducta de una parte fue la causa próxima del daño es prácticamente excluir la cuestión de la responsabilidad.

Gran parte de la *obra Causalidad en el Derecho* puede considerarse un intento de dar contenido independiente a la noción de causa próxima. La sección 4 aborda la cuestión de la causalidad en el derecho de responsabilidad civil.

(32) El "principio de control" está respaldado, en diversas formas, por Douglas Husak, *Philosophy of Criminal Law* (Totowa, NJ: Rowman & Littlefield, 1987), 98; y por Stephen Perry, 'Responsibility for Outcomes', 82.

(33) Trato este tema extensamente en Christopher Kutz, *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

(34) Surgen preguntas más difíciles en relación con quienes controlan su participación inicial, pero no su alcance final.

—aquellos que se dejan engañar, por así decirlo. Presumiblemente son responsables en función del riesgo que corren al participar en una empresa potencialmente perjudicial.

(35) Derek Parfit, *Reasons and Persons* (Nueva York: Oxford University Press, 1984), 80. Si el ejemplo es demasiado surrealista, considérese la enorme flota de bombardeo que incendió Dresde en la Primera Guerra Mundial. Ningún avión en particular marcó una diferencia, pero cada uno contribuyó a un horror colectivo. Analizo extensamente el caso de Dresde en *Complicity* , cap. 4.

(36) Véase Alvin I. Goldman, 'Por qué los ciudadanos deberían votar: un enfoque de responsabilidad causal', *Filosofía social y Política* , 16 (1999), 201–17.

(37) El derecho de responsabilidad civil y el derecho contractual tienen funciones similares, y también estabilizan la cooperación. El análisis económico del derecho penal de Richard Posner, según el cual el propósito de las normas penales es evitar la elusión intencional de las transacciones de mercado, puede expresarse de manera menos burda en términos de hacer posibles las relaciones consensuales y cooperativas.

(38) Véase, célebremente, *United States v. Dotterweich* , 320 US 277 (1943) (presidente de una compañía farmacéutica condenado por envío interestatal de medicamentos mal etiquetados y adulterados, a pesar de la falta de conocimiento o intención).

(39) Véase Moore, 'Moral Worth of Retribution'; Morris, 'Persons and Punishment', en *On Guilt and Innocence* (Berkeley: University of California Press, 1976); Joel Feinberg, 'The Expressive Theory of Punishment', en *Doing and Merecedor* (Princeton: Princeton University Press, 1970).

(40) Véase, por ejemplo, Barbara Wootton, *Social Science and Social Pathology* (Londres: Al en & Unwin, 1959); Jean Hampton, 'The Moral Education Theory of Punishment', *Philosophy and Public Affairs* , 13 (1984), 208-38; Geoffrey Sayre-McCord, 'Criminal Justice and Legal Reparations as

an Alternative to Punishment', de próxima aparición en *Philosophical Topics* , ed. Ernest Sosa y Enrique Vilanueva (Nueva York: Blackwell s); Steven Garvey, 'Punishment as Atonement', *University of California Law Review* , 46 (1999), 1801-58.

(41) Véase HLA Hart, 'Legal Responsibility and the Excuses', en *Punishment and Responsibility* , 28–53, JL

Mackie, 'The Grounds of Responsibility', en *Law, Morality, and Society* , ed. PMS Hacker y Joseph Raz (Oxford: Oxford University Press, 1977); TM Scanlon, 'The Significance of Choice', reimpreso en *Equal Freedom* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1995), 39-104. Véase también Alan Brudner, 'Agency and Welfare in the Penal Law', en Stephen Shute, John Gardner y Jeremy Horder (eds.), *Action and Value in Criminal Law* (Nueva York: Oxford University Press, 1993), 21-53.

(42) Mackie, 'Fundamentos de responsabilidad', 187–8.

(43) Hart, 'Responsabilidad legal y excusas'; Scanlon, 'Importancia de la elección'.

(44) Con la importante y en gran medida deplorable excepción del derecho conspirativo angloamericano, según el cual la responsabilidad puede incurrir en una etapa muy temprana de la planificación.

(45) Cabe señalar que la imposición de penas penales es en gran medida caracterológica, especialmente en los procedimientos de pena de muerte. La pena se agrava o se atenúa en proporción al valor moral del condenado.

(46) Immanuel Kant, 'La doctrina del derecho', en *Metafísica de las costumbres* , ed. y trad. Mary Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 331–3.

(47) Friedrich Nietzsche, *La genealogía de la moral* , ed. y trad. Walter Kaufmann (Nueva York: Vintage, 1967; 1.ª pub. 1887), libro I, § 6 (mi traducción). La alternativa preferida por el propio Nietzsche al castigo, al menos en el ámbito moral, era una especie de olvido confiado

ejemplificado por Mirabeau. *Genealogía* , libro I, ¶ 10, p. 39.

(48) La declaración más famosa que rechaza el ideal rehabilitador se encuentra en CS Lewis, 'The Humanitarian Theory of Punishment', *Res Judicatae* , 6 (1953), 224-30; véanse también los ensayos recopilados en Sanford Kadish, *Blame and Castigo* (Nueva York: MacMillan, 1987). Las objeciones de Isaiah Berlin a una política basada en una noción de "libertad positiva" también reflejan preocupaciones sobre el Estado manipulador. Véase su obra "Two Concepts of Liberty" (Dos conceptos de libertad), en *Four Essays on Libertad* (Nueva York: Oxford University Press, 1970), 118–72.

(49) Hart, 'Posdata', 234.

(50) Véase Moore, *Placing Blame* ; y Andrew von Hirsch, *Doing Justice* (Nueva York: Hil y Wang, 1976).

(51) El cambio público se ve fácilmente en la política de California, que suele ser un presagio de tendencias nacionales, una política que dio como resultado iniciativas electorales tan exitosas como, en 1994, una ley de "tres strikes" que encarcela a una amplia gama de reincidentes de por vida (codificada como el Código Penal de California § 1170.12); y, en febrero de 2000, la Proposición 21, una medida electoral que amplió en gran medida el alcance de la autoridad procesal sobre los jóvenes. Fue aprobada por una abrumadora mayoría. Para una discusión general de los cambios en la práctica criminológica, véase David Garland, *Punishment and Modern Society: A Study in Teoría social* (Chicago: University of Chicago Press, 1993).

(52) Las dudas, posiblemente equivocadas, sobre la eficacia de las medidas de rehabilitación probablemente contribuyeron más a la

Responsabilidad

su pérdida de apoyo público.

(53) Esta es, en líneas generales, la opinión de Henry Sidgwick, véase Sidgwick, *Methods of Ethics* (Indianápolis: Hackett Publishing, 1981; 1.ª edición, 1874). Es esta visión del utilitarismo la que critica John Rawls en *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, ed. rev., 1999), § 5.

(54) Aunque existen modelos cooperativos del utilitarismo, véase Donald Regan, *Utilitarianism and Cooperation* (Nueva York: Oxford University Press, 1980).

(55) Esta crítica la hace Jeffrie Murphy en 'Retributivismo, educación moral y el Estado liberal', *Criminal Ética de la justicia* , 4 (1985), 3–11.

(56) Para la respuesta, véase Moore, 'Moral Worth of Retribution', 150-1; para la controversia, véase Scanlon, 'Significance of Choice'; y Samuel Scheffler, 'Liberalism, Desert, and Reactive Attitudes', *Philosophy and Public Affairs* , 21

(1992), 299–323.

(57) Incluso cuando el Estado es aparentemente la víctima, como en el caso del fraude fiscal o la traición, debemos tener presente que no tiene intereses fiscales o de seguridad propios, sino sólo los de sus ciudadanos. Esta condición derivada hace que su posición, al menos normativamente, sea completamente distinta de las posiciones de victimización no mediada.

(58) Para declaraciones representativas de este punto de vista, véase Sanford Kadish, 'Luck of the Draw', en *Blame and Punishment* ; J. Feinberg, 'Equal Punishment for Failed Attempts', *Arizona Law Review* , 37 (1995), 117–34; Stephen Schulhofer,

'Daño y castigo: una crítica del énfasis en los resultados de la conducta en el derecho penal', *Universidad de Revista de Derecho de Pensilvania* , 122 (1974), 1497.

(59) Véase Moore, 'El significado moral independiente de la mala conducta', en *Placing Blame* , 191-248; Leo Katz, 'Por

qué el asesino exitoso es más malvado que el fracasado', *California Law Review* , 88 (2000), 791-812.

(60) Para una discusión filosófica más profunda de la suerte moral, véase Thomas Nagel, 'Moral Luck', en *Mortal Questions* (Nueva York: Cambridge University Press, 1979), 24-38; y Williams, 'Moral Luck'.

(61) Véase Sidgwick, *Métodos de ética* , 280-1.

(62) El Código Penal Modelo del Instituto Legal Americano es el legado duradero de Wechsler; para Williams, véase su *Código Penal. Derecho: Parte General* (Londres: Stevens and Sons, 2ª ed. 1961).

Cuando todavía prevalece la responsabilidad estricta, en el ámbito regulatorio mencionado anteriormente o en doctrinas específicas de, por ejemplo, la responsabilidad indirecta de los taberneros, las sanciones son generalmente comparativamente leves y la responsabilidad a menudo puede vincularse, mediante el ejercicio de la discreción procesal, a alguna falla en la responsabilidad del rol.

(63) Véase *Sandoval v People* , 117 Colo. 558, 192 P. 2d 423 (1948) ('no importa cuán corto sea el intervalo entre la determinación de matar y la inflicción de la herida mortal, si el tiempo fue suficiente para que un pensamiento siguiera a otro').

(64) Véase, por ejemplo, *Brinegar v United States* , 338 US 160 (1949) ('[M]ucha evidencia de valor probatorio real y sustancial se basa en consideraciones irrelevantes para su peso probatorio pero relevantes para un posible malentendido o mal uso por parte del jurado'). Obsérvese que la evidencia de los antecedentes penales de un acusado a menudo se presenta después de la condena, en la etapa de sentencia, como un factor agravante.

(65) Véase Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* , trad. Mary Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1998; 1.ª edición, 1785), cap. 2, 407: «Nos complace halagarnos con la falsa pretensión de un motivo más noble, pero en realidad nunca

podemos, ni siquiera mediante el más minucioso autoexamen, llegar al fondo de nuestros impulsos secretos; pues cuando se trata del valor moral, no nos interesan las acciones que vemos, sino sus principios internos, que no podemos ver». Dicho esto, el mecanismo de Kant para evaluar las máximas potenciales parece presuponer una gran cantidad de autoconocimiento.

(66) Véase, por ejemplo, Barbara Herman, 'Moral Deliberation and the Derivation of Duties', en *The Practice of Moral Judgment* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993), 132-58; Richard Brandt, *A Theory of the Good and the Right* (Nueva York: Oxford University Press, 1979); y John Harsanyi, 'Rule Utilitarianism and Decision Theory', página 24 de 28.

Responsabilidad

Erkenntnis , 11 (1977), 25–53.

(67) Por supuesto, se puede asumir una nueva identidad como resultado de un encarcelamiento, justo o injusto. Lo que quiero decir es que no se puede regresar ingenuamente a la posición normal de un ciudadano igual. Uno se convierte en un rebelde antisocial o en un ciudadano sentimental.

(68) Douglas Husak es un ejemplo de un teórico legal que puede distinguir demasiado claramente entre los dos. Sostiene que las cuestiones de la dificultad de probar *el mens rea* no afectan a la justicia de un requisito de *mens rea . Husak, Philosophy of Criminal Law* , 59-60. Aunque estoy de acuerdo con Husak en que los requisitos de intencionalidad no deberían ser fácilmente comprometidos con el fin de aliviar la carga de la prueba, no creo que la posición se generalice a la autonomía de las reglas de responsabilidad con respecto a las cuestiones epistémicas.

(69) Para un examen más exhaustivo de la capacidad de autogobierno pertinente, véase Fischer y Ravizza, *Responsibility and Control* ; y Moore, 'The Legal View of Persons', en *Law and Psychiatry* (Cambridge: Cambridge University Press, 1984), 44-112.

(70) Puesto que exige que las acciones de uno surjan de un proceso de acción razonada, parece incompatible con cualquier noción de indeterminación física que haría que la acción o la decisión fueran esencialmente aleatorias.

(71) Para un análisis, véase Fischer y Ravizza, *Responsibility and Control* , 44–51; Stephen J. Morse, 'Diminished Capacity', en Shute, *Action and Value* , 239–78; Scanlon, 'Significance of Choice', 61–4.

(72) Esto sirve nuevamente para enfatizar la posición especial de respuesta del Estado y para negar, contra Moore, que éste deba asumir el papel desempeñado por Dios en un mundo sin Dios.

(73) Ha surgido otra pequeña literatura filosófica sobre la culpabilidad "real" de los actores corporativos, en la que esta cuestión suele abordarse a través de la pregunta metafísica de si las corporaciones son personas morales. Véase, por ejemplo, Peter French, *Collective and Corporate Responsibility* (Nueva York: Columbia University Press, 1984); y Larry May, *The Morality of Groups* (Notre Dame, Indiana: Notre Dame University Press, 1987).

En mi opinión, el debate metafísico pasa por alto en gran medida la cuestión verdaderamente central. Dado que todos los grupos son grupos de personas, ¿cuáles son las responsabilidades de los individuos por lo que hacen sus grupos? Examinar la complicidad me parece la mejor manera de abordar el problema que preguntar en qué sentido se puede culpar correctamente a General Motors. Por supuesto, hay preguntas importantes sobre la *eficacia* de las diferentes medidas dirigidas a los grupos corporativos.

Para un excelente análisis del tema, véase Brent Fisse y John Braithwaite, *Corporations, Crime, and Accountability* (Cambridge: Cambride University Press, 1993).

(74) *Regina contra M'Naghten* , 8 ing. Representante 718 (1843).

(75) Código Penal Modelo § 4.01.

(76) *Durham v Estados Unidos* , 214 F.2d 845, 862 (DC Cir. 1954).

(77) Véase Moore, 'The Legal Concept of Insanity', 245, para esta observación seguramente correcta.

(78) Véase John Deigh, 'Empathy and Universalizability', *Ethics* , 105 (1995), 743–63; véase también Fischer y Ravizza, *Responsibility and Control* , 76–81.

(79) Los instrumentistas tendrían problemas si los acusados pudieran demostrar fácilmente su locura y simular una recuperación rápida, evitando así tanto el castigo como una incapacitación prolongada; el sistema de disuasión se vería claramente socavado. Para bien o para mal, esto no parece ser un problema real, ya que el confinamiento de los criminales dementes es notoriamente prolongado.

(80) Véase, por ejemplo, Hart, 'Legal Responsibility'.

(81) Tanto la imprudencia como la negligencia plantean cuestiones de estándares individualizados versus normalizados, cuestiones que abordaré en breve.

(82) Esta descripción, de hecho, sólo funciona para el paradigma del actor individual. En los casos de complicidad, el cómplice tiene un *mens rea culpable* , es decir, una intención de promover el objetivo criminal del principal, pero sus acciones fracasan.

no se limita al componente de *actus reus* del delito. Para un excelente análisis, véase Sanford H. Kadish, 'Complicidad, causa y culpa: un estudio sobre doctrina', *California Law Review* , 73 (1985), 323-410. Al igual que con los torturadores inofensivos mencionados anteriormente, la justificación de la responsabilidad penal debe basarse casi por completo en la intención de participación del cómplice, no en su contribución causal. Véase mi *artículo sobre complicidad* , 220-36.

(83) Véase, por ejemplo, Michael Moore, *Act and Crime* (Nueva York: Oxford University Press, 1993); y Antony Duff, *Intention, Agencia y responsabilidad penal* (Nueva York: Oxford University Press, 1990).

(84) Alvin I. Goldman, 'Acción y crimen: un enfoque detallado', *University of Pennsylvania Law Review* , 142

(1994), 1563–86; Donald Davidson, 'Agencia', en *Ensayos sobre acciones y eventos* (Nueva York: Oxford University Press, 1980), 43–61.

(85) Para una discusión de este punto, véase Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* (Nueva York: Cambridge University Press, 1999), 14; y Jennifer Hornsby, 'On What's Intentional and Done', en Shute, *Action and Value* , 55-

74.

(86) Estos hechos se han tomado libremente de *R. v Hyam* [1973] QB 99 (C. A) (el acusado prendió fuego a una casa con la esperanza de asustar a su rival romántico, matando a las dos hijas de este). Cuestiones similares se plantean en el caso de delitos que incluyen creencias específicas en la definición, en particular la violación, que en algunas formulaciones convierte la creencia del acusado de que la víctima no da su consentimiento en un elemento del delito. En el famoso caso *Morgan , en Inglaterra* , se sostuvo que la creencia irrazonable pero sincera del acusado de que una mujer había dado su consentimiento para mantener relaciones sexuales podía ser una defensa completa contra el cargo de violación; ahora, a menudo se sostiene que la creencia del acusado sobre el consentimiento debe ser razonable. *R. v Morgan*

[1976] AC 182. (Los acusados en cuestión fueron supuestamente persuadidos por Morgan de que su esposa disfrutaba de las relaciones sexuales bajo coacción.)

(87) La relación entre la disuasión y las excusas plantea la importante distinción entre las reglas de conducta, dirigidas a los ciudadanos, y las reglas de decisión,

dirigidas a los jueces. Se podría decir que las reglas de excusa son solo reglas de decisión y no deberían desempeñar un papel en las deliberaciones de los ciudadanos. Véase Meir Dan-Cohen, 'Conduct Rules and Decision Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law', *Harvard Law Review* , 97 (1984), 625-77.

(88) Véase Ripstein, *Equality* , 163–70. El argumento de Ripstein es mucho más sutil y complejo de lo que muestro aquí.

(89) Compárese con Scanlon, 'Significado de la elección', 89-96.

(90) Hart, 'Responsabilidad legal'.

(91) Como mencioné anteriormente, la práctica del derecho penal podría llegar a incluir elementos reparadores o restitutorios, a través de los cuales el Estado supervisa una respuesta del agente a la víctima. El modelo puramente restitutorio, como el sugerido por Randy Barnett en *The Architecture of Freedom* (Nueva York: Oxford University Press, 1998), simplemente reemplaza el derecho penal por el derecho de responsabilidad civil; ignora las razones para reparar otras relaciones rotas por actos criminales, incluidas las relaciones con el Estado.

(92) Para una reciente reevaluación de la alternativa de Nueva Zelanda a un sistema de responsabilidad civil, véase Bryce Wilkinson, 'New Zealand's Failed Experiment with State Monopoly Accident Insurance', *Green Bag* , 2d 2 (1998), 45–55.

(93) Tomo prestados estos términos, junto con muchos otros en mi análisis, de Jules Coleman; véase su obra 'Second Thoughts and Other First Impressions', en Brian Bix (ed.), *Analyzing Law* (Nueva York: Oxford University Press, 1998), 257-322, 301-6. Pero tomar tantos términos de Coleman es simplemente para mantener la coherencia con gran parte del resto de la teoría de responsabilidad civil extracontractual de las últimas dos décadas.

(94) Véase, por ejemplo, Guido Calabresi, *The Costs of Accidents* (New Haven: Yale University Press, 1970);

William N. Landes y Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987); y Steven Shavel, *Economic Analysis of Accident Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987).

(95) Véase Coleman, 'Derecho de responsabilidad civil y las exigencias de la justicia correctiva', *Indiana Law Journal* , 67 (1992), 349-379.

(96) Ronald Dworkin sugiere un enfoque de este tipo en *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), 276-312. En su artículo 'What is Equality? Part 2: Equality of Resources', *Philosophy and Public Affairs* , 10

(1981), 283–345, Dworkin sienta las bases para un enfoque alternativo, según el cual los costos de los accidentes deberían

Los costos se asignan a los individuos cuando esos costos reflejan, en un sentido específico, las elecciones de esos individuos; y, en caso contrario, se deben asignar de modo que se preserve una distribución igualitaria de los recursos. Este enfoque se desarrolla más en Eric Rakowski, *Equal Justice* (Nueva York: Oxford University Press, 1991), 227-43.

(97) Este enfoque lo sugiere la teoría de la responsabilidad penal de Hart, analizada anteriormente.

(98) La primera visión de Richard Epstein, en 'A Theory of Strict Liability', *Journal of Legal Studies* , 2 (1973), 151-204, todavía se toma como un ejemplo de las teorías libertarias de responsabilidad civil. Si bien Epstein todavía se considera un libertario, su trabajo más reciente, en *Simple Rules for a Complex World* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995), busca una base utilitaria para el derecho de responsabilidad civil. Independientemente de si Epstein puede reconciliar el libertarismo con el utilitarismo, su visión más reciente es

claramente alóctiva, lo que puede reducir las teorías libertarias genuinamente sostenidas de la responsabilidad civil a un conjunto nulo.

(99) Como corolario, si ningún agente es responsable de la pérdida de la víctima, buscar una compensación en un fondo de seguro obligatorio sería una expropiación ilegítima.

(100) Ronald Coase, 'El problema del costo social', *Journal of Law & Economics , 3 (1960). Para un rico desarrollo de este punto, véase Stephen Perry, 'La imposibilidad de la responsabilidad objetiva general', Canadian Journal of Law & Economics ,* 3 (1960). *Jurisprudencia* , 1 (1988), 147–71.

(101) Véase la amplia serie de informes *del New York Times* sobre el desastre, 'The Bhopal Disaster: How it Happened', en los números del 28, 29 y 31 de enero de 1994, al p. A1. La planta de Bhopal era operada por Union Carbide India, cuyas acciones eran propiedad en un 50,9% de Union Carbide Co. (EE.UU.), el 22% directamente del Gobierno de la India y el resto entre 23.000 ciudadanos indios.

(102) Ernest Weinrib, *Una teoría del derecho privado* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995).

(103) Para un desarrollo sugerente de una visión kantiana de la responsabilidad civil extracontractual, véase Barbara Herman, 'What Happens to the Consequences?', en *Practice of Moral Judgment* , 94-112.

(104) Jules Coleman, *Riesgos y errores* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992), 314–18.

(105) Coleman, *Riesgos* , 324.

(106) Coleman, 'The Practice of Corrective Justice', en Owen (ed.), *Philosophical Foundations* , 63, 53–72. Decir que el principio de justicia correctiva es contingente, sin embargo, no significa decir que es meramente contingente, en cualquier sentido de 'meramente' más allá de lo metafísico. Porque el principio de que los agentes tienen

una razón especial para reparar sus errores resuena en un conjunto de ideales de agencia, preocupación por los demás y personalidad. El principio, en otras palabras, depende de un amplio conjunto de prácticas relacionales. Los ecos de Strawson son fuertes.

(107) Coleman, *Risks* , 386–406. El Estado no puede no hacer nada justificablemente, al menos si tiene un ideal defendible de justicia distributiva.

(108) Véase Perry, 'Responsabilidad por los resultados'; Perry, 'Los fundamentos morales del derecho de responsabilidad civil', *Iowa Law Review* , 77

(1992), 449–513; Tony Honoré, 'Responsabilidad y suerte', *The Law Quarterly Review* (1988), 530–53.

(109) Perry, 'Moral Foundations', 498. Perry sugiere que la responsabilidad por los resultados se basa únicamente en las respuestas que uno da a sus propios resultados. Pero, como seres sociales que somos, seguramente nuestras reacciones a lo que hacen los demás, y las de ellos hacia nosotros, contribuyen a la importancia fenomenológica de la causalidad y el control.

(110) Véase Jules Coleman y Arthur Ripstein, 'Mischief and Misfortune', *McGill Law Journal* , 41 (1995), 91-130; véase también la exploración independiente de Ripstein en Ripstein, *Equality, Responsibility* .

(111) En la versión de la teoría política liberal que defienden Coleman y Ripstein, la asignación adecuada es aquella que garantiza una asignación igualitaria de la seguridad, implementando así estándares normalizados de responsabilidad, y refleja una clasificación deliberada del valor relativo de diferentes actividades. Coleman y Ripstein, 'Mischief', 126-9.

(112) Dado que Coleman y Ripstein hacen que la atribución sea subsidiaria de la asignación, su argumento puede parecer amenazar con convertir la justicia correctiva en justicia distributiva, como sostiene Perry. Perry, 'Mischief', 154. Pero si la justicia correctiva se distingue de la justicia

distributiva por su generación de obligaciones específicas del agente, entonces Coleman y Ripstein Página 27 de 28

Responsabilidad

De hecho, han propuesto una perspectiva de justicia correctiva, aunque basada en la justicia distributiva. Alternativamente, podrían interpretarse como una muestra de que la justicia distributiva debe entenderse en términos tanto de razones generales como específicas del agente. Véase Coleman, 'Second Thoughts', 312-16.

(113) Sería igualmente un error confiar en una invocación strawsoniana de patrones "naturales" de respuesta,

Lo “natural” es claramente un producto de lo social.

(114) El caso inglés *Holmes v Mather* [1875] 10 Ex. 21 contiene la primera afirmación destacada de que la mala conducta negligente o intencional es un elemento necesario en una demanda legal de indemnización. Morton Horwitz sostiene que la tendencia hacia la negligencia en el derecho estadounidense expresó una política social deliberada de subsidiar a las industrias emergentes. Sin embargo, también señala que los juristas se centraron en la culpa como una herramienta útil para determinar la responsabilidad en casos de colisión conjunta, de los cuales repentinamente hubo muchos. Morton Horwitz, *The Transformation of American Law: 1780–1860* (Cambridge: Mass., Harvard University Press, 1977), 85–99. Véase también Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* , 2.ª ed.

(Nueva York: Simon & Schuster, 1985).

(115) Véase, por ejemplo, la famosa opinión concurrente del juez Roger Traynor en el caso de responsabilidad por productos *Escola v Coca Cola. Bottling Co.* , 24 Cal. 2d 453, 461, 150 P.2d 436, 440 (1944), en el que defiende la responsabilidad empresarial en términos de seguros y efectos de incentivos.

(116) La transformación social puede llegar a ser vista en general como algo positivo, como podría decirse que es el

caso en el ámbito de los accidentes industriales, con el paso de una legislación que establece que no existe responsabilidad del empleador sin culpa a una indemnización de los trabajadores sin culpa.

(117) Coleman y Ripstein son, como he señalado, particularmente conscientes de esta dimensión de la teoría de la responsabilidad civil.

Cristóbal Kutz

Christopher Kutz, Profesor Adjunto de Derecho en el Programa de Jurisprudencia y Política Social, Facultad de Derecho Boalt Hall, Universidad de California en Berkeley.





Filosofía del derecho consuetudinario

Manuales de Oxford en línea

Filosofía del derecho consuetudinario

Gerald J. Postema

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0015

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo presenta la práctica actual y la evidencia histórica sobre el common law. El common law y sus conceptualizaciones ampliamente compartidas son considerablemente muy complejas. Se analiza el concepto de razón artificial en el common law que difiere en dos aspectos del derecho natural. El objetivo de esta razón artificial es la convergencia de juicios sobre soluciones comunes, asegurando así una guía práctica efectiva. Su modo característico de funcionamiento puede plantear cuestiones importantes para la comprensión filosófica de la naturaleza del derecho y el razonamiento jurídico. El artículo expresa el convencionalismo material y la tesis de la congruencia y plantea varios argumentos. Este artículo describe además los temas clave y las nociones generales de la jurisprudencia del common law y los traduce a una expresión filosófica contemporánea y explora los argumentos que podrían darse en apoyo de ellos.

Palabras clave: derecho consuetudinario, razón artificial, jurisprudencia, comprensión filosófica, razonamiento jurídico **1 Introducción**

El derecho consuetudinario es un derecho creado por los jueces. Todo estudiante de derecho angloamericano lo sabe. En virtud de la doctrina del principio de " *mirar fijamente*" En el caso de *stare decisis* , las decisiones judiciales se consideran vinculantes no sólo para las partes en el caso ante el tribunal, sino también para los futuros tribunales de la jurisdicción que decidan casos similares y, por lo tanto, vinculantes para todos aquellos a quienes se dirigen las reglas dictadas por los jueces en cuestión. En casos nuevos, en los que se podría argumentar que la ley no se pronuncia, los jueces llenan el silencio con nuevos precedentes vinculantes. Por supuesto, *el stare decisis* permite a los tribunales "distinguir" los casos que enfrentan de lo que podrían parecer en un principio precedentes relevantes y vinculantes, y permite a los tribunales "extender" los precedentes más allá de sus cuatro esquinas explícitas por analogía. La doctrina, a regañadientes y dentro de límites estrechos, incluso permite a los jueces anular precedentes cuando los encuentran especialmente problemáticos. De esta manera, los tribunales de common law manipulan los precedentes y en el proceso crean nuevas leyes. No hay nada

desconcertante en esta historia familiar. No plantea ningún desafío especialmente interesante a las teorías existentes del derecho y encaja muy cómodamente en una variedad de explicaciones positivistas. (También podríamos conciliarlo sin demasiada dificultad con teorías naturales rivales.) El derecho es esencialmente el producto de la elaboración de leyes: la única diferencia importante entre el derecho consuetudinario y otras formas de derecho radica en la institución que legisla.

Bueno, puede que sea un poco desconcertante. Después de todo, parece que *la legislación judicial* se lleva a cabo en el curso de *la adjudicación* . Las reglas jurídicas se crean en el curso de la aplicación de las reglas **(p. 589)** al caso mismo que requirió la elaboración de reglas. Esto es suficiente para convencer al menos a Fred Schauer de que el derecho consuetudinario es "extraordinariamente desconcertante" (Schauer 1989: 455). Y Bentham lo atacó implacablemente por confundir estas dos funciones muy diferentes, lo que resulta en una incertidumbre radical y una máscara para el abuso judicial del poder (Bentham 1970: 184-95). Esperamos que los jueces sigan las reglas, pero parece que en la práctica del derecho consuetudinario las reglas siguen a los jueces. El derecho consuetudinario se vuelve aún un poco más desconcertante cuando analizamos la historia del derecho inglés. En un informe *del Anuario* sobre un caso del siglo XV encontramos que se argumenta que "los precedentes y los usos no rigen la ley, sino que la ley los rige a ellos" (Tubbs 2000: 45). Los historiadores legales coinciden ampliamente en que antes del siglo XVIII no existía una doctrina firme de *stare decisis* en el derecho consuetudinario inglés

(Simpson 1973: 77; Gray 1992: 157-8). De hecho, puede que no se haya establecido hasta algún momento del siglo XIX. No es del todo una coincidencia que la comprensión positivista del common law como derecho estrictamente *creado por los jueces* surgiera en la época del endurecimiento de la doctrina del precedente en el common law inglés. De hecho, fue Bentham quien utilizó por primera vez el término "derecho creado por los jueces", lanzándolo contra el derecho inglés como un término de

desprecio y abuso. El hecho de que nos parezca tan inocente, e incluso descriptivamente apropiado, en el mundo del common law contemporáneo es testimonio de la distancia que hemos recorrido desde el mundo jurisprudencial de los abogados comunes clásicos, un viaje iniciado por la crítica mordaz de Bentham al common law del siglo XVIII y la reformulación de John Austin de la comprensión del common law para que se ajustara a la jurisprudencia positivista clásica. 1

Pero si los historiadores están en lo cierto, el common law inglés funcionó bastante bien durante más de 500 años sin lo único que, según la ortodoxia actual, mantenía unida la práctica como forma de derecho. Además, fue esta práctica del common law en su forma del siglo XVII, entendida como la entendían los abogados del siglo XVII, la que se extendió con el colonialismo inglés al Nuevo Mundo y más allá. Por lo tanto, la práctica actual y la evidencia histórica plantean un desafío a las opiniones familiares sobre el common law. El common law, y las conceptualizaciones ampliamente compartidas del mismo, pueden haber sido (y pueden seguir siendo) considerablemente más complejas de lo que admite nuestro conocimiento común. Lo que hemos tomado por conocimiento común sobre el common law puede no ser conocimiento en absoluto. Deberíamos analizarlo más de cerca.

Su modo característico de funcionamiento puede plantear cuestiones importantes para nuestra comprensión filosófica de la naturaleza del derecho y del razonamiento jurídico.

¿Cómo, entonces, debemos entender el common law? Esta pregunta parece difícil de manejar, especialmente si uno espera un estudio de la jurisprudencia del common law desde su nacimiento en el siglo XII hasta sus manifestaciones modernas en todo el mundo. Para hacer la tarea un poco más manejable, propongo considerar la jurisprudencia del common law en el siglo XVII, un punto muy crítico en su desarrollo. En el siglo XVII, la práctica del common law había madurado y había surgido un grupo de abogados reflexivos **(p. 590)** que buscaban articular, aunque de manera fragmentada, ocasional y a veces políticamente partidista, una comprensión coherente del derecho que practicaban. Eran participantes

comprometidos en la práctica legal de su época: abogados, jueces, consejeros reales y parlamentarios, no filósofos. Por lo tanto, nunca articularon una teoría filosófica del derecho completa. Sin embargo, dieron forma a una perspectiva distintiva sobre cuestiones relacionadas con la naturaleza del derecho y el razonamiento jurídico, y la autoridad normativa del derecho, cuestiones que siguen estando en el centro de la reflexión filosófica sobre el derecho. En la Sección 2, esbozo los temas clave y las nociones generales de la jurisprudencia del common law; en la Sección 3 los traduzco a un lenguaje filosófico contemporáneo y exploro los argumentos que podrían presentarse en apoyo de ellos.

2 Jurisprudencia clásica del common law

Para los juristas clásicos, el derecho no era algo establecido por la voluntad o la naturaleza, sino algo que se asumía, se utilizaba en la deliberación y la argumentación y se seguía en la práctica: «el único método para probar que esta o aquella máxima es una regla del derecho consuetudinario», escribió Blackstone a mediados del siglo XVIII, «es demostrar que siempre ha sido costumbre observarla» (Blackstone 1765: i. 68). El derecho no se consideraba un conjunto estructurado de normas explícitas y postuladas con autoridad, sino reglas y métodos implícitos en un cuerpo de prácticas y patrones de pensamiento práctico «transmitidos por la tradición, el uso [y] la experiencia» (Blackstone 1765: i. 17). Estas reglas eran el producto de un proceso de práctica común de razonamiento deliberativo y constituían la materia prima básica utilizada en él. El derecho consuetudinario era un " *uso razonable* " (Hedley 1610: 175), observado y confirmado en un proceso público de razonamiento en el que se abordaban problemas prácticos de la vida social cotidiana. "Costumbre" y "razón" eran los dos ejes centrales de esta concepción del derecho. Estas dos nociones eran complementarias, se potenciaban y apoyaban mutuamente y se cualificaban mutuamente.

2.1 El derecho consuetudinario como costumbre del reino

Todos los debates generales sobre el common law comenzaron con la afirmación de que el common law era la

costumbre común de todo el reino (Hedley 1610: 175; Hale 1971: 17, 30; Blackstone 1765: I, 67). Se trataba de una "costumbre general" (en contraposición a la costumbre local de los feudos o condados) que era "inmemorial", existente "desde tiempos inmemoriales". Para algunos **(p. 591)** abogados del common law esto era prueba suficiente de su sabiduría. Hedley sostenía, por ejemplo, que el common law es la razón común "probada por el tiempo", la "juzgadora de la verdad [y] autora de toda la sabiduría humana" (Hedley 1610: 175; véase Coke 1628: 97b).

Otros escritores del siglo XVII sostenían, con más modestia, que el uso prolongado ajustaba la ley a la naturaleza del pueblo inglés (Hale 1971: 30). También hubo cierto desacuerdo sobre lo que significaba afirmar que el derecho consuetudinario era

inmemorial. Coke sostenía que la mayoría de las doctrinas y reglas clave del derecho consuetudinario permanecían esencialmente inalteradas desde los tiempos romanos (Coke 1793, *Second Reports* , prefacio), pero en esto era sin duda excéntrico. Matthew Hale expresó una visión más moderada y común cuando escribió en el último tercio del siglo XVII: "la fuerza y la obligación, y la naturaleza formal de una ley, no se debe a que los daneses, o los sajones, o los normandos, la trajeran con ellos, sino [más bien que] se convirtieron en leyes y vinculantes en este reino en virtud de ser recibidas y aprobadas aquí" (Hale 1971: 43).3 Sin tomarse literalmente, la imagen del origen antiguo, según Hale, representaba otras tres características clave del derecho consuetudinario.

En primer lugar, el common law se caracterizó por su continuidad histórica. Puede que haya pasado por grandes cambios a lo largo de su historia, pero a través de ellos mantuvo su integridad como un cuerpo jurídico único y coherente. A pesar de las variaciones a lo largo de los siglos, podemos decir que es el mismo derecho, así como el barco de los Argonautas era el mismo cuando regresó a casa y cuando partió, aunque durante su largo viaje había sido reparado tantas veces que apenas estaba hecho de los

materiales originales (Hale 1971: 40). Y nada en este barco jurídico era inmune al cambio.

En segundo lugar, la continuidad dependía de la integración de cada parte en el todo. Afirmar que el common law existía "desde tiempos inmemoriales" significaba que la validez y la fuerza vinculante de cualquier norma jurídica no dependían de quién la hiciera o cuándo, sino de que fuera "recibida y aprobada" en el reino. Esta "recepción" se manifestaba en su integración en el cuerpo de doctrinas y prácticas que componen el common law. *La integración* , no *el origen* , era la clave (Hale 1971: 3, 6, 8). Esta integración de la costumbre, la ley o la decisión judicial no es simplemente una cuestión de consistencia o coherencia lógica. Es una cuestión práctica e histórica: *práctica* , porque es una cuestión de si la norma es "asumida", practicada y utilizada (por sus sujetos y por funcionarios que deben evaluar sus acciones a la luz de la ley); y, por lo tanto, *histórica* porque solo el tiempo puede decir si una norma, independientemente de cómo haya sido introducida, se integra y se convierte en parte del common law.

Finalmente, para Hale y muchos de sus contemporáneos, la integración implicaba acomodar la regla o máxima a la naturaleza de la nación, "de tal manera que por una larga experiencia y uso se incorpora, por así decirlo, a su propio temperamento y, en cierto modo, se convierte en la complexión y constitución de la Commonwealth inglesa" (Hale 1971: 30; ver Davies 1615: i. 252, 255). Se decía que el derecho consuetudinario era la "constitución" de la nación, su estructura normativa básica y la raíz de su salud colectiva. La **constitución** que Hale tenía en mente no se limitaba a la constitución del gobierno; era la constitución del *pueblo* . Además, el proceso de acomodación funcionaba en dos sentidos. Las reglas de derecho, al principio toscas y torpes, se refinan con el tiempo, se suavizan para adaptarse a los contornos de la vida diaria de la comunidad. Al mismo tiempo, el cumplimiento de las normas y prácticas moldea las disposiciones, creencias y expectativas de la gente. Así, lo que consideraban soluciones razonables y practicables a los problemas de la interacción social dependía de un sentido de continuidad de la práctica presente con el pasado; pero también, lo que se

consideraba como una continuidad con el pasado dependía en gran medida de lo que los participantes consideraban proyecciones razonables de los acuerdos y prácticas del pasado a las condiciones y problemas actuales. Esto también explica la afirmación de Hale de que el derecho consuetudinario era "recibido y aprobado" en el reino. No se trataba de una mera expresión de consentimiento, sino más bien de una aceptación del mismo en virtud de la integración de la ley en sus vidas y manifestada en ella.

Sin embargo, para Hale, como para todos los abogados comunes, la costumbre siempre tuvo su estatus de ley en y a través de las actividades de los tribunales. Pero esto plantea la importante pregunta de *quién* es la costumbre del common law, la del pueblo o la de los tribunales. No hay duda de que ya en el siglo XVI, el common law se había vuelto altamente técnico y ya no, si alguna vez lo había sido, meramente un reflejo de las costumbres del país. Así que, sin duda, el common law era, como lo llamó Bentham más tarde, costumbre *en el foro* más que costumbre *en el país* (Bentham 1977: 182-4, 217-18).

Los juristas clásicos no negaron esto, pero insistieron, sin embargo, en un vínculo fundamental entre ambos.

La base para articular este vínculo fue establecida por St. German en el siglo XVI. Distinguió claramente entre *las costumbres generales* , que estaban difundidas por todo el reino y eran conocidas por abogados y laicos por igual, y *las máximas* , que eran las reglas especializadas del derecho conocidas solo en las cortes del rey (St. German 1974: 59). Las máximas tenían su "fuerza y garantía" en, y "surten efecto por" las costumbres generales del reino. Al mismo tiempo, estaban arraigadas en un sentido compartido de su razonabilidad, es decir, de su idoneidad y su contribución a la coherencia del resto del derecho consuetudinario y las prácticas que lo componen (ibid.). Así, aunque el derecho de los abogados pudiera haber parecido arcano al inglés común, no obstante, se pensaba que su pretensión de validez descansaba en el hecho de que era congruente con las costumbres que eran una segunda naturaleza para el pueblo, y con el cuerpo del derecho consuetudinario en su conjunto refinado por su distintiva disciplina de razonamiento. Así, el derecho

consuetudinario no debía equipararse a la costumbre del reino, sino que esta última era la fuente radical de su validez, no literalmente por derivación, sino por Página 3 de 24

Filosofía del derecho consuetudinario

fuente y congruencia.

2.2 El derecho consuetudinario como razón común

Razón común y derecho natural . El mantra de los juristas clásicos era: "el derecho común no es otra cosa que la razón común" (Coke 1628: 97b, 183b; Hedley 1610: **(p. 593)** 175; Finch 1759: 75; Doddridge 1631: 242).

Sin embargo, a pesar de los ecos de la antigua doctrina del derecho natural,4 los autores del derecho consuetudinario tenían algo muy diferente en mente. Concedían piadosamente que el derecho natural era la base última de todo derecho, pero rara vez buscaban trasladar esta base a su mundo cotidiano. El derecho natural era demasiado abstracto y teórico para sus mentes pragmáticas y centradas en lo concreto; con demasiada frecuencia permanecía en silencio, o era objeto de controversia, o simplemente no tenía relación con los asuntos humanos concretos (Hale 1956: 502-4).

«La razón es la vida de la ley, más aún, el derecho consuetudinario en sí no es otra cosa que la razón», escribió Coke, pero se apresuró a añadir que con esto no se refería a la «razón natural», sino a la «razón artificial» del abogado común formado, «una perfección artificial de la razón obtenida mediante un largo estudio, observación y experiencia, y no la razón natural de todo hombre...» (Coke 1628: 97b). De manera similar, en un estilo típico del derecho consuetudinario, Hale insistió en que la razón del derecho consuetudinario era la prudencia encarnada y el juicio deliberativo del juez que, a través de su inmersión en los detalles concretos del derecho consuetudinario, domina el lenguaje común de los asuntos humanos y, por lo tanto, es más capaz de articular nociones de lo «justo y adecuado... común a todos los hombres de razón» —mejor que los filósofos o teólogos que tratan de hacerlo—.

“transportados de las medidas ordinarias de lo correcto y lo incorrecto” y aislados del “elemento básico común de las conversaciones humanas” (Hale 1956: 502, 503).

Esta "razón artificial" del derecho consuetudinario difiere en al menos dos aspectos del derecho natural tal como se lo entiende comúnmente.

En primer lugar, no se pensaba en términos de principios generales amplios y, por sí mismo, no proporcionaba pruebas de contenido con las que evaluar la legitimidad de una norma o doctrina jurídica determinada. Se consideraba, más bien, como *una práctica disciplinada* del razonamiento . Si la "razón" legitimaba alguna doctrina, era sólo porque esa doctrina sobrevivía al escrutinio crítico en un *proceso de razonamiento y disputa* . En segundo lugar, cuando la ley clara e indiscutible (lo que ahora llamamos "ley gótica") no ofrecía una solución inequívoca a un problema jurídico, la tendencia del abogado común no era consultar fuentes morales extrajurídicas, como podría hacer un abogado natural, sino más bien buscar más profundamente y durante más tiempo en el fondo acumulado de experiencia y ejemplos proporcionados por el derecho común. Los abogados comunes depositaban su fe en la capacidad de una capacidad de razonamiento entrenada, inmersa en los vastos recursos de experiencia que proporciona el derecho, para producir soluciones razonables y sólidas incluso en los casos más difíciles o aparentemente novedosos.

Razón artificial. Varias características caracterizan la "razón artificial" tal como la concibe la jurisprudencia clásica del common law. En primer lugar, era *pragmática* , se centraba en la resolución práctica de problemas. Abordaba situaciones y problemas concretos y buscaba forjar soluciones a partir de los materiales que tenía a mano. Medía el éxito en términos de si la solución propuesta funcionaba; y la medida de su "funcionamiento" era si se "aceptaba" en casos posteriores.

(p. 594) En segundo lugar, la razón artificial era una competencia *contextual* . "Los hombres no nacen abogados comunes", observó Hale, "ni el mero ejercicio de la facultad de la razón puede dar a un hombre un conocimiento

suficiente de ella, sino que debe adquirirse mediante la habituación, la costumbre y el ejercicio de esa facultad mediante la lectura, el estudio y la observación para dar a un hombre un conocimiento completo de la misma" (Hale 1956: 505). La resolución de problemas típica del juez de derecho común rara vez consistía simplemente en buscar una regla relevante y aplicarla a los hechos del caso que tenía ante sí. El razonamiento típico del derecho común no era ni deductivo ni inductivo, sino *analógico* , argumentando de un caso a otro sobre la base de las semejanzas y diferencias percibidas y la ubicación del caso en cuestión en el paisaje de la experiencia común pintado por el juez o el abogado al mando de los plenos recursos del derecho común.

En tercer lugar, la razón artificial era conscientemente *no sistemática* . No era hostil a la reflexión teórica (era demasiado práctica para ello, dispuesta a utilizar cualquier herramienta que estuviera a mano), pero decididamente no era una tendencia teórica o sistemática. Al mismo tiempo, no era estrictamente particularista en el sentido filosófico actual de ese término. Los juristas comunes no se oponían a pensar en términos de razones universalizables y estaban interesados en asegurar la coherencia de sus juicios con otras soluciones y partes del derecho. Aun así, buscaban típicamente la coherencia *local* . La coherencia general de la visión moral o práctica era menos importante para los juristas comunes que la viabilidad concreta. Así, el derecho común clásico se resistía a la reducción a un sistema de axiomas o principios primeros de los cuales sus máximas, reglas y decisiones constituyentes pudieran inferirse (al menos en principio). Varios juristas comunes prominentes intentaron identificar principios generales especialmente importantes que recorrían gran parte del derecho, pero estas colecciones eran manifiestamente *no sistemáticas* . Bacon, por ejemplo, claramente pretendía que su recopilación de máximas fuera una ayuda

para el estudiante de derecho consuetudinario, pero era importante, pensaba él, no dar al estudiante la idea equivocada de que el derecho consuetudinario se

encontraba en estos principios o máximas generales (Bacon 1630: B3).

En cuarto lugar, la razón artificial del derecho consuetudinario era esencialmente *discursiva* , es decir, una cuestión de razonamiento deliberativo.

y la discusión entre interlocutores. El derecho consuetudinario no escrito fue depositado en la experiencia y la memoria de los practicantes, escribió Doddridge, "de ahí para ser deducido por el engaño y el discurso de la razón: y eso cuando se presente la ocasión y no antes". El derecho consuetudinario, agregó, es la razón "probada y tamizada sobre la disputa y la argumentación".6 Coke hizo explícito un punto que es claro pero todavía implícito en el pensamiento de Doddridge: la disputa que tienen en mente es específicamente *forense* . En casos difíciles, argumentó Coke, ningún individuo solo y fuera de un tribunal de justicia, podría descubrir jamás la razón correcta de una regla de derecho consuetudinario **(p. 595)** . Porque es solo en el proceso de argumentación, respecto de casos concretos, en un tribunal abierto sujeto a un desafío razonado, que se puede encontrar y forjar la ley (Coke 1793, *Ninth Reports* , prefacio).

Por último, la razón del derecho consuetudinario es en sí misma *común* o *compartida* . No es «natural» en el sentido de ser una capacidad meramente individual. Es una competencia intelectual, una facultad discursiva que se aprende mediante la participación en una práctica de argumentación forense pública, situada y moviéndose en un mundo de experiencia registrada de «asuntos y conversaciones humanas». El filósofo y el teólogo no son aptos para esta tarea, argumentó Hale, porque no se trata de una empresa de descubrimiento de principios prácticos generales mediante el ejercicio de la razón abstracta, sino más bien de una empresa de juzgar casos particulares mediante la comprensión de relaciones y disposiciones concretas entretejidas en el tejido de la vida común (Hale 1956: 502-3). En su *Historia* , Hale rastrea el proceso por el cual un juez busca una regla de decisión en un caso particular. Primero va, dice Hale, al derecho consuetudinario establecido y a la costumbre del reino, luego a las autoridades y decisiones en casos pasados, y

finalmente a «la razón común de la cosa» (Hale 1971: 46). Por supuesto, no se trata de la idea hobbesiana de que, una vez que se agotan las fuentes del derecho, el juez debe apelar a su razón natural, ni de la concepción civil (adoptada por la práctica inglesa de equidad) de que el juez debe apelar a la conciencia. Más bien, el juez de Hale vuelve a los casos y a las "conversaciones humanas" en las que se basan y, mediante un juicio sensible ayudado por la analogía con otros casos similares relevantes, encuentra una solución. Es la razón *común* de la cosa lo que el juez busca.

Esto explica en parte la disposición de un juez de common law a buscar sólo la coherencia local, en lugar de la coherencia teórica amplia de una única visión moral o racionalidad sistemática. El objetivo de esta razón artificial es la convergencia de juicios en soluciones comunes, asegurando así una guía práctica eficaz. La coherencia teórica más amplia, cuando no sirve al fin de la convergencia de juicios, se consideraba, en el mejor de los casos, un lujo y, más típicamente, un obstáculo para alcanzar el fin. Pero el derecho, sostenían los juristas comunes, no se ocupa de la visión moral de ningún individuo, por muy sólida que parezca estar, sino más bien de la convergencia de las opiniones y juicios de la comunidad en general, y de forjar y mantener un sentido común de razonabilidad.

Sus objetivos fundamentales eran la prominencia, no la visión, y la convergencia pragmática, no la coherencia teórica.

2.3 Precedente y estatuto en la jurisprudencia clásica del common law

Precedente . Ya en el siglo XV los jueces ortodoxos del common law podían escribir: "los precedentes y los usos no rigen la ley, sino que la ley los rige a ellos... Los precedentes no son en todos los casos vinculantes para los tribunales" (*Long Quinto* , Mf 110, citado en Tubbs 2000: 45). Por supuesto, esto no pretendía negar absolutamente la relevancia legal de **(p.**

596) decisiones judiciales, sino más bien para socavar la pretensión de que determinadas decisiones judiciales tengan autoridad vinculante. La importancia jurídica general de un caso, a los ojos de un abogado común, residía en la naturaleza y calidad del argumento en apoyo de la decisión. La aparición gradual de técnicas de registro más sofisticadas en el siglo XVII no alteró fundamentalmente esta doctrina subyacente. Vaughn, CJ en *Bole v Horton* escribió: "Si un tribunal dicta sentencia judicialmente, otro tribunal no está obligado a dictar una sentencia similar, a menos que piense que la sentencia dictada primero estaba de acuerdo con la ley" (Tubbs 2000: 182). De manera similar, Hale sostuvo que las decisiones judiciales, si bien vinculan "como una ley entre las partes en las mismas, en cuanto al caso particular en cuestión, hasta que sean revocadas por error o falta, no constituyen una ley propiamente dicha" (Hale 1971: 45). Un siglo después, Blackstone se hizo eco de Hale y Vaughn: " *la ley* y la *opinión del juez* , no son términos convertibles, o una y la misma cosa; ya que puede suceder que el juez se *equivoque* de ley' (Blackstone 1765: i. 71; énfasis en el original). Hedley agregó, si una sentencia una vez dictada fuera perentoria y trinchera en sucesión para obligar y concluir a todos los jueces futuros de examinar la ley en ese punto o de variar de ella, entonces nunca se podría haber dicho que el derecho consuetudinario se haya juzgado por la razón... porque entonces debería estar fundamentado meramente en la razón u opinión de 3 o 4

jueces... [Por lo tanto, ningún] juicio debe ser tan sagrado o firme que no pueda ser tocado o cambiado.

(Hedley 1610: 178-9)

De este modo, ninguna sentencia judicial tiene autoridad de ley (más allá de *la res judicata* para las partes) sólo en virtud de que el juez la haya decidido, y los jueces futuros tienen libertad para poner a prueba la formulación de una norma o doctrina de derecho consuetudinario hecha por un tribunal anterior a la luz del sentido compartido de

razonabilidad de la comunidad jurídica. Sólo en la medida en que la decisión pueda integrarse en el cuerpo de la ley, es decir, hacerse consistente y razonablemente coherente (al menos dentro de su contexto local).

— *y* se toma en consideración en la deliberación y la argumentación de la comunidad jurídica, ¿se le debe dar crédito legal? Si una decisión judicial se afianza y se considera perentoria, bloqueando así toda evaluación posterior de su razonabilidad y coherencia con el conjunto (en el contexto forense de "decepción"), solo en virtud de la decisión de un juez, el derecho consuetudinario en general ya no podría reclamar autoridad.

Sin embargo, Hale se apresuró a añadir que, aunque las decisiones judiciales no logran hacer que la ley sea propiamente dicha, «tienen un gran peso y autoridad al exponer, declarar y publicar lo que es la ley de este reino», son la mejor *evidencia* de la ley (Hale 1971: 45). Un siglo después, Mansfield escribió en la misma línea: «el precedente, aunque sea evidencia de la ley, no es la ley en sí misma, mucho menos la totalidad de la ley».7 La jurisprudencia clásica del common law resistió resueltamente la presión teórica de identificar la ley con reglas jurídicas discretas y formuladas canónicamente. La ley, desde este punto de vista, no es un conjunto de reglas o leyes, sino un marco practicado de razonamiento práctico, y este marco practicado proporciona una forma de ordenamiento social. Sus reglas y normas pueden formularse, tal vez, pero ninguna formulación de ese tipo es concluyentemente autoritativa. En *De Augmentis* , Bacon **(p. 597)** aconsejó «no tomar la ley de las reglas, sino hacer la regla a partir de la ley existente [es decir, el cuerpo de opiniones y decisiones argumentadas]. Porque el punto no debe buscarse en las palabras de la regla, como si fuera el texto de la ley. La regla, como la aguja magnética, apunta a la ley, pero no la resuelve» (Bacon 2000, Libro 8, aforismo, 85, Bacon 1858: v, 106). Además, cada formulación de una regla es en principio vulnerable a cuestionamiento y revisión en el curso de un argumento razonado y una disputa en el contexto público del litigio.

¿Es posible, entonces, decir que la jurisprudencia del common law reconoció precedentes vinculantes? La

respuesta es sí, aunque difiere bastante marcadamente de la visión más familiar inspirada por el positivismo clásico. La visión tiene tres características salientes. En primer lugar, las decisiones judiciales pasadas reclaman respeto y atención judicial no en virtud de haber sido simplemente decididas —establecidas o postuladas— sino en virtud de haber sido adoptadas por tribunales posteriores y, por lo tanto, haber encontrado un lugar dentro de ese cuerpo de experiencia común. Tienen este lugar porque fueron productos de un proceso de razonamiento discursivo y juicio reflexivo contextualizado. En segundo lugar, si bien no se considera que los casos individuales establezcan reglas autoritativas, se los toma para ilustrar el funcionamiento del razonamiento jurídico adecuado, para ejemplificar el proceso de razonamiento dentro del cuerpo de experiencia. En tercer lugar, los casos pasados no excluyen la deliberación y el razonamiento en casos posteriores, sino que más bien invitan y enfocan ese razonamiento. La formulación de las cuestiones por parte del tribunal anterior, las razones para resolverlas como lo hizo y la norma en la que basó su decisión no se consideran definitivas. Los jueces siempre tienen la posibilidad de poner a prueba en el futuro la formulación de la norma de su decisión por parte de cualquier tribunal precedente. Por lo tanto, los tribunales posteriores participan con el tribunal precedente en el razonamiento sobre las cuestiones planteadas por el caso y extienden ese razonamiento al caso que tienen ante sí. Sin embargo, las formulaciones judiciales de las cuestiones y las normas merecen el debido respeto, porque el tribunal anterior tiene derecho a la autoridad experta.

Estatutos. La actitud de los abogados consuetudinarios hacia los estatutos era compleja y conflictiva, especialmente en el apogeo de la jurisprudencia clásica del common law. En el siglo XVII, ya no era posible negar el poder legislativo del Parlamento. Esto obligó a la jurisprudencia del common law a abordar directamente el lugar de los productos de la legislación parlamentaria en el common law de Inglaterra. Hale articuló una explicación sutil de la relación entre el derecho promulgado y el common law que siguió siendo influyente hasta Blackstone y que todavía merece atención.8

Recordemos que Hale sostuvo que los debates sobre la antigüedad del derecho consuetudinario eran erróneos. Era imposible negar que el derecho consuetudinario a lo largo de su larga historia había estado sujeto a una gran cantidad de cambios (algunos de los cambios más dramáticos resultantes de la legislación real). Ninguna parte del derecho, incluidas las leyes que autorizaban la creación de leyes, había sido inmune al cambio; sin embargo, el derecho consuetudinario, como el barco de los Argonautas, mantenía su identidad. La continuidad, insistió, no la antigüedad, era la clave. La "fuerza formal y obligatoria " del derecho consuetudinario no residía en su origen, sino en la convicción razonable de que las leyes encajaban bien entre sí y se adaptaban a la vida común del pueblo inglés.

Hale distinguió entre derecho escrito y derecho no escrito. Tal como él los entendía, estos términos no se referían a dos tipos de leyes, sino más bien a dos modos de existencia de la ley (o, como podríamos decir, formas de validez legal). Algunas leyes Página 6 de 24

Filosofía del derecho consuetudinario

Algunas leyes eran válidas en virtud de haber sido explícitamente hechas por un legislador autorizado; otras leyes eran válidas en virtud de su incorporación al derecho consuetudinario. La clase a la que se asignaba una determinada ley no estaba determinada únicamente por la forma en que se había promulgado, sino por su modo actual de validez. La validez de la ley escrita era una función de haber sido promulgada de acuerdo con reglas formales y constitucionales establecidas. La ley no escrita, independientemente de su origen, extraía su autoridad de su incorporación actual al uso y la práctica del derecho consuetudinario. El proceso de incorporación o integración funcionaba tanto en precedentes como en estatutos. Sólo a través del uso, la exposición, la interpretación y la extensión continuos (al ser *adoptada* y apropiada por los practicantes del derecho consuetudinario) una nueva regla o doctrina se convertía en parte del derecho consuetudinario. A través del "uso contrario" también era posible el efecto opuesto: la doctrina podía limitarse estrechamente, por ejemplo, el precedente podía "distinguirse" hasta el punto de extinción de su efecto legal

general. Lo mismo podía suceder con las leyes introducidas inicialmente por un acto legislativo. La ley no puede ser adoptada e incorporada a la práctica del common law, sino que puede ser interpretada de manera estricta, limitando su alcance y significado legal. Mientras existan las leyes que autorizan su creación, las leyes siguen siendo válidas, pero no tienen un impacto profundo o amplio en la ley sin la incorporación. Además, las leyes que no son finalmente incorporadas son vulnerables a cambios de autoridad constitucional o legislativa. Hale especula que esto es probablemente lo que sucedió con muchas leyes antiguas que no sobrevivieron en la memoria. La continuidad de la ley, desde este punto de vista, está garantizada no por alguna norma postulada según la cual una regla válidamente promulgada sigue siendo válida hasta que se deroga,9 sino más bien por la prueba más rigurosa de la incorporación al uso y la práctica de los jueces y abogados del common law, y más fundamentalmente (y más indirectamente) al uso y la práctica del pueblo. El common law y su costumbre, insistió Hale, era "el gran sustrato" de la ley (Hale 1971: 46).

Así, según la opinión de Hale, el estatus del derecho estatutario, que inicialmente puede tener mayor derecho a ser tratado como derecho válido que el precedente, puede cambiar (de hecho, sugiere que si en última instancia ha de sobrevivir, debe cambiar) de basarse en reglas formales de elaboración de leyes autorizadas a incorporarse a la familia normativa del derecho consuetudinario. Esto representa un cambio de la validez formal a la sustantiva, de la dependencia de lo que ahora se denomina "independiente del contenido" **(p. 599) .**

criterios de validez para su integración sustantiva en el derecho y en la vida de la comunidad a la que da estructura.

2.4 La jurisprudencia del common law como teoría del derecho

En resumen, esta es la concepción clásica del derecho en el common law. Podríamos incluso llamarla teoría *del* derecho, pero tendríamos que añadir inmediatamente que, *en tanto* teoría, era relativamente modesta. Buscaba captar

características estructurales generales y fundamentales del derecho, pero su enfoque era en gran medida local. Su explicación no estaba destinada a aplicarse al derecho en cualquier lugar y en cualquier momento, sino, al menos en primera instancia, sólo al common law que practicaban. No se esforzaba por contribuir a la jurisprudencia universal, la empresa que busca articular las características conceptualmente necesarias del derecho dondequiera que se suponga que existen. Esto no quiere decir que la concepción, si fuera coherente y plausible como explicación de las características definitorias del common law, no tendría implicaciones para la jurisprudencia universal, sino sólo que esas implicaciones serían en gran medida limitantes y negativas, en la forma en que un contraejemplo obliga a revisar una tesis universal.

Así, las ambiciones teóricas de los juristas del common law eran muy diferentes de las típicas de la tradición del derecho natural. Esto puede explicar en parte por qué los pensadores del common law estaban dispuestos a apoyarse de manera bastante acrítica en conceptos generales del derecho natural cuando, aunque rara vez, se aventuraban a hacer pronunciamientos universales sobre la naturaleza del derecho.

Lo hicieron, confiados en que su propia concepción local del derecho era en líneas generales coherente con la ortodoxia del derecho natural, pero no se molestaron en exponer los motivos de esa confianza. Su falta de persistencia teórica se debió en parte al hecho de que, en casi todos los casos, no eran filósofos ni teóricos, sino practicantes activos, y no había ninguna necesidad práctica inmediata de elaborar los detalles teóricos. También puede haber sido debido al hecho, tal vez sólo vagamente evidente para ellos, de que si se daban cuenta de que no podían tomar prestado libremente de la tradición del derecho natural, no tendrían un marco reconocido públicamente para presentar su concepción y tendrían que elaborar uno sistemáticamente por su cuenta. Esta era, tal vez, una cuestión que era mejor no abordar, ya que carecían de los recursos para luchar en el frente teórico más amplio.

Así pues, nos queda la tarea de considerar cómo encajar la concepción del derecho en el common law en la larga

tradición, o más bien en las tradiciones superpuestas, de reflexión filosófica sobre la naturaleza del derecho. La concepción del common law, creo, representa una visión del derecho que es en aspectos importantes incompatible tanto con el pensamiento iusnaturalista ortodoxo como con el positivismo jurídico ortodoxo. Representa un enfoque distintivo para entender la naturaleza del derecho y el razonamiento jurídico, una tercera forma de conceptualizar los fenómenos del derecho moderno. Es demasiado pronto para descartar un acercamiento Página 7 de 24

Filosofía del derecho consuetudinario

No obstante, nos beneficiamos de una apreciación de las perspectivas que podríamos obtener al abordar la explicación teórica de los fenómenos jurídicos desde el punto de partida distintivo que proporciona la teoría clásica del common law **(p. 600)** . Teniendo presente la modestia de sus pretensiones teóricas, propongo desarrollar algunos temas de la jurisprudencia clásica del common law en el idioma de la jurisprudencia contemporánea y tratar de defender la plausibilidad de sus tesis más importantes.

3 El convencionalismo del derecho consuetudinario

3.1 Positivismo vs. convencionalismo del common law

El énfasis de la jurisprudencia del common law en la naturaleza consuetudinaria y los fundamentos del common law sugiere una posible relación con el positivismo dominante. Al igual que el positivismo contemporáneo, la jurisprudencia del common law concibe el derecho como una especie de convención institucionalizada o un conjunto complejo de convenciones. Por lo tanto, en lo que sigue me referiré a la articulación contemporánea de esta teoría como "convencionalismo del common law". Sin embargo, difiere en aspectos importantes del convencionalismo positivista de Hart (Hart 1994) y de las explicaciones alternativas del derecho inspiradas en la teoría de Hart (por ejemplo,

Coleman 1998, 2001; Marmor 1998; Waluchow 1994). Se aparta del convencionalismo positivista en dos puntos cruciales.

En primer lugar, rechaza el modelo de leyes que adoptan muchas teorías positivistas.10 En ese modelo, el derecho se entiende como un conjunto o sistema de directivas similares a reglas. Se dice que la existencia, validez y contenido de estas directivas se pueden determinar apelando a criterios independientes del contenido. El conjunto en su conjunto, también, tiene su unidad en gran medida en términos de relaciones entre las directivas externas a su contenido. Además, según este modelo, estas directivas guían la acción al proporcionar a los sujetos de derecho razones para la acción que se adelantan a su deliberación sobre la dirección de la acción sobre razones potencialmente competitivas que puedan tener.

Sin embargo, como hemos visto, la concepción del precedente en el common law, al menos una fuente reconocida de derecho, es estrictamente incompatible con este modelo. Lon Ful er, quizás el teórico contemporáneo más importante del common law, escribió en su obra injustamente olvidada, *The Anatomy of Law* , que "una decisión judicial es siempre una cosa explicada" (Ful er 1968: 90). Tal vez para ser más preciso, debería haber dicho que "una decisión judicial **(p. 601)** es una cosa razonada", pero su punto es claro. En el common law, la fuerza normativa y la autoridad de una decisión judicial se extienden más allá de los hechos y las partes que litigan en el caso particular, pero esa fuerza precedente no depende únicamente de la expresión autorizada de una regla general en el cuerpo de la opinión del juez. El juez en un caso anterior no fija unilateralmente y de manera definitiva el alcance o el significado de una regla a través de su decisión, independientemente de cuán cuidadoso sea el lenguaje de la opinión. En definitiva, es la calidad y la fuerza del razonamiento, no su expresión pública, lo que confiere autoridad a la fundamentación de un tribunal (Chapman 1994: 43). El convencionalismo del common law desplaza la atención teórica de las leyes —las directivas autoritativas producidas por las instituciones creadoras de leyes— al proceso de razonamiento práctico con y dentro de la ley. El derecho, desde esta perspectiva, es una cuestión de convención, pero se trata de una convención de un tipo especial, a saber, una disciplina practicada de razonamiento práctico. Esto se aparta decisivamente del modelo familiar en la jurisprudencia positivista.

En segundo lugar, el convencionalismo del common law ofrece una alternativa distinta a la explicación de Hart sobre los fundamentos convencionales del derecho. Según la teoría de Hart, las normas jurídicas no existen como convenciones socialmente practicadas, sino como normas sistémicamente válidas, y la validez sistémica es una cuestión de ser miembro de un conjunto de normas identificadas por una norma común de reconocimiento. La norma de reconocimiento no es en sí misma una norma jurídica válida, sino un tipo de norma completamente diferente, una convención constituida por la práctica de los funcionarios que aplican el derecho. La norma de reconocimiento es un hecho social, un hecho sobre la práctica regular de los funcionarios. Sin embargo, es una norma; su normatividad depende de que sea tratada como tal por quienes la practican. La norma de reconocimiento garantiza la unidad y la continuidad del sistema jurídico. (En realidad, el principal argumento de Hart a favor de la norma de reconocimiento es que sólo ella puede explicar los hechos fundamentales más inmediatos y teóricos de la persistencia y la unidad del derecho.)

Así, necesariamente, en la base de cualquier sistema jurídico se encuentra esta convención de reconocimiento consistente en el comportamiento convergente y las actitudes apropiadas de los funcionarios que aplican la ley y sus asociados profesionales. La existencia de una regla de este tipo es una condición conceptualmente necesaria de la existencia de la ley en un tiempo y lugar determinados. Como cuestión de necesidad conceptualmente contingente pero "natural", y una condición de la eficacia de la ley, los sujetos de derecho deben comportarse en general de maneras consistentes con las leyes identificadas por la regla de reconocimiento. Sin embargo, no es en absoluto necesario que los sujetos de derecho se comporten de manera coherente con las leyes identificadas por la regla de reconocimiento.

Filosofía del derecho consuetudinario

y puede ser incluso raro que los propios ciudadanos adopten una "actitud interna" hacia la ley, y es muy improbable que comprendan, y mucho menos aprueben, la regla de reconocimiento que rige. Por lo tanto, desde esta

perspectiva, el alcance de la convención en la que se funda la ley en cualquier sociedad, por una combinación de necesidad conceptual y natural, se limitará uniformemente a la práctica de los funcionarios encargados de aplicar la ley y (algunos) abogados.

Llamaré a esto "convencionalismo formal" para contrastarlo con el "convencionalismo material" en relación con los fundamentos del derecho respaldados por el convencionalismo del derecho consuetudinario. Por "formal" no quiero decir que esté comprometido con la opinión de que los criterios de reconocimiento practicados por los funcionarios en cualquier sistema jurídico determinado necesariamente se refieren sólo a cuestiones de hechos sociales no evaluativos, hechos sobre las fuentes de las leyes. **(p. 602)** Algunos convencionalistas que siguen a Hart:

Los llamados "inclusivistas" (Coleman 1998; Waluchow 1994; e incluso Hart 1994: 248-9) sostienen que es una cuestión abierta, que debe determinarse mediante hechos contingentes sobre la práctica de los funcionarios que aplican la ley en los sistemas jurídicos reales, si su regla de reconocimiento incluye sólo criterios basados en fuentes o también incluye pruebas morales de algún tipo.

El convencionalismo inspirado en Hart es más bien "formal" porque sitúa los fundamentos convencionales del derecho en una característica estrecha, estructural y protoconstitucional de un sistema jurídico, a saber, los criterios que practican en gran medida los funcionarios encargados de aplicar la ley y que permiten distinguir las normas jurídicas válidas de las inválidas. En cambio, el convencionalismo del common law insiste en que, como cuestión conceptual, una estructura de control no podría funcionar *como derecho* a menos que se construya sobre una base convencional más amplia, es decir, a menos que haya un grado sustancial de congruencia en la sustancia y continuidad de los modos de razonamiento práctico entre los elementos formales e institucionales del derecho y la práctica social más amplia.

Así, la versión contemporánea de la jurisprudencia del common law insiste en que el derecho es convencional en

dos aspectos, y en ambos se aparta decisivamente de las doctrinas positivistas clave: (1) el derecho es un tipo especial de convención, una disciplina practicada de razonamiento práctico, y (2) depende para su existencia de una congruencia y continuidad sustanciales con prácticas más amplias en la comunidad. A continuación, intentaré explicar más completamente y hacer plausibles estas dos tesis clave.

3.2 Convención de razonamiento común

La disciplina deliberativa del common law. Los juristas clásicos del common law sostenían que el common law era una razón común pero "artificial". Aunque Coke tendía a veces a revestir esta noción de misterio y misticismo legal, los juristas más sobrios usaban esta frase para capturar la naturaleza pragmática, no sistemática, contextual y esencialmente discursiva del common law. El convencionalismo del common law sigue el ejemplo de los sobrios colegas de Coke. Sostiene que el derecho, en las jurisdicciones en las que el common law es dominante, ofrece al razonamiento práctico ordinario una disciplina de múltiples capas y practicada de deliberación y razonamiento conjunto sobre asuntos públicos. El convencionalismo del common law reorienta el pensamiento sobre la naturaleza del derecho dominado por concepciones positivistas y de derecho natural. Su punto de partida teórico no es un conjunto de normas, prescripciones o proposiciones de derecho, sino más bien una práctica de razonamiento práctico común. Más que una tesis metafísica, propone una tesis metodológica, un punto sobre el orden de la explicación y la comprensión, no un punto ontológico sobre el orden último del ser.

El convencionalismo del derecho consuetudinario llama la atención sobre una serie de formas clave en las que el derecho disciplina el razonamiento práctico.

En primer lugar, el espíritu *pragmático* del common law obliga a que la deliberación y la argumentación sobre cuestiones prácticas (cuestiones que pueden afectar a grandes cuestiones de moralidad política y aspectos generalizados de la vida social) se centren en situaciones concretas y en los problemas relativamente específicos que

surgen en ellas. Se centra en los **asuntos** en cuestión, teniendo en cuenta las implicaciones que van mucho más allá del caso, pero permitiendo que las circunstancias y los problemas específicos orienten las deliberaciones. En segundo lugar, el razonamiento jurídico práctico es *histórico* : ancla la deliberación y lo que los juristas clásicos llaman "decepción" a decisiones y acciones pasadas tomadas por la comunidad o en nombre de ella, decisiones que, por esa razón, se entienden como normativas prima facie para la comunidad y sus miembros. Las actividades legislativas explícitas (y las constituciones, estatutos y reglamentos que producen), así como las decisiones y acciones que sientan precedentes (principalmente de funcionarios, pero también en algunos casos de ciudadanos comunes) dirigen su deliberación y proporcionan los recursos con los que los participantes en esta práctica construyen sus argumentos. En tercer lugar, si bien la disciplina hace uso de todas las formas apropiadas y válidas de razonamiento y argumentación, su técnica central y distintiva es el pensamiento *analógico* . En cuarto lugar, este proceso discursivo es esencialmente *colaborativo* : es una práctica de pensar, argumentar, deliberar y decidir en común. Por último, esta empresa esencialmente colaborativa está formalmente institucionalizada en un foro público. Esto proporciona un foco público, un foro y un ejemplo para una práctica con potencial de amplia participación en la sociedad.

Este bosquejo de la disciplina del razonamiento del derecho consuetudinario necesita ser desarrollado en cada uno de sus puntos clave, pero dentro de Página 9 de 24

Filosofía del derecho consuetudinario

En los límites de este capítulo me centraré sólo en el tercero y cuarto, que creo que necesitan más elaboración y explicación.

Pensamiento analógico. La técnica distintiva de la disciplina del common law es el pensamiento analógico,1

1 cual

consiste en dos procesos intelectuales analíticos distintos: *el razonamiento analógico* y *la evaluación reflexiva* . Normalmente funcionan en conjunto en casos particulares de razonamiento de derecho consuetudinario, pero en muchos casos el segundo puede ser tácito.12 Consideremos primero el razonamiento analógico propiamente dicho.

No hay lógica formal del argumento analógico. La lógica deductiva gobierna los argumentos (estructuras ordenadas de premisas que conducen a conclusiones) y, por lo tanto, es apropiado hablar de *argumentos deductivos* , pero no hay *razonamiento* deductivo. El razonamiento a menudo utiliza, pero no puede restringirse a, el argumento deductivo. La lógica deductiva regimenta nuestro pensamiento a medida que pasa de una proposición a otra, pero es **(p. 604)** incapaz de hacer más. No puede obligar, ni siquiera en un sentido normativo, a una persona razonadora a aceptar una proposición como verdadera. Para eso necesitamos *el razonamiento* , porque es un ejercicio de razonamiento, con la ayuda de las reglas de la lógica deductiva, por supuesto, que nos lleva a aceptar una conclusión, sintiendo la fuerza del argumento a favor de ella, en lugar de, por ejemplo, abandonar una de sus premisas. El pensamiento analógico implica una forma de razonamiento en este sentido. No hay argumento analógico en el sentido estricto en el que hay argumento deductivo: no hay reglas formales de inferencia, ni *sui generis* ni derivadas de la lógica deductiva. Sin embargo, es una forma de razonamiento, no un mero sentimiento o intuición particularista.

Si bien no cuenta con reglas similares a las de la lógica deductiva, el razonamiento analógico tiene una estructura general y está sujeto a restricciones importantes (esto es especialmente cierto en lo que respecta a su uso en el derecho) y en virtud de ellas muestra una forma reconocible, de hecho indispensable, de razonabilidad.

El razonamiento analógico es el razonamiento por o a partir de un ejemplo, *un similibus ad similia* , de lo similar a lo similar. Se mueve de lo particular a lo particular sin depender de ninguna manera fundamental de reglas articuladas previas (Aristóteles, *Nicómaco) . Ética* , libro I, cap. 24). El proceso es familiar. Primero, uno o más casos

pasados (decisiones y las circunstancias fácticas que abordaron) se traen a un marco con una narrativa más o menos detallada de los hechos del caso a decidir, y se notan las similitudes y diferencias relevantes. Se construye una clase de comparación tentativa sobre la base de evaluaciones aproximadas de similitudes relevantes. En funcionamiento ya aquí está un sentido de relevancia, llamémosle *relevancia umbral* . En instancias típicas de razonamiento analógico en derecho, estos dos movimientos son mutuamente referenciales y mutuamente dependientes. Mientras que los hechos del caso llevan a uno a recuperar una colección de casos para servir como la clase de comparación aproximada, la narrativa de los hechos está influenciada por la familiaridad con los casos y las categorías que ejemplifican. Como dijo una vez Llewel yn, los jueces "han sido condicionados por la ley. ... [E]llos ven significados ... a través de anteojos legales" (Llewel yn 1960: 19).

A continuación, un sentido más *sólido* de relevancia agrupa algunos de los casos que caen en la clase de comparación en una clase de "casos similares", mientras que distingue a otros. Se forma un patrón que da sentido al tratamiento de algunos de los casos de la misma manera; se identifica una guía inteligible para la acción, aunque puede que no sea posible articularla completamente. La presión racional que da forma al sentido emergente de la semejanza de estos casos proviene de *todas* las partes de la clase de comparación aproximada inicial: los casos juzgados similares al caso instantáneo, los juzgados diferentes y los que se juzgan como diferentes.

'distinguido' y el caso en cuestión en sí. La construcción de la clase de casos similares es el resultado de una especie de triangulación entre estos puntos focales.

Obsérvese que incluso el proceso de distinción presupone cierto grado de similitud relevante (umbral).

Los casos distinguidos son miembros de la clase inicial de comparación aproximada; de lo contrario, no presentarían un desafío intelectual al deliberante. Es en virtud de esta relevancia inicial que los casos distinguidos ejercen presión sobre la forma de la clase de "casos similares". El caso

presente también ejerce su parte de presión. Puede instar a la reconsideración de las opiniones recibidas sobre la prominencia o importancia de los hechos de casos anteriores y, por lo tanto, de las razones en las que se basan sus decisiones. **(p. 605)** Esta es una razón por la que las reglas de derecho pueden parecer cambiar a medida que se aplican (Levi 1949: 3 y siguientes) y por qué los abogados comunes consideran que cada formulación de una "regla" de casos pasados es corregible, vulnerable a la revisión.

Este proceso puede producir un resultado determinado, una comprensión suficiente para fundamentar una decisión en el presente caso que sea consonante con el precedente y adecuada para guiar futuras decisiones y acciones. Sin embargo, el éxito no está garantizado. En algunos casos, el razonamiento analógico reducirá sustancialmente el rango de alternativas para abordar el problema que enfrenta el tribunal sin determinar una solución única. En otras ocasiones, la orientación será en gran medida inútil. En estos casos, el pensamiento analógico se ve obligado a pasar a la etapa de evaluación reflexiva a la que llegaremos. Página 10 de 24

Filosofía del derecho consuetudinario

girar ahora mismo

El proceso de construcción de la clase de comparación aproximada (basada en un sentido de relevancia umbral) plantea cuestiones teóricas interesantes, pero las evaluaciones de *relevancia robusta* son las que más desconciertan a los estudiantes de razonamiento analógico en derecho. Es el sentido de relevancia robusta y la ausencia de ella que tienen los deliberantes lo que los lleva a incluir el presente caso en una familia de casos similares que incluyen sólo algunos miembros de la clase de comparación inicial, y sobre la base de esta clasificación decidir el presente caso. Los detalles de este proceso merecen un tratamiento más extenso del que se les puede dar aquí, pero necesitamos comentar algunas características importantes del proceso.

En primer lugar, si bien los juicios de similitud y disimilitud en el razonamiento analógico presuponen, o más bien manifiestan, un sentido de relevancia, sería un error afirmar que tales juicios presuponen *una regla* en términos de la cual se define la relevancia. Es la existencia de algunos hechos en común lo que pone en juego la regla general (Levi 1949: 3). Sin embargo, el punto no es que el juicio de relevancia sea lógicamente particularista. Las propiedades *repetibles* de los análogos y disanálogos se seleccionan de una multitud incontable de otros hechos y características de los casos comparados, y la familia que se construye debe tener sentido como patrón para la acción futura, en formas que mencionaré a continuación. La fuerza del razonamiento analógico es una función de cuán normativamente vinculante sea el patrón. Por lo tanto, es posible que los jueces expresen sus conclusiones de razonamiento analógico en términos de una regla, o al menos un patrón similar a una regla.

Sin embargo, la regla no es un insumo del proceso de razonamiento, sino parte de su resultado (Chapman 1994: 67-8), y no la parte más importante. En el razonamiento analógico, no hay reglas de alcance fijo y determinado que entren en juego como insumos.

Las reglas formuladas explícitamente pretenden ofrecer categorías normativas completas y maduras, pero los ejemplos ofrecen algo más abierto y parcial: categorías normativas que son incompletas, no totalmente articuladas y aún capaces de crecer (Levenbook 2000: 202-5). Puede ser útil tratar de formular la regla implícita en una variedad de casos, pero los jueces de common law siempre son sensibles a la naturaleza tentativa y vulnerable de esa empresa.

La comprensión de la topografía y el punto de terminación del camino de una doctrina jurídica es a menudo imperfecta y siempre está sujeta a reconsideración a la luz de casos posteriores. Este punto más bien cauteloso y conservador es lo que subyace a la afirmación, por lo demás radical, de Levi de que no es la intención del juez anterior la que fija el significado de una decisión precedente, sino lo que el juez actual, **en** su intento de ver

la ley como un todo bastante consistente, piensa que debería ser (Levi 1949: 3).

En segundo lugar, las valoraciones de relevancia robusta de las que depende el razonamiento analógico no son el resultado de una reflexión teórica más general, moral o de otro tipo. Es un error tratar estas valoraciones como el resultado de intentos de ubicar los ejemplos en la clase de comparación bajo algunos principios morales (u otros principios prácticos) que pretenden justificarlos. Localizar y evaluar tales principios es parte del *pensamiento analógico* , pero no del razonamiento analógico propiamente dicho. Como veremos, este proceso intelectual ulterior presupone resultados del razonamiento analógico.

Ambos deben distinguirse porque el "significado" o contenido de un ejemplo precedente no está determinado estrictamente por la justificación de cumplirlo (Levenbook 2000: 192-6).

En tercer lugar, el razonamiento analógico en derecho ayuda a la deliberación *práctica ;* cumple el propósito *normativo* de guiar las acciones. Por lo tanto, la clase de casos similares no sólo debe ser interesante, sugerente o evocadora, como podría ser una metáfora adecuada, sino que también debe ser prácticamente inteligible. Es decir, debe proyectar un patrón inteligible que pueda ser seguido, no sólo por el que toma la decisión, sino también por la comunidad gobernada y dirigida por él. Por lo tanto, el patrón debe tener sentido normativo para quienes se espera que lo sigan y para quienes se espera que acepten su aplicación como reivindicación de una decisión basada en él.

En este sentido, el razonamiento del common law se sitúa como Jano en la puerta entre el pasado y el futuro, tratando de decidir el caso en cuestión mientras mira tanto hacia atrás, al campo de ejemplos y compromisos del que hemos salido, como hacia adelante, al campo del futuro al que están pasando los deliberantes y quienes dependen de ellos. Mira al pasado no sólo en busca de ayuda y orientación, sino también de dirección normativa, de compromisos asumidos que tienen implicaciones para las decisiones en los casos en cuestión y para las acciones y

decisiones en el futuro. Esto no es meramente una aspiración; es también una limitación significativa para el razonamiento del common law.

En cuarto lugar, dado que busca proporcionar una guía normativa, conduce y pretende fundamentar una decisión de la comunidad sobre un asunto de importancia pública y pretende ser vinculante, el razonamiento analógico en derecho procede al servicio y dentro de las limitaciones de un concepto de (una especie de) justicia, a veces llamada engañosamente "justicia formal" (Chapman 1994: 67). Levi plantea la cuestión estructurante de la deliberación analógica de esta manera: "¿Cuándo será posible que la deliberación analógica se convierta en una cuestión de justicia formal?"

Filosofía del derecho consuetudinario

¿Se trata simplemente de tratar casos diferentes como si fueran el mismo? (Levi 1949: 3). Esta noción es indispensable (aunque no suficiente, ver Postema 1997) para una explicación de la fuerza normativa que pretenden tener los precedentes y los análogos que se extienden de ellos, pero no es una noción fácil de entender. Tal vez sea más fácil decir lo que no es que captar su contenido positivo. Por un lado, no puede ser una noción genérica o concluyente de justicia. Si bien puede tener cierta fuerza moral prima facie y refutable, es probable que no alcance la justificación moral completa, o incluso tal justificación en nombre de la justicia. Por otro lado, no podemos equipararla con una noción puramente formal de consistencia, o tratar casos similares por igual de acuerdo con alguna regla (es decir, de acuerdo con alguna regla u otra). Entendida de esta manera **(p. 607) ,** la noción es completamente vacía (Westen 1990, cap. 9). Cualquier caso es "como" cualquier otro caso en algún sentido y la semejanza puede expresarse en forma de regla. El problema con esta noción vacía no es que su guía sea completamente indeterminada, sino más bien que es completamente indiscriminada: no logra capturar una noción de *justicia* relevante para el razonamiento analógico. Dado que todo vale en lo que respecta a esta noción, se sigue que no puede ser una noción *de justicia* ; porque si la justicia hace algo moralmente importante,

discrimina, nos aleja de algunos caminos y nos conduce a otros. Por lo tanto, la noción normativa involucrada debe imponer una restricción sustantiva. No puede, en nombre de la justicia, simplemente requerir que los casos similares sean tratados de la misma manera, independientemente de cómo se determine lo "similar", ya que nos ayuda a evaluar la semejanza y la desemejanza. ¿Cómo hemos de caracterizar la idea sustantiva de justicia involucrada en nuestras evaluaciones de relevancia robusta en el razonamiento analógico en derecho? Dudo que alguien haya podido decirlo con seguridad. Pero el hecho de que todavía no tengamos una explicación adecuada de esta noción no debería llevarnos a concluir que no está presente en un nivel inarticulado en estas evaluaciones. Cualquier intento de teorizar el funcionamiento de la justicia en este contexto responderá a nuestra capacidad intuitiva para hacer tales evaluaciones. El punto importante que hay que tener presente aquí es que un sentido de justicia es indispensable para las evaluaciones de relevancia robusta en el razonamiento analógico en derecho.

Por último, la naturaleza colaborativa del razonamiento en derecho consuetudinario (Ful er 1968: 93) ejerce una presión adicional sobre nuestras evaluaciones de la relevancia robusta en el razonamiento analógico. Si bien siempre son individuos quienes participan en el razonamiento analógico en derecho, proceden con un sentido agudo de que deliberan, como dijo Hart, no cada uno solo por su propia parte (Hart 1994: 116), sino como miembros de un todo más grande. Regitan sus percepciones y juicios en función de un punto de vista común, de la misma manera que ajustamos nuestros juicios sobre el tamaño de los objetos en nuestro campo visual para las distorsiones de la luz y la perspectiva. Esta capacidad para el juicio reflexivo es una capacidad social, la capacidad de razonar a partir de un cuerpo de supuestas experiencias compartidas para encontrar soluciones a nuevos problemas prácticos, de juzgar lo que uno tiene buenas razones para creer que otros en la comunidad también considerarían razonable y adecuado. Estos juicios se pueden hacer con confianza, no porque uno sea un buen predictor del comportamiento de los demás, sino porque uno entiende a un nivel concreto la vida común en la que todos participan. Para dominar el lenguaje de los "asuntos

y conversaciones humanas" es necesario adquirir la capacidad social de emitir juicios que, incluso en casos nuevos, se puede confiar en que serán reconocidos y aceptados como apropiados en la comunidad a la que pertenecemos. Esta capacidad no tiene su raíz en creencias o valores generales compartidos, sino en vivir, trabajar y, sobre todo, hablar juntos, en las actividades concretas de la vida cotidiana, haciendo los ajustes de acción y perspectiva necesarios para lograr la comprensión de nuestro mundo común y actuar en él de manera inteligente y con un propósito.

El componente reflexivo del pensamiento analógico. A menudo, el razonamiento analógico de la forma que acabamos de esbozar será suficiente, en términos prácticos, para fundamentar una decisión jurídica. Los que toman las decisiones no sentirán legítimamente la necesidad de plantear más preguntas **(p. 608)** con respecto a los resultados del proceso. Las decisiones parecerán a los que toman las decisiones y a quienes dependen de ellas como razonablemente coherentes con el derecho existente y lo suficientemente inteligibles como para proporcionar una orientación relativamente determinada para el futuro. Sin embargo, en otros casos los resultados pueden no ser tan felices. El proceso puede producir resultados preocupantemente indeterminados (*prácticamente* , no meramente lógicamente indeterminados), y los que toman las decisiones pueden verse obligados a hacer una elección basada en principios entre las alternativas producidas.

O bien el resultado determinado en la práctica puede ser convincente cuando se considera el caso presente con sus vecinos analógicos más cercanos, pero desfasado con el derecho visto de manera más amplia. Esta aparente falta de coherencia más global puede tener un enfoque jurídico meramente técnico, o puede dirigir su mirada aún más ampliamente sobre importantes cuestiones de preocupación moral. En estos casos, quienes participan en el pensamiento analógico pueden sentirse presionados a reflexionar más ampliamente sobre los resultados del proceso anterior.

La metodología de este proceso reflexivo se ha descrito de diversas maneras, pero la metodología "interpretativa" de Dworkin...

La explicación del razonamiento jurídico (Dworkin 1986: caps. 2, 3, 7), si bien ha sido objeto de críticas desde muchos sectores, puede ser la mejor caracterización disponible del proceso intelectual en este nivel. En pocas palabras, la metodología requiere que el deliberante busque ese conjunto de principios generales (teoría) que dé el mejor sentido global al derecho, de modo que Página 12 de 24

Filosofía del derecho consuetudinario

Los principios no sólo implican las reglas o decisiones más específicas que se examinan, sino que también demuestran que están justificadas (para ello, los principios deben aproximarse a principios de moralidad verdaderos o justificados racionalmente). Los principios alternativos se clasifican según el grado en que "encajan" con los datos jurídicos y son "atractivos" desde un punto de vista moral.

Hay mucho que decir a favor de la caracterización que hace Dworkin de este proceso como explicación de una parte importante del razonamiento del common law. Incluso los críticos más severos de la teoría del derecho de Dworkin admiten que el proceso que él describe es "la metodología dominante tanto en la práctica del derecho como en la investigación jurídica" (Alexander y Kress 1995: 288).

Sin embargo, el convencionalismo del common law insiste en que este proceso de evaluación reflexiva de los resultados del razonamiento analógico está sujeto a restricciones que el propio Dworkin no reconoció. En primer lugar, el *pragmatismo* del pensamiento analógico frena significativamente el afán de lograr una coherencia sistemática global. Como hemos visto, el common law se preocupa más por la viabilidad sobre el terreno que por la coherencia de una visión moral amplia. Si bien no puede aceptar una incoherencia flagrante de un resultado con otras partes fundamentales del derecho que tienden a socavar la legitimidad de grandes partes del derecho, es tolerante con la incompletitud de la visión y un grado de

falta de coherencia sistemática general. Se preocupa más por la coherencia de la doctrina jurídica con las actividades, prácticas y vidas de los ciudadanos cuyas interacciones intenta guiar que por una coherencia teórica más abstracta de la doctrina jurídica. Está dispuesto a sacrificar cierta coherencia teórica por una resonancia sustancial del derecho en la comunidad a la que sirve.

Por lo tanto, si bien en la etapa reflexiva hay presión para lograr una coherencia sistémica y moral, incluso esta parte del pensamiento analógico tiende hacia una coherencia relativamente local en lugar de una coherencia más global, una coherencia de la práctica en lugar de una coherencia de la teoría.

(p. 609) En segundo lugar, la dimensión pública y esencialmente colaborativa del razonamiento del common law refuerza esta tendencia. El pensamiento analógico sólido tenderá a buscar doctrinas que surjan de decisiones pasadas que otros actores, funcionarios y ciudadanos por igual, puedan anticipar o al menos reconocer y encontrar inteligibles. Así, el juez superhumano mítico de Dworkin, "Hércules", no es un héroe del razonamiento del common law. Sus éxitos teóricos, si no toman plenamente en cuenta su dependencia de la inteligibilidad para otros en un contexto de justificación pública, fracasan como fundamentos para evaluar reglas o patrones que surgen de decisiones pasadas.13

3.3 Convencionalismo material

La jurisprudencia clásica del common law insistió en los fundamentos convencionales (consuetudinarios) del derecho. Los críticos desde Bentham 1977 hasta el presente (Waldron 1998) han cuestionado esta afirmación. Sin embargo, los juristas clásicos del common law habrían considerado que estas críticas eran inoportunas. Como hemos visto, fueron los primeros en negar que el common law no es nada más que una costumbre social. Eran muy conscientes de la diferencia, de hecho, de la distancia, entre la práctica de los tribunales y las costumbres y prácticas sociales. Sin embargo, siguiendo el ejemplo de St. German, sostenían la visión más sutil de que la fuerza y la validez del derecho estaban arraigadas en una práctica

social amplia. Pero lo que enfatizaban era la integración del derecho en la vida de la comunidad, la congruencia de la práctica y la continuidad de los modos de razonamiento práctico, no la identidad del derecho y las normas sociales. Es esta visión más sutil, pero no indiscutible, el "convencionalismo material", la que ahora intentaré articular y defender.

La teoría del convencionalismo formal de Hart redujo el papel necesario de las convenciones en el derecho a un mínimo absoluto: el derecho es fundamentalmente convencional, pero sólo porque, como una pirámide invertida, equilibra todo el peso normativo del sistema jurídico sobre el único punto de la práctica oficial. Es formal, porque las convenciones en las que se basa el derecho se refieren a las características estructurales del derecho, no a la coherencia interna de sus doctrinas y su congruencia con las vidas de los ciudadanos. El convencionalismo materialista sostiene que el derecho puede existir y funcionar adecuadamente sólo cuando el derecho institucionalmente identificado y aplicado hunde sus raíces en el suelo de una práctica social más amplia. La continuidad de la práctica del razonamiento y la congruencia de los estándares sustantivos son necesarios para el derecho. Esto no es una afirmación sobre el papel que las "normas sociales" extrajurídicas desempeñan típicamente en el razonamiento jurídico (Eisenberg 1988), ni es una afirmación sobre las condiciones necesarias de un derecho bueno o eficaz; Más bien, se trata de una afirmación sobre las condiciones que deben darse para que un conjunto de reglas e instituciones, y la maquinaria coercitiva que dirige, **funcionen** como *derecho* , ya sea bueno o malo. Estos contrastes sugieren un punto desde el cual puede comenzar un argumento a favor del convencionalismo material.

El argumento a favor de la tesis de la congruencia, que se encuentra en el corazón del convencionalismo materialista, se basa en dos premisas clave.14 La primera premisa (la "orientación normativa") es, en resumen, que el derecho, por su naturaleza, busca proporcionar una orientación normativa general a agentes racionales y autodirigidos. La segunda premisa (la "interdependencia") se refiere al entorno social en el que se encuentran los agentes a los

que se dirigen las normas del derecho. Este entorno social se caracteriza por una interdependencia compleja de acciones; es una vasta red de redes de interacciones. Antes de que

Prosigamos pues, para aclarar estas dos premisas.

Orientación normativa e interdependencia. Debemos notar, en primer lugar, que la premisa de la orientación normativa no toma posición sobre la cuestión de las tareas o funciones fundamentales del derecho. Simplemente sostiene que el derecho, por naturaleza y diseño, busca guiar la acción. La orientación normativa no es una función del derecho; es, más bien, una técnica o instrumento definitorio que puede ser utilizado para muchos usos diferentes. La orientación normativa es una característica definitoria del derecho, no su función o propósito. En segundo lugar, la premisa de la orientación normativa sostiene que el derecho como tal *busca* guiar la acción, o pretende guiar la acción, no que siempre o necesariamente lo haga con éxito.

En tercer lugar, debemos explorar brevemente la noción de orientación normativa. Siguiendo a Shapiro, debemos distinguir la orientación normativa de la gobernanza normativa (Shapiro 1998: 472-3). Llamemos al agente cuya acción cae dentro del alcance de una norma el agente normativo con respecto a ella. Las normas *gobiernan* el comportamiento cuando son válidas y las acciones de sus agentes normativos caen dentro de su alcance. Proporcionan una base para evaluar las acciones y pueden alentar al evaluador a actuar de ciertas maneras en respuesta a ellas. Por lo tanto, pueden proporcionar una orientación secundaria incluso cuando no guían a sus agentes normativos primarios. Las normas *guían* las acciones de sus agentes normativos cuando funcionan como reglas o normas en el razonamiento práctico de sus agentes normativos que conduce a la formulación de intenciones y acciones en función de ellas. Las normas que gobiernan la acción normalmente también están diseñadas para guiar esas acciones, pero este no es siempre el caso.

Podemos distinguir además dos tipos de gobernanza de normas. Para *la mera gobernanza de normas* es suficiente que la norma sea válida y se aplique a la acción del agente de la norma. La gobernanza de normas es *robusta* cuando, además, la norma moldea la manera en que los agentes de normas presentan y justifican públicamente sus acciones ante sí mismos y ante los demás. Así, es posible que los agentes sean gobernados por una norma y reconozcan esa gobernanza implícitamente al usarla de buena fe para justificar o reivindicar las acciones que tomaron (o tratar de justificar o excusar violaciones de la norma), aun cuando no hayan usado la norma en las deliberaciones que llevaron a sus acciones. Pueden ser, pero no necesariamente, insinceros en tales casos. La insinceridad no la descalifica como orientación normativa robusta a los ojos del derecho, ya que el derecho tiende a considerar solo el comportamiento, no la motivación.

(p. 611) Siguiendo a Shapiro nuevamente, también podemos distinguir dos formas de orientación normativa (Shapiro 1998: 489–

92) Una norma ofrece *una guía epistémica* si el agente de la norma aprende lo que debe hacer (cuáles son sus deberes y responsabilidades o sus derechos, cómo debe proceder para lograr un resultado jurídico deseado) a partir de la norma.

La norma puede guiar epistémicamente, incluso si el agente de la norma está motivado a cumplir con ella por consideraciones independientes de la norma. Ofrece *orientación motivacional* si el agente de la norma está motivado, al menos en parte, a cumplir con la norma por el hecho de que la norma gobierna la conducta del agente en las circunstancias. Por lo general, los agentes que están guiados motivacionalmente por una norma también estarán guiados epistémicamente por ella. Estar motivado por una norma es considerarla legítima y actuar al menos en parte en función de esa evaluación. En ambas formas de orientación normativa, las normas desempeñan un papel en el razonamiento práctico del agente de la norma, pero los papeles son diferentes. La forma más sólida de orientación normativa es la orientación motivacional (o motivacional-epistémica).

En cuarto lugar, es característico del derecho el hecho de que intenta proporcionar una guía normativa *en su conjunto* , por así decirlo. Es decir, busca guiar no emitiendo directivas a agentes normativos individuales en las circunstancias específicas en las que se encuentran caso por caso, sino más bien promulgando normas que son relativamente generales tanto con respecto a los agentes normativos como a las circunstancias. Además, la premisa de la guía normativa hace una afirmación sobre un sistema jurídico en general, no sobre cada componente (cada regla o norma) del sistema. El derecho intenta guiar la acción a través de la instrumentalidad de sus leyes componentes, pero no solo a través de ellas, ya que la forma en que las leyes se vinculan entre sí también puede desempeñar un papel en la guía práctica. Esto quita parte de la carga a cualquier regla o norma específica. El derecho en su conjunto puede tener éxito en la guía sin que cada componente individual lo haga o incluso pretenda hacerlo. Estas dos características implican que la guía normativa es una cuestión de grado. Es una cuestión de grado cuán generales son sus normas, cuán extendida está la guía normativa del derecho en una comunidad y cuánto del sistema legal logra ofrecer guía normativa. Por lo tanto, la afirmación de que por su naturaleza el derecho busca guiar la acción implica una medida escalar. Si algún intento de ejercer control sobre el comportamiento social fracasa *como derecho* , presumiblemente esto se debe a que su potencial de guía normativa cae por debajo de un umbral mínimo.

Antes de continuar, debemos señalar dos implicaciones importantes de la premisa de la orientación normativa. En primer lugar, presupone que los agentes normativos son agentes inteligentes, racionales y autodirigidos, es decir, son capaces de comprenderse a sí mismos, su entorno natural y práctico y las acciones que están a su disposición en su entorno, y

tienen la capacidad de dirigir sus acciones de acuerdo con las normas o razones que se les aplican en ese entorno. Si los funcionarios se comprometen a guiar o gobernar firmemente la acción de una manera legal, deben hacerlo

de maneras que reconozcan y aprovechen estas capacidades de autodirección racional. Debe *dirigirse a* agentes racionales y autodirigidos. En segundo lugar, la premisa de la orientación normativa impone límites a los tipos de comportamiento y modos de comunicación y control que el derecho puede alistar en el proyecto de orientación normativa. Las intervenciones que desencadenan la acción sin *dirigirse a ellas* con normas o reglas o razones o ejemplos normativos pueden lograr **(p. 612)** el cumplimiento, pero no lo hacen *como derecho* . Por lo tanto, el cumplimiento masivo de sus normas (*paced* Hart) no es suficiente para la existencia del derecho en una comunidad, ya que puede ser completamente epifenoménico, o puede lograr el cumplimiento exclusivamente a través de medios que ni siquiera intentan dirigirse a sus sujetos como agentes racionales y autodirigidos.

La segunda premisa, la de la "interdependencia", sostiene que el entorno social en el que actúan normalmente los agentes racionales y autónomos se caracteriza por una interdependencia compleja, es decir, es una vasta red de redes de interacciones. Este es un hecho generalizado y fundamental sobre el entorno en el que se encuentran los agentes racionales y autónomos.

A diferencia de la primera premisa, esta premisa no expresa una verdad conceptual acerca del derecho, pero en ciertos aspectos es como una verdad conceptual. Tiene el mismo estatus que las circunstancias de la justicia con respecto a la naturaleza y forma de la justicia según Hume (Hume 1975: 183-92). Es decir, no sólo es generalmente cierto que los agentes a quienes el derecho intenta guiar se encuentran en este entorno, sino que además, fuera de este entorno, el derecho y su técnica distintiva carecen de sentido o propósito inteligible. Esto no quiere decir que podamos derivar de esta premisa una tesis acerca de la tarea o función necesaria del derecho, sino sólo que cualquiera que sea esa tarea, si la hay, debe tener en cuenta este entorno. El derecho no puede ignorar este hecho sin silenciar por completo su voz normativa.

Así, pues, hemos llegado al siguiente punto. Sabemos que el derecho como tal busca proporcionar una guía normativa

general y los recursos para una gobernanza normativa sólida, lo que presupone que los ciudadanos (y los funcionarios), los agentes normativos del derecho, son agentes racionales autodirigidos, involucrados en redes de acciones interdependientes. Y, por tanto, para lograr una guía normativa, las leyes deben estar dirigidas a los ciudadanos y deben ser de tal naturaleza que los agentes autodirigidos puedan entenderlas y apreciar su fuerza práctica, y sobre esta base aplicar las normas a sus propias acciones. La conclusión que el convencionalismo materialista necesita establecer es la siguiente: la guía normativa general y la gobernanza normativa sólida de agentes racionales autodirigidos e interactuantes de manera compleja son posibles en este entorno solo si el derecho es congruente con las prácticas sociales de fondo y la comprensión generalizada de ellas por parte del público. La congruencia, como la guía normativa, es una cuestión de grado. Lo que hay que demostrar no es que el derecho debe ser congruente al máximo, sino solo que si cae por debajo de cierto umbral deja de funcionar como derecho. Este argumento no define el umbral, sino que busca establecer un punto de apoyo para el convencionalismo material frente a su rival, el convencionalismo formal, que niega la relevancia de la congruencia y se conforma con una condición de "cumplimiento en masa". Por lo tanto, es suficiente si puede demostrar que un grado sustancial de congruencia es necesario para que el derecho funcione sin definir el umbral.

La congruencia no es simplemente una condición de la *existencia* del derecho. Es también una *aspiración* del derecho. Dirigir normas a agentes racionales que se autodirigen no es simplemente algo que el derecho como tal busca hacer, sino también algo que exigimos como condición de respeto por esos individuos y como condición de su libertad. No es de sorprender, entonces, que los amantes de la libertad hayan pensado a menudo que el derecho es un aliado. El estado de derecho idealmente extiende las demandas de congruencia mucho más allá del mínimo necesario para la **existencia** y el funcionamiento mínimo del derecho como tal. Sin embargo, es un error concluir de este vínculo natural con el ideal del estado de derecho que la tesis de la congruencia es *simplemente* una tesis sobre un ideal para el derecho (o ideal *del derecho*).

Es, en primer lugar, una condición de la existencia y el funcionamiento de algo como derecho. Por otro lado, también es un error concluir que idealmente no debería haber discontinuidad entre el derecho y las prácticas sociales. En parte, lo que hace posible que el derecho haga cosas útiles en la sociedad es su formalidad e institucionalidad, su decidido enfoque en los detalles, su compromiso de tener presente el pasado normativo de la comunidad y su introducción de un carácter definitivo en el debate sobre cuestiones que no ven perspectivas de solución en el presente. Estas cuestiones no siempre están presentes en la mente de la gente de la comunidad ni siempre influyen profundamente en sus prácticas.

Parte del valor del derecho reside también en su distancia respecto de la práctica y de los valores y sistemas de creencias de la gente a la que pretende guiar.

Argumento a favor de la tesis de la congruencia. El argumento procede por contraposición. Supongamos que las normas jurídicas como sistema fueran en gran medida incongruentes con la práctica social ordinaria. Para proporcionar una guía normativa a quienes pretende gobernar, debe promulgar sus normas de tal manera que los agentes normativos puedan entender su significado (es decir, entender lo que implica cumplirlas) y captar su sentido práctico o fuerza (es decir, ver por qué alguien podría pensar que tiene al menos una razón prima facie para cumplirlas). Además, debido a que las normas Página 15 de 24

Filosofía del derecho consuetudinario

Para que las normas funcionen de manera generalizada y estén dirigidas a agentes racionales que se dirigen a sí mismos y cuyas acciones están entretejidas en densas redes de interdependencia, el significado y la fuerza práctica deben ser de acceso público. Es decir, debe ser posible que las personas tengan una idea aproximada de cómo interpretan las normas las otras personas con las que interactúan. Sin una congruencia sustancial, esto simplemente no es posible. Veamos por qué.

En primer lugar, comprender el significado de una regla o un ejemplo (saber lo que uno debe hacer) no puede separarse de comprender su sentido práctico (saber por qué, es decir, qué razones puede tener alguien para hacerlo). El *qué* y el *por qué* son interdependientes. Es fácil ver cómo el por qué depende del qué: uno tiene una razón razonablemente determinada e inteligible para hacer algo sólo cuando hay algo suficientemente determinado que hacer. Más importante aún, en contextos de interacción social, la fuerza práctica (el por qué) de las reglas a menudo depende en gran medida de las expectativas razonables de cómo es probable que actúen los demás de quienes dependen las acciones de uno, y eso, a su vez, depende de cómo entiendan lo que exige la regla. Del mismo modo, el qué depende del por qué: las normas, ya sean reglas explícitas o ejemplos informales, establecen patrones de acciones a lo largo del tiempo y en diferentes circunstancias. Comprender el significado de una norma es comprender lo que implica seguirla. Esta comprensión depende de su sentido práctico. La inteligibilidad no es simplemente una función de la comprensión de las palabras de un idioma, sino de la comprensión de cómo esas palabras se relacionan con el abanico de acciones que uno puede llevar a cabo, y esta última comprensión requiere una capacidad de dar a las palabras un significado práctico. Eso, a su vez, requiere que uno sea capaz de ver algún sentido en dividir el mundo de la acción de una manera en vez de otra. Comprender el sentido práctico de una norma **(p. 614)** es esencial para entender lo que implica seguirla. Y esto requiere que el agente de la norma sea capaz de poner el lenguaje de la norma, o el ejemplo de una acción o decisión, en un contexto práctico que tenga sentido inteligible y práctico para él.

En segundo lugar, si se la separa de la vida cotidiana y de las prácticas sociales ordinarias, el derecho no puede hacer que su significado sea accesible a los agentes normativos. Si el derecho como sistema es en gran medida incongruente con la práctica social ordinaria, entonces los legisladores no pueden confiar en los conocimientos que ya informan su vida cotidiana para ayudar a los agentes normativos a entender el significado o captar la fuerza práctica de las directivas del derecho. Por ejemplo, los precedentes no tendrían el rico entorno de ejemplos

similares y patrones de interacción necesarios para que tuvieran significado. Sería difícil para los agentes individuales no sólo determinar cómo generalizar más allá de decisiones específicas, sino incluso determinar qué podría ser un caso "en cuatro patas" con el precedente. Lo mismo es cierto para las reglas explícitamente hechas, cuidadosamente articuladas y anunciadas públicamente. También ellas tienen significado sólo cuando los agentes normativos saben cómo aplicar las categorías generales que definen a casos específicos, sólo cuando pueden identificar con confianza un caso específico como una instancia de la regla.

Esto nunca es simplemente una función del significado lingüístico de las reglas, pues las palabras de las reglas explícitamente formuladas deben ser entendidas como guías normativas para el comportamiento, con una cierta textura, en contextos de acción e interacción. Como Kant reconoció, esto requiere un ejercicio especial de juicio –lo llamó “Mutterwitz” (sentido común)– y eso a su vez requiere una comprensión de un contexto de aplicación. Separada de ese contexto, la regla es un pez fuera del agua.

Obsérvese que un régimen de órdenes o directivas autoritativas respaldadas por sanciones (reglas independientes del contenido y perentorias) no puede tener éxito. Los problemas que ambos enfrentan tienen su raíz en el hecho de que buscan una fuerza práctica para las órdenes o directivas que sea completamente externa a su contenido. Las sanciones y la autoridad proporcionan razones que están diseñadas precisamente para operar de manera completamente independiente de las normas que suscriben. Son medios de motivación de propósito general. No respetan el contenido. Además, la orden o el ejercicio de la autoridad tienen por objeto tener un efecto perentorio en el razonamiento práctico de los agentes normativos. Por lo tanto, no se puede esperar ninguna orientación con respecto al significado de las directivas de las fuentes de su fuerza práctica. Se cree que este es el sentido de confiar en las órdenes y directivas autoritativas. Pero, entonces, todo el peso a la hora de determinar el contenido de las normas debe recaer en los recursos lingüísticos de significado fijo elaborados a partir de la consideración de las intenciones

de los legisladores. Sin embargo, si no hunden sus raíces profundamente en el suelo de la vida cotidiana ordinaria, los esfuerzos de los legisladores serán completamente ineficaces. Sus intenciones en cuanto a la forma, el alcance y el significado de las normas no pueden determinarse sin tener en cuenta cómo los sujetos de derecho adoptarán las normas promulgadas. A menos que estén dispuestos a adaptar las normas a las situaciones de cada sujeto de derecho, tendrán que depender de los mismos recursos que hemos considerado anteriormente.

La importancia de un entorno sostenible de entendimientos sociales se ve amplificada por la necesidad de que los agentes individuales anticipen los entendimientos de aquellos con quienes interactúan regularmente **(p. 615)** . Las normas jurídicas deben tener un significado accesible al público y una fuerza práctica. Incluso si fuera posible que los funcionarios gubernamentales comunicaran claramente a los ciudadanos las normas por las que se espera que guíen sus acciones, los funcionarios no lo harían.

—o al menos no *gobernarse por la ley— porque* los individuos a los que se dirigen de esta manera no pueden contar con que otros agentes, de cuyas acciones dependen, entiendan las normas de la misma manera. Las rutinas, costumbres, convenciones, Página 16 de 24

Filosofía del derecho consuetudinario

y las prácticas de la vida cotidiana ordinaria —los asuntos y conversaciones de la vida social común, como diría Hale—

Proporcionar un contexto común en el que ubicar las interpretaciones públicas de los ejemplos y las normas del derecho. Sin ese contexto, el intento del derecho de proporcionar una guía normativa no podría tener éxito. Una gobernanza normativa sólida correría la misma suerte, ya que las normas jurídicas no podrían proporcionar recursos con los que los individuos pudieran intentar justificar públicamente sus acciones ante los demás.

Este argumento no presupone que los ciudadanos deban aceptar, respaldar o comprometerse con las normas.

Tampoco depende de un consenso de fondo en la sociedad sobre valores básicos o principios generales, y mucho menos de un consenso sobre lo que Rawls llama doctrinas morales, religiosas o filosóficas integrales. Lo que requiere, más bien, son entendimientos sobre el terreno, es decir, actividades y prácticas comunes o superpuestas que tengan un significado y una fuerza prácticos para quienes participan en ellas. El convencionalismo materialista sostiene que es necesario que el derecho se incorpore a la *vida social ordinaria* de la comunidad que pretende gobernar, aunque siempre será diferente y, en cierta medida, distante de ella. Para ello, no es necesario que las normas jurídicas se incorporen a ninguna teoría general o doctrina integral sobre esa vida social o sus principios subyacentes. El terreno en el que el derecho debe hundir sus raíces lo constituyen las "conversaciones", no los credos, las prácticas, no los principios, los asuntos y actividades ordinarios, no las teorías y las doctrinas. Estos recursos dan vida práctica a las normas del derecho. Sin ellos, la orientación normativa del derecho y la gobernanza normativa sólida carecerían de raíces.

Por supuesto, esto no quiere decir que sea inviable tratar de controlar el comportamiento social sin respetar la vida social ordinaria. Significa, más bien, que si no se cumplen las condiciones mínimas de congruencia de sustancia y continuidad de razonamiento, cualquier intento de control social tendrá que ser enormemente intrusivo, depender de la coerción directa y de órdenes estrictamente formuladas para cada situación. Si un sistema legal perdiera su equilibrio y cayera en esa condición, las personas sujetas a sus giros y vueltas cada vez más arbitrarios (como inevitablemente lo percibirían), en algún momento se encontrarían en una versión a gran escala de la discreción del anotador (Hart 1994: 141-7). Ya no sería posible considerar que los administradores del control juegan con las mismas reglas que las personas a las que intentan controlar, sino con otras reglas o ninguna regla en absoluto. El juego de la ley se habría transformado en un juego de discreción de los administradores. No tendría sentido tratar de entender las reglas para usarlas como guías, incluso guías epistémicas, para la acción. Toda la atención se centraría más bien en las decisiones, caso por caso, de los administradores. Los sujetos se volverían

totalmente dependientes de la voluntad de los administradores. El problema con eso no es **(p. 616)** que sea costoso, o inviable, o moralmente aborrecible, sino, más bien, que es irreconocible como derecho funcional (incluso mal funcional). Sea lo que sea lo que esté en juego, no es derecho, porque no manifiesta la característica definitoria de tratar de proporcionar una guía normativa general. Por lo tanto, el derecho como tal puede funcionar sólo si es congruente en un grado sustancial con la vida social de la comunidad que intenta gobernar.

Ahora podemos extraer implicaciones de este argumento para la contienda entre el convencionalismo formal de Hart y el convencionalismo material. El convencionalismo formal sostiene que, en sus fundamentos, el derecho se basa en una convención estrecha, la práctica de los funcionarios encargados de aplicar el derecho con respecto a la identificación de normas jurídicas válidas, que requiere además sólo el mero hecho de que los sujetos de derecho cumplan en masa con las normas que identifican y tratan de aplicar. Esto, vemos ahora, es insuficiente.

Por el contrario, lo que se necesita más bien es la incorporación del sistema jurídico formal e institucionalizado a la vida de la comunidad que pretende gobernar, al menos en la medida requerida por la tesis de la congruencia defendida anteriormente.

Además, la validez de las normas jurídicas depende al menos tanto de su incorporación sustantiva al cuerpo del derecho como de su conformidad con criterios externos, sean puramente fácticos o morales. Esta doble incorporación explica al menos también la persistencia del derecho a lo largo del tiempo y ofrece una explicación más convincente de la unidad del sistema jurídico que la hipótesis de la regla de reconocimiento de Hart.

3.4 Autoridad y autoridades en el convencionalismo del derecho consuetudinario

"No es la sabiduría, sino la autoridad la que crea una ley", argumentó Hobbes en su *Diálogo* , y agregó aún más contundentemente contra Coke: "Los estatutos [es decir, la ley propiamente dicha] no son filosofía como lo es el

derecho consuetudinario y otras artes discutibles, sino órdenes o prohibiciones" (Hobbes 1971: 55, 69). Bentham llevó este desafío más lejos en el siglo siguiente, al afirmar que el derecho consuetudinario no es nada más que una cuestión de "jurisprudencia no autorizada" (Bentham 1970: 153).

Necesariamente, el derecho es una cuestión de reglas generales, sostuvo, pero en los supuestos ortodoxos del derecho consuetudinario estas reglas no se establecían públicamente en decisiones judiciales, sino que debían construirse a partir de ellas, y ninguna formulación judicial era autoritativa. Pero, entonces, acusó, esto trata a las reglas legales como nada más que "entidades inferenciales", construcciones ficticias. "De un conjunto de *datos* como estos [es decir, un conjunto de decisiones judiciales] se debe extraer una ley por cada persona ".

Filosofía del derecho consuetudinario

hombre que puede imaginar que es capaz; por cada hombre tal vez una ley diferente: y estas son las *mónadas* que reunidas constituyen las reglas... del derecho consuetudinario o común' (Bentham 1970: 192). Las supuestas reglas del derecho común existen, no como prescripciones generales públicamente accesibles, sino como conjeturas privadas, inferencias personales; no como derecho, diría Hobbes, sino como 'filosofía'. Así, la jurisprudencia del derecho común falla como una explicación coherente e inteligible del derecho. Cualesquiera que sean las supuestas reglas del derecho común, no pueden ser reglas de derecho.

El derecho consuetudinario es «algo meramente imaginario» (Bentham 1977: 119).

(p. 617) Esta crítica plantea un desafío importante al convencionalismo del common law, no a su respaldo a la tesis de convergencia que acabamos de considerar, sino a su modelo de derecho y a su papel en el razonamiento práctico. El desafío podría ser el siguiente: el derecho busca proporcionar una guía normativa pública, pero lo hace de una manera distintiva, a saber, dirigiendo directivas autoritativas a los ciudadanos a quienes busca

gobernar y guiar. Estas directivas pueden marcar una diferencia en el razonamiento práctico de los agentes normativos porque su condición de reglas de derecho está determinada por criterios independientes del contenido y funcionan de manera preventiva en el razonamiento práctico de los ciudadanos. Es decir, el contenido y el alcance de las directivas pueden determinarse mediante formas de investigación y razonamiento estrictamente no evaluativas. Si son de hecho autoritativas, ofrecen razones para actuar y razones para no considerar consideraciones morales o prácticas potencialmente competidoras. De esta manera, las autoridades jurídicas aseguran la finalidad con respecto a aquellas cuestiones que el derecho se utiliza para abordar. El convencionalismo del derecho consuetudinario no puede explicar la orientación normativa que el derecho como tal busca proporcionar, porque la identificación de sus prescripciones depende de deliberaciones sustantivas relacionadas con el contenido, cuyos resultados se dice que están constantemente abiertos a la reevaluación.

Por lo tanto, no puede explicar la autoridad distintiva de las leyes o el papel de las autoridades institucionalizadas en el sistema jurídico. No puede esperar proporcionar orientación normativa precisamente en aquellos contextos en los que, por su propia admisión, el derecho está más interesado en abordar, a saber, la interacción social compleja que exige estándares públicos que permitan a los ciudadanos coordinar su interacción. Las directivas autoritativas, en cambio, eliminan la necesidad de que los agentes participen en deliberaciones evaluativas sobre los cursos de conducta apropiados que están abiertos a ellos. Pueden apelar, en cambio, a reglas de acceso público, cuya validez y contenido pueden determinarse mediante marcas no evaluativas de sus fuentes autoritativas.

Este desafío puede ser refinado y desarrollado en varios aspectos, pero puede ser suficiente para los propósitos actuales, ya que mi objetivo aquí es simplemente indicar a grandes rasgos cómo el convencionalismo del derecho consuetudinario podría tratar de defenderse contra un desafío que venga de este lado. Nótese, en primer lugar, que el convencionalismo del derecho consuetudinario, al igual que su antecesor del siglo XVII, estaba tan

descontento como Hobbes con la filosofía como modelo para el derecho, pero igualmente se resiste al modelo de la orden (o su primo refinado, las directivas autoritativas). Busca desplazar el peso de la atención de los aspectos directivos del derecho a sus aspectos deliberativos. El convencionalismo del derecho consuetudinario y sus críticos parten de la misma premisa: el derecho como tal busca proporcionar una guía normativa pública. Pero el convencionalismo del derecho consuetudinario se niega a equiparar la guía normativa del derecho exclusivamente con el tipo de diferencia que se dice que las directivas autoritativas hacen en el razonamiento práctico. Su concepción de la guía normativa es más amplia e incluye dentro de ella un papel para las autoridades y sus directivas autoritativas.

El convencionalismo del common law niega que las autoridades y las directivas autoritativas sean teóricamente centrales para el derecho. A este respecto, es útil recordar el conocido debate sobre el papel de la coerción en el derecho. Los teóricos del derecho han tenido durante mucho tiempo la tentación de explicar la forma distintiva del funcionamiento del derecho en términos de sanciones coercitivas. Los críticos de **(p.**

618) Las teorías de la sanción sostienen correctamente que esta estrategia promueve un aspecto innegablemente destacado e importante del derecho a una posición inmerecida de prominencia teórica, tratando lo que es de importancia secundaria como central, con el resultado de que estamos ciegos a características importantes del derecho. Por ejemplo, el razonamiento sobre las obligaciones legales se reduce a predicciones de coerción oficial, la nulidad de un intento de ejercicio de un poder legal se trata como punitiva, las reglas de derecho se tratan como imposiciones externas desde arriba y se oscurece la forma compleja en que las leyes buscan guiar las acciones. La solución, argumentan los críticos, no es negar que la coerción tiene un papel en el derecho, sino más bien encontrar una explicación del derecho y una guía normativa que deje espacio para el funcionamiento de las sanciones coercitivas, pero que no se reduzca a él. Corremos el mismo riesgo, argumenta el convencionalismo del derecho consuetudinario, si equiparamos el derecho

con reglas jurídicas discretas consideradas como directivas autoritativas. Una vez más, se tratan como centrales características innegablemente salientes e importantes, pero secundarias, del derecho, con el resultado de que se oscurecen o caracterizan erróneamente aspectos importantes del derecho y su modo distintivo de funcionamiento. Hacer que las directivas autoritativas del derecho sean centrales para nuestra comprensión del derecho resalta su papel en dar finalidad a cuestiones que de otro modo amenazan con perturbar o confundir la interacción social. Pero centrarse exclusivamente en ellas nos ciega al hecho de que el derecho no sólo institucionaliza la ejecución de la deliberación, sino que también institucionaliza la deliberación misma. También distorsiona nuestra comprensión de la guía normativa que el derecho busca proporcionar.

Filosofía del derecho consuetudinario

Por ejemplo, nos alienta a pensar en el precedente en términos de reglas, como estatutos redactados por el propio autor, más que como ejemplos, y a pensar en el razonamiento analógico como una forma de descubrimiento de reglas oficiales, cuyo contenido y alcance ya están fijados por decisiones anteriores. También nos obliga a pensar en la toma de decisiones judiciales como una especie de elaboración de leyes no autorizada y oscura, y en el derecho que surge de las decisiones del common law como legislación judicial. Al mismo tiempo, oscurece los aspectos colaborativos de la deliberación del common law y la disciplina a la que el derecho somete esta deliberación.

La noción de orientación normativa del convencionalismo del derecho consuetudinario es más amplia que la captada por la noción de autoridad.

En lugar de considerar (exclusivamente) las reglas o normas discretas del sistema jurídico como los principales guías de la acción, el convencionalismo del common law recurre a los recursos del sistema jurídico en su conjunto, a su proceso y no sólo a su producto, para proporcionar una orientación normativa. En consecuencia, el tipo de orientación que se ofrece no se limita a proporcionar a una clase de agentes razones específicas para las acciones

representadas en una regla general, razones para actuar de una determinada manera y razones que impiden la deliberación sobre otras razones que el agente podría considerar. Más bien, se considera que el derecho proporciona un marco para la deliberación común sobre los cursos de acción y las razones para ellos. El derecho sitúa el razonamiento práctico y la deliberación de agentes individuales racionales y autónomos en un marco de tres partes: (1) una práctica disciplinada de deliberación práctica ejemplificada en, pero no restringida a, las actividades de los funcionarios jurídicos, (2) un conjunto de ejemplos que permite a los agentes definir los problemas prácticos que enfrentan y trabajar para resolverlos, y (3) un foro público institucionalizado en el que se lleva a cabo la práctica, que modela una forma de razonamiento público y colaborativo y que está abierto a la participación activa y pasiva de los ciudadanos. Como parte de **(p. 619)** este proceso institucionalizado, las conclusiones decisorias de esta deliberación son en ciertos aspectos y para ciertos propósitos consideradas como finales y se consolidan en directivas autoritativas. Por lo tanto, esta amplia estrategia para la orientación normativa le da a la autoridad un papel importante que desempeñar, pero no asume el liderazgo. El objetivo de este tipo más amplio de orientación normativa no es proporcionar un sustituto de la deliberación individual que conduce a la acción en contextos sociales públicos, sino más bien redirigir y proporcionar una disciplina y un conjunto de recursos para dicha deliberación.

¿Es el derecho así interpretado absolutamente incapaz de proporcionar orientación a los agentes racionales que se autodirigen allí donde más se la necesita, es decir, en la negociación de las complejas redes de interacción social que enfrentan día a día? Hay razones para pensar que no. En primer lugar, debemos tener en cuenta que la cuestión no es si el derecho tal como lo modela el convencionalismo del derecho consuetudinario hace el mejor trabajo posible en cuanto a proporcionar orientación normativa para la interacción social. El convencionalismo del derecho consuetudinario sólo afirma que la orientación normativa que ofrece el derecho adopta esta forma; no está en cuestión si tiene un gran éxito en proporcionar dicha orientación o incluso si su afirmación de proporcionar

dicha orientación está generalmente justificada en cualquier caso particular (así como la visión alternativa no sostiene que el derecho siempre tiene la autoridad que necesariamente afirma). La cuestión es si su afirmación de hacerlo es prácticamente inteligible. No sería prácticamente inteligible si fuera obvio a primera vista que no podría en ninguna circunstancia social probable funcionar como promete, o si ciertas características estructurales socavaron sistemáticamente su capacidad mínima para hacerlo. Es cierto que la deliberación práctica de individuos aislados, que observan paramétricamente el mundo social al que se enfrentan y sin ningún punto de apoyo en la experiencia o el juicio común, probablemente no alcanzaría ese estándar mínimo, pero ese no es el tipo de práctica disciplinada de deliberación práctica institucionalizada en el derecho tal como la concibe el convencionalismo del common law.

En segundo lugar, en la medida en que esta forma más amplia de orientación normativa hace un uso juicioso de la autoridad, comparte cualquier éxito que pueda esperar lograr. Por supuesto, es concebible que al ubicar las directivas autoritativas en este contexto más amplio de deliberación institucionalizada se pierdan las ventajas de las primeras, pero eso seguramente no está claro en este momento. Además, las versiones más plausibles de la perspectiva que identifica el derecho con las directivas autoritativas no niegan que los jueces y los tribunales participen regular y legítimamente en la deliberación con amplia latitud (utilizando, pero no restringiéndose a, el razonamiento con reglas jurídicas fijas), pero consideran que tales actividades quedan fuera del ámbito de una teoría del derecho (Raz 1995, cap. 13). Cualesquiera que sean los méritos generales de esa perspectiva, es aún más vulnerable a esta preocupación por socavar el potencial de coordinación pública del derecho, si la preocupación resulta ser seria.

De hecho, el convencionalismo del derecho consuetudinario puede tener una ventaja, ya que ofrece una explicación de cómo el derecho busca disciplinar la deliberación de un modo que posiblemente mejore su orientación normativa pública.

Por último, una cuestión más fundamental es qué debe considerarse una orientación normativa pública exitosa, vista no desde un punto de vista político-moral, sino desde el punto de vista de los objetivos del derecho en cualquier comunidad particular. Supongamos que resulta que una concepción más **hobbesiana** , que excluye en la medida de lo posible la deliberación práctica individual, promete una interacción social más tranquila, una vida pública más ordenada. Obviamente, tampoco se sigue de ello que esto sea lo que el derecho como tal debe buscar. Podemos exigir con Hume que el derecho "elimine toda ocasión de discordia y elimine toda posibilidad de conflicto".

Filosofía del derecho consuetudinario

"La contienda es una exigencia intrínseca a la naturaleza misma del derecho. De hecho, podemos pedir más al derecho y a nosotros mismos como participantes en la vida pública regida por el derecho. Podemos pedir, por ejemplo, que nos ayude como comunidad a buscar una mayor justicia para nuestra vida en común, aunque discrepemos en aspectos profundos e importantes sobre lo que exige la justicia. 1

5 Una práctica institucionalizada de argumentación y deliberación públicas que posibilite una empresa de este tipo no pierde su condición de ley sólo porque corre el riesgo de ser algo menos ordenada que el ideal hobbesiano. Tampoco resulta por ello prácticamente ininteligible su pretensión de proporcionar una guía normativa. Según la *Ilíada* , el dios Hefesto hizo un escudo para Aquiles que representaba una ciudad de guerra y una ciudad de paz. La ciudad de la paz estaba representada por una boda y un juicio. Una guía normativa ordenada y eficaz puede ser evidente no en ausencia de tensión, conflicto o disensión, sino en presencia de un marco en el que los conflictos puedan articularse y pueda buscarse su resolución deliberativamente en público. La guía normativa así interpretada tiene un cierto atractivo moral, pero para los propósitos actuales ese no es el punto importante. No es el atractivo sino la inteligibilidad de la concepción lo que se cuestionó. Hasta ahora, no parecemos tener motivos para dudar de su inteligibilidad.

Conclusión. Siguiendo el ejemplo de la jurisprudencia del common law del siglo XVII, hemos esbozado una teoría del derecho que se aleja en aspectos importantes de las conocidas teorías del derecho natural al enfatizar los fundamentos convencionales del derecho y de las conocidas teorías positivistas al tomar una convención de un tipo especial, una disciplina practicada de razonamiento práctico público, como característica definitoria del derecho. Bentham tomó la jurisprudencia del common law lo suficientemente en serio como para pasar gran parte de su vida tratando de refutarla y socavar su influencia sobre los abogados en Inglaterra y en el extranjero. Si bien su refutación fracasó, hizo bien en dedicar sus energías filosóficas a esta concepción del derecho. Es hora de volver a introducirla (o a su descendiente, el convencionalismo del common law) en la competencia jurisprudencial junto con sus rivales más conocidos, el positivismo y la teoría del derecho natural, y darle una oportunidad.

Referencias

Alexander, Larry, y Kress, Kenneth (1995), 'Contra los principios legales', en Andrei Marmor (ed.), *Derecho y Interpretación* (Oxford: Clarendon Press), 279–327.

(p. 621) Austin, John (1885), *Lectures on Jurisprudence* , 2 vols. (Londres: John Murray).

Bacon, Francis (1630), *Elementos de las leyes comunes de Inglaterra* (Londres; (repr. Nueva York: Garland Publishing Company, 1978).

——(1858), *Sobre la dignidad y el avance del saber* (1605), en *Obras* , 7 vols., eds. James Spedding, Robert Leslie Elis y Douglas Denon Heath (Londres: Longman).

Bentham, Jeremy (1970), *De leyes en general* , ed. HLA Hart (Londres: Athlone Press).

——(1977), *Un comentario sobre los comentarios y un fragmento sobre el gobierno* , ed. JH Burns y HLA Hart (Londres: Athlone Press).

——(1998), *Legislador del mundo: escritos sobre codificación, derecho y educación* , ed. Philip Schofield y Jonathan Harris (Oxford: Clarendon Press).

Blackstone, William (1765), *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra* , 4 vols. (Oxford: Clarendon Press, 1765–9).

Brewer, Scott (1996), 'Razonamiento ejemplar: semántica, pragmática y la fuerza racional del argumento legal por analogía', *Harvard Law Review* , 109: 923–1028.

Chapman, Bruce (1994), 'Lo racional y lo razonable: teoría de la elección social y la adjudicación', *Universidad de Revista de Derecho de Chicago* , 61: 41–122.

Cicerón (1928), *De Legibus* , trad. Clinton Walter Keyes (Cambridge, Mass., Harvard University Press, Loeb Classical Library).

Coke, Edward (1628), *Primer Instituto de las Leyes de Inglaterra* (rep. Nueva York: Garland Publishing Company, 1979).

——(1793), *Los informes de Sir Edward Coke, en trece partes* , 7 vols. (Dublín: J. Moore).

Coleman, Jules (1998), 'Incorporacionismo, convencionalidad y la tesis de la diferencia práctica', *Legal Theory* , 4: 381–425.

——(2001), *La práctica del principio* (Oxford: Oxford University Press).

Davies, John (1615), *Irish Reports* , en Alexander Grosart (ed.), *The Works... of John Davies* , 2 vols. (Edimburgo, 1876).

Doddridge, John (1631), *El abogado inglés* (Londres: Cesionarios de I. More).

Dworkin, Ronald (1986), *El imperio del derecho* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

Eisenberg, Melvin A. (1988), *La naturaleza del derecho consuetudinario* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

Finch, Henry (1759), *Derecho, o un discurso al respecto* (repr. Nueva York: Augustus M. Kel y Publishers, 1969; 1.ª pub.

Londres 1627).

Finnis, John (1973), 'Revoluciones y la continuidad del derecho', en AWB Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudencia* (Oxford: Clarendon Press), 44–76.

Ful er, Lon L. (1968), *La anatomía del derecho* (Nueva York: FA Praeger).

——(1969), *La moralidad del derecho* , 2.ª ed. (New Haven: Yale University Press).

——(1981), 'La interacción humana y la ley', en Lon L. Ful er, *Los principios del orden social* , ed. Kenneth Winston (Durham, NC: Duke University Press), 211–46.

Gray, Charles M. (1992), 'El parlamento, la libertad y la ley', en JH Hexter (ed.), *El parlamento y la libertad desde la Desde el reinado de Isabel hasta la guerra civil inglesa* (Stanford, California: Stanford University Press, 1992), 155–200.

Hale, Matthew (1956), 'Reflexiones del señor jefe de justicia Hale sobre el diálogo de la ley del señor Hobbes', en William Holdsworth, *A History of English Law* , 7.ª ed., 17 vols. (Londres: Methuen, 1956; 1.ª publicación, ¿década de 1670?).

——(1971), *Una historia del derecho consuetudinario de Inglaterra* , ed. Charles M. Gray (Chicago: University of Chicago Press).

Hart, HLA (1983), *Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía* (Oxford: Clarendon Press).

(p. 622) Hart, HLA (1994), *El concepto de derecho* , 2ª ed. (Oxford: Clarendon Press).

Hedley, Thomas (1610), Discurso en el Parlamento sobre las imposiciones reales, en Elizabeth Read Foster (ed.), *Actas en Parlamento 1610* (New Haven: Yale University Press, 1968).

Hobbes, Thomas (1971), *Diálogo entre un filósofo y un estudiante de las leyes comunes de Inglaterra* , ed.

Joseph Cropsey (Chicago: Universidad de Chicago Press).

Hume, David (1975), *Una investigación sobre los principios de la moral* , ed. LA Selby-Bigge, 3.ª ed., rev. por PH

(Oxford: Clarendon Press).

Kornhauser, Lewis A., y Sager, Lawrence G. (1993), 'Lo uno y lo múltiple: Adjudicación en tribunales colegiales', *California Law Review* , 81: 1–59.

Levenbook, Barbara Baum (2000), 'El significado del precedente', *Legal Theory* , 6: 185–240.

Levi, Edward (1949), *Introducción al razonamiento jurídico* (Chicago: University of Chicago Press).

——(1965), 'La naturaleza del razonamiento judicial', *University of Chicago Law Review* , 32: 395–409.

Lieberman, David (1989), *La provincia de la legislación determinada* (Cambridge: Cambridge University Press).

Llewel yn, Karl N. (1960), *La tradición del derecho consuetudinario: decisión sobre apelaciones* (Boston: Little, Brown Publishers).

Marmor, Andrei (1998), 'Convencionalismo jurídico', *Teoría jurídica* , 4, 509–31.

Pattaro, Enrico, Gerald J. Postema y Peter Stein (eds.) (próximamente), *Un tratado de filosofía jurídica y Jurisprudencia general* , 12 vols. (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers).

Postema, Gerald J. (1986), *Bentham y la tradición del derecho consuetudinario* (Oxford: Clarendon Press).

——(1994), 'Derecho implícito', *Derecho y Filosofía* , 13: 361–87.

——(1997), 'Integridad: justicia en la ropa de trabajo', *Iowa Law Review* , 82: 821–55.

——(2001), 'El derecho como mandato: el modelo de mandato en la jurisprudencia moderna', *Nous, Philosophical Issues* , 11: 470–501.

——(inédito), 'Si esto continúa así...: Pensamiento analógico en derecho'.

Raz, Joseph (1995), *Ética en el dominio público* (Oxford: Clarendon Press).

St German, Christopher (1974), *Doctor y estudiante* , ed. TFT Plucknett y JL Barton (Londres: Selden Society; 1.ª publicación 1523, 1530).

Schauer, Fred (1989), '¿Es el derecho consuetudinario derecho?' , *California Law Review* , 77: 455–71.

Shapiro, Scott (1998), 'En camino de salida de Hart', *Legal Theory* , 4: 469–507.

——(2000), 'Derecho, moralidad y orientación de la conducta', *Teoría jurídica* , 6: 127–70

Simpson, AWB (1973), 'El derecho consuetudinario y la teoría jurídica', en AWB Simpson (ed.), *Oxford Essays in*

Jurisprudencia (Oxford: Clarendon Press), 77–99.

Sunstein, Cass (1993), 'Sobre el razonamiento analógico', *Harvard Law Review* , 106: 741–91.

Tubbs, JW (2000), *La mentalidad del derecho consuetudinario: concepciones medievales y modernas tempranas* (Baltimore: The Johns Hopkins University Press).

Waldron, Jeremy (1998), 'La costumbre redimida por el estatuto', en MDA Freeman (ed.), *Problemas legales actuales 1998: Teoría jurídica al final del milenio* (Oxford: Oxford University Press), 93–114.

Waluchow, WJ (1994), *Positivismo jurídico inclusivo* (Oxford: Clarendon Press).

Westen, Peter (1990), *Hablando de igualdad* (Princeton: Princeton University Press).

Notas:

(1) Bentham (1970: 152–5, 184–95, 1977: 188–273, 1998: 123–40); Austin 1885: i. 525–33, 620–60); Postema 1986, cap. 8).

(2) Estoy en deuda con James Murphy por esta frase tan acertada.

(3) Nota: a lo largo de este capítulo he modernizado silenciosamente la ortografía, la capitalización y la puntuación.

(4) Cicerón capturó la doctrina estoica, posteriormente elaborada en la teoría tomista del derecho natural, cuando escribió: 'el derecho es la razón más alta... cuando está firmemente establecido y completado en la mente humana' (*De Legibus* , i. 6.18).

(5) Esta palabra está ahora obsoleta, pero era común en el siglo XVII y captura muy bien el aspecto interlocutorio y

estrictamente discursivo de la razón del derecho consuetudinario (*OED*).

(6) Doddridge (1631: 241, 242). 'Decepción' o 'discepción' es un término arcaico que significa 'disputa, debate o discusión'; 'disceptar' es disputar, debatir, expresar desacuerdo o diferencia de opinión (*OED*). Agradezco a Michael Lobban por esta referencia y, en general, por profundizar mi comprensión de la jurisprudencia clásica del common law. Su trabajo sobre el common law del siglo XVII aparecerá en el vol. 10 de Pattaro, Postema y Stein (próximamente).

(7) *Jones v Randall* (1774) Lofft 383, 385, citado en Lieberman 1989: 126); véase también Coke (1628: 254a) y Blackstone (1765: i. 69).

(8) He defendido esta interpretación de la opinión de Hale sobre la validez de los estatutos en Postema 1986: 19-27). Resumo aquí las conclusiones de ese argumento.

(9) Hart 1983: 16) respalda esta explicación de la continuidad del derecho, basándose en Finnis (1973: 61-5). Nótese que tanto para Hart como para Finnis esta norma es un postulado explicativo. La atribuyen a los tribunales (los jueces "deben aceptarla tácitamente", dice Hart) para explicar por qué los tribunales conceden libremente validez a las leyes incluso después de que las "leyes madre" que autorizan su promulgación dejen de existir. Hale ofrece una explicación alternativa. Tiene la virtud, aparentemente ausente en la propuesta de Hart, de ser falsable. Para probar su hipótesis, uno simplemente tendría que determinar si los tribunales tienden a aprobar como válidas las leyes huérfanas incluso si los tribunales consideran que la ley no cumple con la "incorporación"

estándar.

(10) Algunos positivistas pueden no estar casados con este modelo, por ejemplo, aquellos que adoptan una visión

"inclusivista" de la práctica convencional en los fundamentos del derecho (Coleman 1998; Waluchow 1994). Puede que encuentren la explicación de las leyes y el razonamiento jurídico del convencionalismo del derecho consuetudinario (hasta cierto punto) afín, pero están comprometidos con una versión de lo que llamaré la explicación "convencionalista formal" de Hart de los fundamentos del derecho. Debo agregar que los positivistas no son los únicos teóricos atraídos por el modelo de leyes que el convencionalismo del derecho consuetudinario rechaza decisivamente. Hay una larga e importante línea de teóricos dentro de la tradición del derecho natural, especialmente activos en el siglo XVII, que también lo abrazaron (véase Postema 2001).

(11) Para análisis más extensos, véase Chapman 1994: 64-106), Sunstein 1993, Brewer 1996, Levenbook 2000 y Postema (inédito).

(12) Brewer 1996 distingue tres etapas del razonamiento analógico, las dos primeras de las cuales guardan cierta similitud con los dos componentes que identifico. Este no es el lugar para desarrollar en detalle las diferencias entre mi explicación del pensamiento analógico y el análisis de Brewer del "razonamiento ejemplar". Sin embargo, puede ayudar a comprender la explicación esbozada en el texto el notar algunas de las diferencias más importantes. (1) Aunque estoy de acuerdo en que los procesos intelectuales son componentes o etapas del *pensamiento analógico* , a diferencia de Brewer, creo que *el razonamiento distintivamente analógico* ocurre sólo en la primera etapa. Los procesos intelectuales que funcionan en la etapa de evaluación reflexiva (Brewer: "etapa de confirmación") son de una naturaleza diferente. (2) Brewer considera el proceso que yo llamo razonamiento analógico propiamente dicho como una cuestión de razonamiento abductivo. No creo que esto capture adecuadamente la naturaleza del razonamiento o el tipo de capacidades intelectuales involucradas en el razonamiento analógico. Chapman 1994: 64–106) esboza una explicación alternativa más prometedora, en consonancia con la jurisprudencia clásica del common law. (3) Brewer concede más importancia a la construcción de reglas en el razonamiento analógico de lo

que, en mi opinión, corresponde. Digo algunas palabras sobre esta cuestión en el texto.

(13) Para un ejemplo sorprendente de las presiones sobre los tribunales para lograr decisiones colectivamente coherentes incluso cuando los miembros individuales del tribunal se sienten atraídos por teorías individuales muy diferentes de la ley pertinente, véase el análisis de la llamada "paradoja doctrinal" en Kornhauser y Sager 1993.

(14) El argumento desarrollado aquí elabora y amplía un argumento que resulta familiar para los lectores de la obra de Lon Fuler (Ful er 1969, 1981). El argumento de Ful er está esbozado en Postema (1994: 368-80).

(15) Desarrollando una idea familiar del trabajo de Dworkin, aunque en una dirección que él quizás no apoye, he llamado a esta empresa la búsqueda de la "integridad", que, según sostengo, es la búsqueda de la virtud pública de la justicia en circunstancias en las que la justicia está ampliamente en disputa (Postema 1997).

Gerald J. Postema

Gerald J. Postema, profesor Cary C. Boshamer de Filosofía y profesor de Derecho en la Universidad de Carolina del Norte en Chapel Hill.





Filosofía del Derecho Privado

Benjamin C. Zipursky

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0016

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo explica las razones que dan los teóricos jurídicos contemporáneos y los teóricos de la disuasión para la imposición de la responsabilidad en el derecho privado. Los derechos privados de acción en el derecho privado representan un ámbito dentro del cual los individuos pueden buscar una vía de autoayuda creada por el Estado. Un enfoque en los derechos privados de acción es saludable tanto para explicar la responsabilidad en el derecho privado como para ubicar la responsabilidad en el derecho privado dentro de la estructura del sistema jurídico de manera más amplia. Nos lleva a reconocer una familia fundamental de principios en el núcleo del litigio de derecho privado: los individuos que han sido perjudicados legalmente por otros tienen derecho a una vía de recurso civil contra quienes los han perjudicado. Esto nos ayuda a reconocer el papel del Estado en todo derecho, al tiempo que reconocemos características doctrinales, jurisprudenciales y políticas distintivas del derecho privado.

Palabras clave: responsabilidad, derecho privado, sistema jurídico, jurisprudencia, doctrinal **1 Introducción**

¿POR QUÉ el derecho privado impone responsabilidad a quienes cometen delitos? Los teóricos jurídicos contemporáneos tienden a centrarse en uno de dos tipos de explicación. Los teóricos de la disuasión, en particular los defensores del movimiento de la teoría económica del derecho, destacan que cuando la ley impone

responsabilidad, envía un incentivo a los posibles malhechores que tiene el efecto de disminuir la comisión de delitos, es decir, la conducta socialmente dañina.

1 Los teóricos de la justicia correctiva emplean un marco

Esto es deontológico, y explica que la imposición de responsabilidad se basa en el reconocimiento de que los demandados que han perjudicado a los demandantes tienen la obligación de compensarlos.2 El debate **(p. 624)** entre estos enfoques con raíces históricas continúa dentro de la academia legal y filosófica en la actualidad.

En lo que sigue, sugeriré que ambos bandos del debate han cometido el error de omitir un concepto jurídico fundamental, el concepto de derecho privado de acción. El descuido se remonta a la formulación de la propia pregunta: ¿por qué la ley impone responsabilidad civil a quienes cometen delitos jurídicos? *La ley* no *impone* responsabilidad civil. La ley *faculta a* las partes privadas a exigir que otras partes privadas sean consideradas responsables ante ellas, *si así lo deciden* . El estudio de la responsabilidad en virtud del derecho privado debería centrarse, en primera instancia, en por qué la ley *faculta y permite a ciertas personas* actuar de determinadas maneras, no en por qué se exige que ciertas personas sean sancionadas o consideradas responsables.

El hecho de centrarse en los derechos privados de acción es beneficioso tanto para explicar la responsabilidad en el derecho privado como para ubicar la responsabilidad en el derecho privado dentro de la estructura del sistema jurídico en un sentido más amplio. En cuanto a lo primero, nos llevará a reconocer una familia fundamental de principios en el núcleo del litigio de derecho privado: los individuos que han sido perjudicados legalmente por otros tienen derecho a una vía de recurso civil contra quienes los han perjudicado.3 Pero desde un punto de vista más amplio, nos permitirá revitalizar la idea casi latente de la distinción entre derecho privado y derecho público. Una vez que comprendamos claramente la idea de un derecho privado de acción, estaremos en condiciones de reconocer el papel del Estado en todo derecho, al tiempo que

reconocemos características doctrinales, jurisprudenciales y políticas distintivas del derecho privado.

2 Principales modelos teóricos del derecho privado

2.1 Enfoques jurídicos y económicos

Según las opiniones de la economía del derecho que prevalecen hoy en día en la doctrina del derecho privado, como las de Richard Posner o Steven Shavel, un tribunal que dicta una sentencia por daños y perjuicios contra un acusado en un litigio civil está imponiendo el equivalente a una multa a ese acusado. Por lo tanto, una reconstrucción racional de las normas y principios jurídicos que determinan cuándo se supone que los tribunales deben dictar tales sentencias será una reconstrucción racional de un sistema de multas o sanciones que el estado impone en determinadas circunstancias. Estos teóricos reconocen, por supuesto, que nuestro sistema está configurado de modo que las partes privadas inicien los procedimientos que culminan en esta imposición de una multa, y son los destinatarios del pago de estas multas, que **(p. 625)** se denominan indemnizaciones por "daños y perjuicios". Pero estos son hechos contingentes de nuestro sistema. El hecho fundamental es que la imposición de una multa monetaria está vinculada a: el incumplimiento de ciertas normas de conducta; el incumplimiento de un acuerdo contractual; la imposición de una lesión; o la infracción de un derecho de propiedad.

El modelo de disuasión económica del derecho privado se centra en varios puntos interesantes sobre cuestiones básicas del derecho privado. En primer lugar, trata el derecho privado como una actividad reguladora fundamental del Estado. Las normas del derecho privado tienen por objeto influir en la conducta individual para facilitar resultados deseables, por ejemplo, una asignación eficiente de los recursos. Este aspecto regulador del derecho privado se aplica tanto si se analizan los delitos,

los contratos, la propiedad o cualquier otra forma de derecho privado.

En segundo lugar, y de manera relacionada con esto, las normas de derecho privado son puramente instrumentales, al menos en dos aspectos, uno relacionado con *el valor* y el otro con *el contenido* . El valor de determinadas normas de derecho privado es enteramente una cuestión del valor de los resultados logrados mediante estas normas y, de manera relacionada, el valor del cumplimiento de las normas es enteramente derivado de los valores que dichas normas logran a largo plazo. Además, para una amplia variedad de vocabulario supuestamente deóntico utilizado en estas normas (términos como "derecho" y "deber", por ejemplo), el contenido de estos términos dentro de las normas es explicable solo en términos de un modelo reductivo que en última instancia se vincula con los valores instrumentales que estas normas buscan alcanzar.

En tercer lugar, la estructura de los litigios privados, impulsada por el demandante, es una característica contingente del derecho privado, según esta perspectiva. Suele suceder que las personas que sufren lesiones como resultado de la violación de las normas de responsabilidad son las fuentes de prueba más eficientes con respecto a la violación. Por lo tanto, es valioso brindarles a esas personas un incentivo para intentar hacer cumplir la norma de responsabilidad. La perspectiva de ser el destinatario de la responsabilidad del demandado brinda este incentivo. Esa es la razón principal por la que, al menos en los casos de responsabilidad civil extracontractual, se permite a las víctimas presentar demandas.

Es tentador decir que, desde el punto de vista económico, los temas tradicionalmente denominados "derecho privado" son en realidad sólo casos especiales de derecho público: reglas establecidas por el Estado para promover el interés estatal en una asignación eficiente de recursos, que operan informando a los individuos de los precios que se asociarán a ciertas formas de conducta. Por supuesto, las áreas del derecho tradicionalmente "privado", como los agravios, los contratos y la propiedad, tienden a involucrar conductas que tienen un impacto más particularizado en un individuo privado y tienden a involucrar derechos individuales de

manera más central. Pero en contenido, ambas áreas del derecho son iguales en cuanto a su carácter público.

Creo que hay numerosos teóricos destacados cuyas opiniones, en términos generales, coinciden con las anteriores; Posner y Shavel son buenos ejemplos, pero hay muchos otros. Sin embargo, antes de seguir adelante, conviene señalar que la visión económica puede entenderse como una visión bastante diferente del derecho privado y público, que comienza con lo privado y explica lo público en términos de él. En esta visión, articulada de forma más famosa por Calabresi y Melamed, el objetivo del derecho es estructurar y proteger un sistema de derechos privados de una manera que conduzca a una asignación eficiente de los recursos. Las normas de responsabilidad y de propiedad son medios total y parcialmente privados **(p. 626)** para hacerlo. Sin embargo, hay muchas razones por las que la sociedad necesita algunas normas de conducta establecidas en un estilo de mando y control, como las normas de inalienabilidad en el derecho penal, así como un sistema de fondo dentro del cual se puedan crear todas las normas. En esta visión, el derecho público puede entenderse como el caso límite y el telón de fondo para la regulación privada de los derechos.

El modelo económico del derecho privado tiene numerosas fortalezas y debilidades. Su claridad conceptual, su capacidad para dar cabida a numerosas áreas del derecho privado y su provisión de un poderoso marco metodológico que permite el análisis cuantitativo son todas características atractivas; además, gran parte de su atractivo se deriva de su capacidad para dar cuenta de una variedad de características peculiares de la estructura jurídica que diferencian, por ejemplo, el agravio del contrato y a ambos del derecho privado.

Filosofía del Derecho Privado

Sin embargo, como enfoque general para entender el derecho privado, el enfoque económico parece adolecer de varias deficiencias significativas, que han sido señaladas por varios académicos. En su reduccionismo reflexivo, vacía el derecho privado de numerosas capas de estructura doctrinal. Su énfasis en la eficiencia, que incluso sus

defensores han admitido ahora que es claramente inadecuada desde un punto de vista normativo, también es completamente increíble desde un punto de vista interpretativo. En la medida en que el derecho privado tiene objetivos, estos son más diversos y limitados que la eficiencia.

En términos más generales, el derecho privado de los agravios, los contratos y la propiedad se presenta como un sistema distintivo de derecho privado, y el modelo económico no puede dar cabida a esta idea deóntica. No se trata simplemente de que el modelo económico rechace la idea del derecho privado desde un punto de vista normativo, sino de que no hay espacio para articular lo que esta idea significa siquiera, de modo que se la pueda confrontar como parte de nuestro derecho y luego rechazar. Sin duda, la idea de un derecho individual y la idea de preferencias individuales desempeñan un papel importante aquí, pero el derecho que protege estos derechos y satisface estas preferencias tiene por objeto hacerlo sólo en la medida en que sean componentes de una función de bienestar social más amplia que el derecho tiene por objeto maximizar. Es el interés público en maximizar la eficiencia lo que subyace al derecho privado, así como subyace al derecho público.

A esta deficiencia interpretativa se suman otras dos. La distinción entre el derecho privado, dentro de nuestro sistema jurídico, y el derecho público, se relaciona en parte con una distinción en la orientación normativa. La comprensión intuitiva del derecho privado como un dominio del derecho privado contrasta con el dominio del derecho público como un dominio del bien público, el beneficio público o el derecho público. El derecho de la propiedad privada y de los contratos, por ejemplo, trata de hacer justicia entre partes privadas y de respetar los derechos y deberes individuales, mientras que el derecho penal, el derecho de inmigración o el derecho de bienestar, por ejemplo, tratan de servir a las necesidades o bienes públicos. El modelo económico pierde esta distinción. Si bien es quizás un tanto tendencioso describir esta pérdida como una deficiencia (podría verse como una idea vital), me inclino a sugerir que la pérdida del aparato interpretativo y analítico para entender la distinción es una

deficiencia, incluso si uno no quisiera tratar tal distinción como algo justificado.

Por último, y en relación con esto, el modelo económico deja poco espacio para comprender el papel institucional distintivo que desempeñan los tribunales de common law al interpretar el derecho privado **(p. 627) .** En el modelo instrumentalista que favorece el enfoque económico, los tribunales que elaboran normas para nuevos casos están elaborando esencialmente una pieza legislativa destinada a lograr fines públicos, aunque con conciencia del papel del *stare decisis* y de la particularidad de las partes que se presentan ante ellos. Esta visión pasa por alto un conjunto de características especiales que a menudo se atribuyen a la adjudicación en el derecho privado.

Los tribunales que deciden si un demandante en un determinado tipo de supuesto patrón de hechos tiene derecho a presentar una demanda no están decidiendo qué norma inventar. Más bien, incluso si se trata de un caso nuevo, están decidiendo si el tejido jurídico que ya existe es tal que el demandante tiene derecho a obtener reparación por parte del tribunal. Las normas del derecho privado no son generalidades establecidas de antemano por los tribunales y las legislaturas, sino la acumulación de casos decididos por los tribunales sobre la base de quién, entre las partes privadas, tiene derecho a utilizar los tribunales contra la otra.

Numerosos académicos han desarrollado estas críticas tanto desde un punto de vista interpretativo como prescriptivo. Desde un punto de vista prescriptivo, esta familia de críticas pretende mostrar el valor y la obligatoriedad de un sistema jurídico que se basa en conceptos de derecho, y la tenuidad o injustificación del sistema de fijación de precios concebido por el economista. Expresadas en términos interpretativos, las críticas señalan que los temas considerados tradicionalmente como derecho privado angloamericano están animados por los conceptos y principios enunciados anteriormente; justificables o no, cualquier intento de captar lo que es el derecho es un error si no deja espacio para estos conceptos e ideas. Las críticas de este capítulo se plantean desde un punto de vista interpretativo.

2.2 Teorías de la justicia correctiva

Los teóricos de la justicia correctiva, en particular Jules Coleman y Ernest Weinrib, han enfatizado con razón una línea particular de deficiencias doctrinales y estructurales en las visiones económicas, al menos desde una perspectiva interpretativa.

Han criticado las explicaciones económicas por no reconocer el papel esencial del demandante privado en el derecho privado. El acusado no es multado, sino que es responsable ante el demandante. La naturaleza relacional de la responsabilidad la distingue de una multa. En términos más generales, se dice que el hecho de que sea una responsabilidad ante el demandante, en lugar de simplemente un requisito de que el acusado pague algo, socava la plausibilidad de un modelo de disuasión pura. Nuestro sistema no es indiferente -como lo sería en el modelo de disuasión pura- a la identidad del beneficiario de una multa. Más bien, insiste, dentro del derecho privado, en que la responsabilidad es ante el demandante. Algunos economistas han considerado plausibles las explicaciones instrumentales de este aspecto privado del derecho privado, pero se han ofrecido argumentos poderosos desde puntos de vista filosóficos y no filosóficos.

Filosofía del Derecho Privado

Desde el punto de vista filosófico, estas explicaciones no son adecuadas.

La interpretación que hace Coleman del derecho de responsabilidad civil lo describe como un ámbito de responsabilidad por pérdidas. Cuando un individuo daña a otro al perjudicarlo o al invadir sus derechos, y cuando el daño es culpa del causante, entonces el causante es responsable de esa pérdida. La idea de la justicia correctiva es que quien es responsable del daño de otro tiene una obligación de reparación que recae sobre la víctima. El derecho de responsabilidad civil hace cumplir tales obligaciones de reparación **(p. 628)** , basadas en definiciones legalmente reconocidas de lo incorrecto, lo correcto y la culpa. El derecho privado es privado porque involucra relaciones entre partes privadas, obligaciones

hacia la víctima por parte del causante del daño, no obligaciones hacia el estado por parte del causante del daño u obligaciones del estado hacia la víctima. El derecho de responsabilidad civil involucra la noción de lo correcto, ya sea centralmente o correlacionada con los daños que involucra. El papel del tribunal es central, ya que hace cumplir las obligaciones de reparación que reconoce como una cuestión de principio, dados los principios que están implícita o explícitamente incorporados en el derecho consuetudinario. Su cumplimiento de los deberes de reparación está orientado hacia el pasado, no hacia el futuro.

La explicación de Weinrib difiere de la de Coleman en varios aspectos, tres de los cuales son particularmente relevantes para su explicación del derecho privado como tal. En primer lugar, la privacidad del derecho privado se deriva de la naturaleza de los deberes y derechos que lo componen. Estos deberes y derechos son intrínsecamente relacionales: deberes hacia personas o clases de personas, y derechos contra personas y clases de personas. Basándose en temas kantianos, Weinrib sugiere que la libertad y la igualdad son posibles dentro de un marco de derecho y deber que sitúa a los individuos unos respecto de otros y constituye un dominio de posible acción individual. La privacidad del derecho privado consiste en su articulación de un dominio jurídico de derecho y deber individual entre partes privadas. En segundo lugar, la rectificación, o justicia correctiva lograda dentro del derecho privado, no es meramente una cuestión de asumir la responsabilidad por una lesión y, por lo tanto, restablecer un equilibrio fáctico.

Se trata de restablecer un equilibrio normativo, no un equilibrio fáctico. En tercer lugar, el papel de los tribunales en el derecho privado es muy diferente del papel de los poderes legislativos en el derecho público. Los tribunales no crean leyes, simplemente dan efecto jurídico al ámbito de los derechos y deberes jurídicos entre partes privadas que proporciona el marco conceptual formal del derecho privado.

En su intento de captar los conceptos centrales del derecho privado, las teorías de Coleman y Weinrib mejoran los

enfoques instrumentalistas en numerosos aspectos. En primer lugar, comienzan a explicar por qué áreas del derecho privado, como los agravios, son menos públicas que otras áreas, como el derecho constitucional o penal. Los deberes y derechos se aplican a otras partes privadas, no al Estado, según las opiniones de la justicia correctiva. En segundo lugar, y de manera relacionada, comienzan a captar la estructura doctrinal de al menos algunas áreas del derecho privado (especialmente los agravios) mejor que las opiniones económicas. En tercer lugar, al limitarse a un proyecto interpretativo y al tender una amplia red explicativa en torno a la idea de rectificación y justicia correctiva, crean un espacio dentro del cual podemos entender cómo se podría pensar que las decisiones judiciales surgen de un conjunto de principios internos a alguna área del derecho, en lugar de ser impuestas por tribunales que actúan como legisladores. Por todas estas razones, la teoría de la justicia correctiva ha profundizado nuestra comprensión del derecho privado y ha ampliado considerablemente los horizontes jurisprudenciales. Sin embargo, hay razones más que suficientes para ser escéptico sobre la capacidad de la teoría de la justicia correctiva para proporcionar un marco explicativo adecuado en el derecho privado.4

(p. 629) En primer lugar, el derecho privado es diverso. Esto no se debe simplemente a que muchas áreas importantes del derecho privado (por ejemplo, fideicomisos y sucesiones, corporaciones y sociedades) implican un trabajo de abogado que no es principalmente litigio, sino a que, incluso dentro del litigio, el modelo de responsabilidad civil por daños y perjuicios es inadecuado.

El contrato es fundamental para el derecho privado, pero las acciones por incumplimiento de contrato a menudo no tienen por objeto reparar un daño, sino obligar al cumplimiento o al pago de su equivalente (expectativa). La propiedad es esencial para el derecho privado, pero los litigios sobre propiedad se refieren a la reparación de la interferencia con el derecho y no exigen que se haya causado daño alguno.

En segundo lugar, ni el concepto de equilibrio fáctico ni el de equilibrio normativo generan un concepto de

rectificación suficiente para explicar el funcionamiento del derecho privado. Como han señalado varios académicos, incluidos Coleman y Weinrib, no es posible tomar la noción de rectificación de Aristóteles en sentido literal, si se pretende abarcar el derecho privado con ella. En materia de responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, la pérdida de la víctima de un accidente no es, en ningún sentido que no sea una petición de principio, la ganancia del causante del daño. En algunos casos relativamente simples que involucran restitución y derecho de propiedad, es posible que un modelo de este tipo funcione, pero esa es abrumadoramente la excepción. Por lo tanto, uno pasa a una imagen en la que la rectificación significa restaurar a la víctima (pero no necesariamente mediante la devolución de una ganancia). Sin embargo, la restauración de la víctima es muy inclusiva, ya que hay muchos casos de daño que no generan responsabilidad (e incluso muchos casos en los que la culpa más el daño no generan responsabilidad). Por estas razones, teóricos como Coleman, Perry y Ripstein pasan a una noción de Página 4 de 21

Filosofía del Derecho Privado

En la teoría de la justicia correctiva, Weinrib se centra en la responsabilidad por el daño, en lugar de en la rectificación, pero esto subraya su incapacidad para ir más allá del agravio. Weinrib, por el contrario, pasa de la rectificación como concepto perteneciente al equilibrio fáctico a la rectificación como concepto perteneciente al equilibrio normativo. Sin embargo, este paso es problemático por numerosas razones. Es notoriamente difícil aclarar qué significa esta síntesis hegeliana/kantiana/aristotélica.

En la medida en que rompe los vínculos con la noción de equilibrio como una forma de recomponer la totalidad, compromete su fuerza original, la de captar el remedio de recomponer la totalidad como parte del derecho privado. Pero en la medida en que se adhiere a esta noción de equilibrio, deja sin tener en cuenta grandes áreas del derecho privado que permiten una variedad de remedios (por ejemplo, daños punitivos, medidas cautelares). Más importante aún, la noción de equilibrio normativo

presupone una teleología para el derecho privado que, como se analiza más adelante, es altamente problemática.

En tercer lugar, la privacidad del derecho privado no puede residir en la relacionalidad de los derechos y deberes que impone. Los derechos y deberes fundamentales de gran parte del derecho penal también son relacionales en el mismo sentido, y, sin embargo, el derecho penal es por excelencia derecho público. El derecho a no ser golpeado, violado, asesinado, robado, defraudado o espiado, y el derecho a que no se altere o dañe la propiedad de uno son todos derechos protegidos por el derecho penal.

Además, las normas del derecho penal imponen a cada persona el deber de no tratar a los demás de las formas antes mencionadas. Se trata de un ámbito de derechos y deberes relacionales, pero no de derecho privado. En términos más generales, en la medida en que la libertad individual depende de un marco que reconoce un ámbito jurídicamente exigible **(p. 630)** de libertad y seguridad articuladas públicamente, no queda claro por qué esto no podría hacerse a través del derecho público.

Por último, el derecho privado, desde el punto de vista de la justicia correctiva, no ofrece el marcado contraste que pretende ofrecer con el instrumentalismo del economista. Esto se debe a que la teoría de la justicia correctiva, en última instancia, ofrece una explicación bastante teleológica del derecho privado. El derecho privado, desde el punto de vista aristotélico y desde el punto de vista neoaristotélico de Weinrib, facilita la realización del equilibrio normativo. Desde el punto de vista de Coleman, el derecho de responsabilidad civil se encarga de que la responsabilidad legal recaiga sobre quien sea que haya cometido la falta. En términos más generales, desde ambos puntos de vista, el derecho privado sirve para transferir una pérdida a la parte que debería soportarla. Ahora bien, este aspecto teleológico del derecho privado no lo convierte en instrumentalista, ya que sigue abierto a reconocer un valor constitutivo en el sistema; su valor no reside simplemente en el estado de cosas restaurado. Sin embargo, este aspecto teleológico del derecho privado plantea tres problemas. En primer lugar, borra o al menos difumina la distinción entre derecho público y derecho

privado, ya que esa distinción se caracteriza de manera más esclarecedora por la diferencia entre un dominio cuyo objetivo es buscar objetivos públicos y otro en el que ese no es el objetivo. Sin embargo, si se dice que el derecho privado apunta a la realización de una especie de equilibrio, entonces parece estar apuntando a un objetivo público, en última instancia. Además, si bien el reconocimiento de un telos no implica un instrumentalismo puro, abre la puerta a preguntas sobre si el nuestro es el mejor sistema para alcanzar el telos, considerado en su conjunto. Sin embargo, como han sostenido Weinrib, Coleman, Ripstein y otros teóricos de la justicia correctiva, el dominio de las razones en el derecho privado parece ser resistente a incursiones de tipo más consecuencialista. Además, los teóricos de la justicia correctiva:

En particular, Weinrib ha hecho hincapié en la posibilidad de una adjudicación sin política. Por último, desde Aristóteles, una característica destacada del concepto de justicia correctiva ha sido su distinción con respecto a la justicia distributiva, y sin embargo es difícil comprender la idea de un equilibrio de derechos que debe ser restaurado, sin evaluar la justicia de ese equilibrio desde un punto de vista más amplio que incluya la justicia distributiva. Más concretamente, en lo que respecta a la legitimidad del derecho privado, incluso parcialmente en términos de su capacidad para lograr un equilibrio justo, parece una receta para socavar el derecho privado, porque hay razones poderosas para dudar de que el statu quo sea justo desde un punto de vista distributivo.

Por supuesto, estas descripciones del derecho, la economía y la justicia correctiva son demasiado amplias, y se han omitido muchas salvedades importantes y posibles respuestas. Pero basta con ver el esquema de un problema general en la teoría contemporánea del derecho privado. Una opción —actualmente la favorita de la academia jurídica— es considerar la distinción entre derecho privado y derecho público como artificial en el sentido peyorativo de ese término, ya que todo derecho es simplemente un conjunto de dispositivos diseñados para hacer que los actores privados modifiquen sus actividades de una manera que sea más beneficiosa socialmente. El problema con esta visión es similar a los problemas del consecuencialista

radical en la teoría moral: al menos desde un punto de vista interpretativo, omite por completo un mundo de conceptos que tienen sentido para los abogados y los ciudadanos y que han desempeñado un papel en la estructuración de nuestro sistema. En derecho (tal vez a diferencia de la moral, tal vez no) el **(p.**

631) El proyecto interpretativo es de gran importancia, porque la estabilidad y la legalidad dependen, en parte, de la continuidad con el derecho *tal como ha sido entendido* . Por lo tanto, hay razones de sobra para buscar una forma de entender el derecho privado que sea más abierta a una distinción entre lo público y lo privado, y más receptiva a la estructura del derecho privado, que los enfoques jurídicos y económicos.

Los teóricos de la justicia correctiva, en particular Ernest Weinrib, han prometido nuevas vías para pensar el derecho privado, Página 5 de 21

Filosofía del Derecho Privado

Pero hemos visto varios motivos para ser escépticos con respecto a ellos. Es dudoso que abarquen todo el derecho privado, de hecho, algo más allá de la responsabilidad civil; no está claro si la noción de un equilibrio puede hacerse convincente; el concepto de derecho privado como un dominio de derechos y deberes relacionales abarca demasiado ampliamente e involucra gran parte del derecho público, y la teleología de la justicia correctiva en sí misma presenta varios problemas. Con estas preocupaciones en mente, señalaré un camino diferente para pensar en la naturaleza del derecho privado y la importancia de la distinción entre derecho privado y derecho público.

2.3 Un problema fundamental de ambos enfoques

Ambos puntos de vista pasan por alto el papel esencial de los derechos privados de acción en el derecho privado. Difieren en su análisis del requisito de que el demandado pague daños y perjuicios; el académico de la economía del derecho entiende el requisito como una multa, el teórico de la justicia correctiva como una obligación. En ambos tipos de puntos de vista, el papel del demandante al iniciar una

acción es, esencialmente, desencadenar un proceso en el que el Estado pregunta si el requisito establecido se aplica al demandado: si se debe multar al demandado o si el demandado debe pagar daños y perjuicios al demandante. Las personas que realizan tales o cuales actos deben incurrir en una multa; las personas que realizan tales o cuales actos y lesionan o infringen algún derecho están obligadas a compensar a la parte perjudicada.

Sin embargo, la responsabilidad civil ante particulares funciona de manera muy diferente. El Estado no responde a la pregunta: ¿debe multarse una conducta de este tipo? Tampoco responde a la pregunta: ¿tiene un demandado en esta posición la obligación de proporcionar a la demandante lo que ella solicita? Más bien, el tribunal plantea la pregunta: a la luz de lo que ha hecho el demandado, ¿debe hacerse cumplir la demanda de daños y perjuicios del demandante? Un tribunal que decide hacer cumplir la demanda que ha presentado un demandante no está decidiendo necesariamente que la conducta del tipo en cuestión debe ser multada. Tampoco está decidiendo necesariamente que el demandado tiene la obligación de pagar daños y perjuicios, o cualquier otro remedio, al demandante. Está decidiendo que el demandante tiene derecho a que se le conceda su demanda de algún tipo de reparación.

Sin duda, una posible base para tal decisión es que un sistema regulatorio ha autorizado y habilitado a los demandantes a que se les pague a los ejecutores en ciertas circunstancias, y otra posible base es que el demandado le debe al demandante el remedio solicitado, y que la ley debería hacer cumplir tales obligaciones. En este sentido, tanto una explicación económica como una explicación de la justicia correctiva podrían usarse para proporcionar explicaciones de por qué nuestra ley otorga a los demandantes derechos de acción **(p. 632)** . Pero estas posibilidades indican que se ha pasado por alto un nivel analítico más fundamental. El fenómeno que se analizará y describirá, en primera instancia, es el derecho que tienen los demandantes a que se cumplan ciertas demandas siempre que prueben ciertos hechos.

Mientras que el primer tema de este capítulo se refiere a la estructura analítica de los derechos privados de acción, el segundo se refiere a la mejor manera de interpretar su base normativa. Sostendré que, en casos paradigmáticos de derecho privado, la disponibilidad de derechos privados de acción depende de un principio de recurso civil: una persona que ha sido perjudicada civilmente de ciertas maneras tiene derecho a una vía de recurso, a través del estado, contra quien cometió el daño. Basándome en Blackstone y Locke, ofrezco una base dentro de la teoría del contrato social para comprender el atractivo normativo de este principio. En pocas palabras, sostengo que los derechos privados de acción en el derecho privado representan un dominio dentro del cual los individuos pueden buscar una vía de autoayuda creada por el estado.

3 Derechos de acción privados

3.1 Los derechos de acción como poderes jurídicos condicionados

Hay varias características de los derechos privados de acción que son significativas. En primer lugar, en términos hohfeldianos y hartianos, se trata de un poder legal (si bien condicionado y mediado) para actuar de ciertas maneras. Una persona que presenta una demanda por agravio o contrato, si logra obtener una sentencia, alterará la relación legal entre ella y el demandado. La capacidad de alterar las relaciones legales es una forma de poder legal.4a

En segundo lugar, y estrechamente relacionado, las reglas legales que reconocen a los demandantes privados como titulares de derechos de acción son, en términos hartianos, reglas que confieren poderes.

5 (Aquí no se pretende incluir nada en el término "reglas", a diferencia de

'principios'). Por lo tanto, la regla de que un propietario que puede probar una molestia tiene derecho a que se dicte una orden judicial contra la molestia contra un demandado es una regla que confiere a los propietarios de propiedades el poder de poner al demandado bajo una orden judicial

contra la participación en cierta actividad. La regla de que un demandante por agravio que obtiene un veredicto de daños tiene derecho a una sentencia contra el demandado confiere a las personas el poder de dictar una orden judicial contra el demandado. Página 6 de 21

Filosofía del Derecho Privado

el acusado está legalmente en deuda con ellos.

En tercer lugar, el poder conferido está condicionado. Los individuos no tienen el poder de simplemente hacer que otra persona tenga una nueva deuda con ellos, si así lo desean. El **cambio** de la relación legal es algo que uno puede hacer solo si uno es capaz de satisfacer ciertas condiciones: típicamente, cruzar ciertos umbrales procesales y cumplir con ciertos estándares probatorios a satisfacción de un investigador de hechos, con respecto a si el demandado ha actuado de ciertas maneras y el demandante ha sido o será afectado de ciertas maneras.

En cuarto lugar, el poder conferido es mediado, más que directo. El derecho de acción del demandante es un poder para que el estado altere las relaciones jurídicas entre las partes. Si se cumplen las condiciones mencionadas anteriormente, entonces *el tribunal* dictará una sentencia o concederá un mandato judicial, por ejemplo. Es solo en virtud de los actos de un tercero, el estado...

que las relaciones jurídicas se alteren. Sin embargo, el demandante con derecho a acción tiene el poder legal de hacer que el Estado cambie estas relaciones jurídicas: es casi como si el Estado actuara como agente del demandante, una vez que se determina que este ha cumplido las condiciones requeridas. De esta manera, un derecho a acción es un poder mediado.

3.2 Derechos de acción y tribunales

La existencia de un derecho privado de acción en un caso particular depende de los tribunales al menos de dos maneras. Como se indicó, la facultad está mediada por la concesión de una reparación por parte de un tribunal en cualquier caso particular. Sin embargo, los tribunales

tienen la responsabilidad de determinar si se han cumplido las condiciones que establecen las reglas que confieren facultades. Además, el fenómeno mismo de esta facultad jurídica depende para su existencia de la existencia de instituciones que la hagan cumplir (median) y de la existencia de instituciones que dicten sentencia.

En segundo lugar, una norma que confiere un derecho privado de acción en determinadas condiciones y que proporciona un determinado remedio es en sí misma una norma jurídica, que debe tener autoridad para que el derecho privado de acción exista como derecho legal de acción en un caso particular. Sin embargo, esto no quiere decir qué tipo de norma debe ser ni en qué debe consistir su procedencia (al menos en lo que respecta al concepto de un derecho privado de acción). Así, por ejemplo, la ley federal de escuchas telefónicas de los Estados Unidos, Título II, crea un derecho privado de acción para obtener una indemnización por daños y perjuicios contra alguien a quien el demandante puede probar que la ha espiado electrónicamente. En este caso, la norma proviene de una declaración explícita del Congreso de los Estados Unidos. En cambio, un ciudadano de California tendrá derecho privado a entablar una acción contra una persona que se entrometa de manera irrazonable en su aislamiento, pero esto se hará en virtud de que los tribunales de apelación de California se han comprometido a aplicar una regla según la cual una persona que sufre este tipo de invasión tiene derecho a daños compensatorios y (quizás) punitivos contra el intruso. Obsérvese que cuando la norma jurídica en virtud de la cual existe el derecho a entablar una acción en un caso particular es una que debe su autoridad al poder judicial (en lugar de a la legislatura o alguna otra fuente), el poder judicial desempeña al menos tres papeles *con respecto al* derecho a entablar una acción: creador de la autoridad para la regla, adjudicador de las condiciones, ejecutor del remedio.

(p. 634) 3.3 Acción y derechos privados de acción

El derecho privado de acción es un poder para actuar contra ciertas personas. En este sentido, es (*a*) un poder para actuar de ciertas maneras; (*b*) intrínsecamente relacional. La cuestión es si el demandante tiene el poder

de actuar contra el demandado, modificando el estatus legal del demandado en relación con el demandante. Que un derecho privado de acción es un derecho para *actuar* de ciertas maneras es obvio por su nombre, e igualmente obvio por la naturaleza actual del debate público sobre la litigiosidad en los Estados Unidos. El sentimiento predominante es que una cultura de litigios es desagradable, en parte porque implica un antagonismo constante, personas que actúan constantemente *unas contra otras* en los tribunales. Para bien o para mal, la frase "derecho privado de acción" nos recuerda esta característica absolutamente central de los agravios.

3.4 La privacidad de los derechos de acción privados

El derecho privado de acción es *privado* en el sentido de que es un poder de una parte distinta del Estado. En algunas áreas del derecho:

Por ejemplo, en el derecho penal y el derecho de inmigración, el Estado tiene la facultad de modificar el estatus legal de las personas actuando (a través de los tribunales). En el derecho privado, en cambio, es una parte privada la que tiene ese poder. Por el contrario, el poder del que goza el Estado es un poder de creación, adjudicación y ejecución, pero no el poder de actor principal. Por supuesto, los tribunales tampoco son actores principales en el derecho penal o el derecho regulatorio, pero el *Estado* es un actor principal, *en su calidad de* demandante en esas áreas, pero no en el derecho privado.

3.5 Los derechos privados de acción como una especie de derechos

El derecho privado de acción tiene una característica que a menudo se considera un atributo importante de *los derechos* : la decisión de hacerlo valer o no normalmente queda a criterio de la persona a quien corresponde el derecho de acción. Es interesante observar las muchas

maneras en que esta característica de los derechos privados de acción se ha modificado y debilitado en las últimas décadas; en cada caso, sin embargo, con deliberación y con el reconocimiento de que se está comprometiendo algo de importancia fundamental para la naturaleza del derecho de acción. Por lo tanto, por ejemplo, una acción colectiva debe ser salvaguardada en la medida en que implique la afirmación por parte de un no titular del derecho del derecho de acción de un demandante. Un acuerdo de subrogación con una aseguradora no debe quitarle al asegurado el derecho a demandar, sino solo asumir el derecho residual a recuperar dichos ingresos o demandar en ausencia de demanda del demandante.

Los derechos privados de acción gozan a menudo de otro atributo que les conviene bien para la etiqueta de "derechos". A menudo se dice que quien tiene un derecho privado de acción tiene *derecho* a obtener una sentencia o un recurso contra el demandado. Cuando un tribunal reconoce a alguien como titular de un derecho privado de acción, a menudo está reconociendo no sólo que tiene el derecho **(p.**

635) poder legal en cuestión, sino también que tienen derecho a tener ese poder. En este sentido, un derecho privado de acción que posee un titular genuino es algo así como el derecho a votar de un ciudadano con derecho a voto; no es sólo un poder, no sólo está dentro de la discreción del titular, sino que nuestro sistema lo considera como algo a lo que el demandante tiene derecho.

No se trata de una característica esencial de un derecho privado de acción. Cuando un legislador decide, por ejemplo, facultar a ciertas personas privadas para litigar contra ciertos acusados penales con el fin de mejorar la persecución del delito en cuestión, y añade un pago de "recompensa" para esos fiscales generales privados, se puede argumentar que se trata de un derecho privado de acción. Por supuesto, una vez que el esquema legal está en su lugar, hay un sentido en el que el demandante privado tiene derecho a una compensación o tiene derecho al derecho de acción. Pero esto no se parece en nada a lo que los tribunales quieren decir cuando dicen que una persona que es difamada al ser llamada pederasta tiene *derecho* a

actuar, o está *legitimada* para hacerlo, contra el difamador. La afirmación de que el demandante tiene derecho a una acción contra el acusado es en parte una afirmación de que existe tal derecho en el demandante a la luz de lo que hizo el acusado. No es simplemente una asimilación de los hechos del caso a una regla más amplia de concesión de poderes para los casos de difamación. Por el contrario, la regla que confiere poder es en cierto sentido una versión general y arraigada de un principio según el cual dichos demandantes tienen derecho a tener el poder de actuar contra el demandado.

La afirmación de un derecho privado de acción implica la afirmación de un derecho *contra el estado* . El demandante alega contra el estado que tiene derecho a esta asistencia afirmativa del estado. Una norma que confiere poderes, si tiene el carácter de norma, faculta al poseedor del derecho privado de acción a que el estado adopte una conducta que haga que las acciones del demandante sean formas de actuar contra el demandado.

Sostengo que la noción de que el demandante tiene derecho a un derecho de acción es de importancia central para la idea de un derecho privado. Tanto los instrumentalistas como los formalistas sostienen a menudo que el derecho privado pretende tratar de razones no públicas para responsabilizar a los demandados ante los demandantes; los instrumentalistas critican esas ideas por incoherentes. Sostendré en secciones posteriores de este capítulo que la noción de un derecho privado de acción como un derecho a utilizar los tribunales para obtener un remedio es, de hecho, central para la noción de derechos privados de acción y, en cierta medida, para el derecho privado.

3.6 La triangularidad de los derechos privados de acción

Un derecho privado de acción implica un triángulo de relaciones. Un demandante tiene un reclamo contra el estado para obtener su asistencia en la modificación de las relaciones jurídicas del demandado. Obsérvese que el reclamo de asistencia afirmativa del estado es un reclamo dirigido a generar una capacidad para actuar contra el

demandado (alterando su estatus legal). La pregunta de *contra quién existe el poder para actuar* se responde diciendo que es un derecho de acción contra el demandado. Por lo tanto, es natural asumir que el derecho de acción es correlativo a un deber de pago por parte del demandado. Eso sería un error. Como se indica **(p. 636)** , el derecho es, en primera instancia, un poder para actuar a través del estado (aunque, contra el demandado). Ser el titular de un derecho privado de acción contra un demandado para que se le pague una reparación por daños y perjuicios es diferente a ser el beneficiario legalmente designado de una obligación de un demandado. Esto se debe a que el poder legal para actuar de modo de modificar la situación jurídica de un tercero de modo que éste quede obligado a pagar a una persona determinada o a actuar en beneficio de una persona determinada es distinto del estado de ser el beneficiario de la relación jurídica modificada. Esto es así incluso si el estado del beneficiario y el estado del titular del poder se superponen. De hecho, ser beneficiario de una reparación por daños y perjuicios o de una medida cautelar no es una condición necesaria ni suficiente de un derecho privado de acción, como cuestión conceptual.

3.7 El sentido en que los derechos privados de acción son como privilegios En un sentido práctico importante, un derecho de acción es un privilegio para actuar contra otra persona. Considerado como un medio de actuar contra otra persona, y mantenido en el contexto de una cultura política y jurídica que prohíbe la coerción de la conducta o la transferencia no consensual de la propiedad, el derecho de acción proporciona una excepción a la prohibición de la acción privada contra otros. Una persona no puede coaccionar privadamente a otra para que cumpla un contrato, pero puede obtener una orden judicial: una persona no puede tomar privadamente tierras o dinero de otra, pero puede obtener una sentencia y/o un gravamen. Si analizamos los derechos privados de acción en el contexto de esta prohibición, es un privilegio actuar contra terceros de ciertas maneras.

En la práctica, los usos de la frase "derecho privado de acción" se vinculan a una frase adicional que indica la naturaleza de la falta o violación legal del demandado que da lugar al derecho privado de acción. Por lo tanto, los tribunales hablan de un "derecho privado de acción por invasión de la privacidad" (un agravio) o un "derecho privado de acción por fraude de valores" (basado en la violación de una ley). Es parte del concepto de un derecho privado de acción tal como se utiliza en la ley que siempre se concibe en relación con un acto particular del demandado que está siendo demandado, donde ese acto se caracteriza en cuanto a su estatus legal (por ejemplo, invasión de la privacidad, violación del artículo 10b–

5).

(p. 637) 4 Un modelo contractualista de los derechos privados de acción en el derecho privado Así como el castigo atraviesa el derecho penal, los derechos privados de acción atraviesan el derecho civil. Una parte de la teoría del derecho penal se ocupa de la cuestión de por qué delitos tan diversos como el homicidio y la profanación de tumbas se consideran delitos; otra parte se ocupa de la naturaleza y la base normativa del castigo. De manera similar, la teoría del derecho privado incluye preguntas sobre la naturaleza e interrelación de áreas como los agravios, los contratos y la propiedad; otra se ocupa de la naturaleza y la base normativa de los derechos privados de acción, que existen en los tres. Esta parte del capítulo aborda la última cuestión, a través de una exploración de las ideas de Lockian y Blackston.

4.1 Locke sobre la reparación

Aunque los teóricos contemporáneos han tendido a centrarse en explicaciones utilitaristas, aristotélicas o kantianas de la estructura del derecho privado, creo que un aspecto poco desarrollado de la teoría de Locke en el *Segundo tratado sugiere una explicación explícita y esclarecedora de la teoría del contrato social* . Un componente muy discutido de la teoría de Locke se centra en el derecho natural a castigar a los malhechores y la cesión de ese derecho al Estado, a cambio del compromiso del Estado de hacer cumplir la ley penal mediante el

castigo. Pero Locke también afirmó -con la misma confianza, pero de forma significativamente menos popular- que los individuos tienen un derecho natural a reparar los agravios que se les han infligido, en particular.

Además del crimen que consiste en violar la ley y apartarse de la recta regla de la razón, por lo que un hombre se vuelve degenerado y se declara ajeno a los principios de la naturaleza humana y una criatura nociva, es común que se cause daño a alguna persona u otra, y algún otro hombre reciba daño por su transgresión; en cuyo caso, el que ha recibido algún daño tiene, además del derecho al castigo que le es común a los demás hombres, un derecho particular a pedir reparación a quien lo ha hecho.

...6

Según la opinión de Locke, esta libertad de buscar reparación debe cederse al ingresar a una sociedad política.

El hombre, habiendo nacido, como se ha demostrado, con derecho a la perfecta libertad y al disfrute sin control de todos los derechos y privilegios de la ley natural, en igualdad de condiciones con cualquier otro hombre o número de hombres en el mundo, *tiene por naturaleza un poder no sólo para preservar su propiedad, es decir, su vida, libertad y patrimonio, contra la lesiones y atentados de otros hombres* , sino juzgar y castigar las infracciones de esa ley en otros según esté persuadido de que la ofensa merece, ... Pero porque ninguna sociedad política puede ser o subsistir, sin tener en sí misma el poder de preservar la propiedad **(p. 638)** y, para ello, castigar las ofensas de todos los de esa sociedad, allí y sólo allí hay sociedad política donde cada uno de los miembros ha abandonado su poder natural, entregándolo en manos de la comunidad en todos los casos que lo excluyen de apelar para la protección de la ley establecida por ella. [énfasis añadido]7

Así como el derecho individual a castigar fue reemplazado por un sistema de derecho penal administrado por el Estado, así también la

El derecho individual a reparar los daños fue reemplazado por un sistema de derecho civil, en el que el Estado, a través de los jueces, se encargaba de que el causante del daño fuera reparado.

Pero aunque todo hombre que ha entrado en la sociedad civil ha renunciado con ello a su poder de castigar las ofensas contra la ley natural en la persecución de su propio juicio privado, sin embargo, con el juicio de las ofensas que ha entregado al legislativo en todos los casos en que puede apelar al magistrado, ha dado un derecho a la comunidad a emplear su fuerza para la ejecución de los juicios de la comunidad, ...

Por lo tanto, siempre que cualquier número de hombres se unen en una sociedad de tal manera que cada uno cede su poder ejecutivo de la ley natural y lo entrega al público, allí y sólo allí hay una sociedad política o civil. ...

Y esto saca a los hombres de un estado de naturaleza al de una comunidad al establecer un juez en la tierra, con autoridad para determinar todas las controversias y *reparar los daños que puedan sucederle a cualquier miembro de la La* Commonwealth.8

La sugerencia de Locke de que el derecho civil es un medio para reparar los agravios tiene fundamento sólido, como también lo tiene su contraste entre reparación y castigo. Locke reconoció perspicazmente que, en la medida en que el Estado actúa en virtud del derecho civil, lo hace en nombre de una víctima individual, mientras que, en la medida en que el Estado actúa en virtud del derecho penal, actúa prototípicamente en nombre de todos los miembros de la comunidad. Además, insistió acertadamente en que el Estado *actúa* tanto en el derecho privado como en el derecho penal, tanto al proporcionar reparación como al castigar.

Sin embargo, Locke parece haber pasado por alto una característica de enorme importancia en el derecho civil, que en muchos sentidos preparó el terreno para que nuestra tradición jurídica descuidara el concepto de un derecho privado de acción. El pasaje inmediatamente anterior sugiere que Locke consideraba que los jueces

reparaban los daños, en lugar de considerar que los jueces permitían a las partes privadas obtener reparación llevando a sus agresores a los tribunales. Sin embargo, reconoció que en el caso del castigo el ejecutivo era en realidad el encargado de hacer cumplir las leyes, y que los tribunales estaban facultados para decidir las disputas entre el ejecutivo y el individuo. No queda claro en el *Segundo Tratado* si Locke (erróneamente) creía que el ejecutivo desempeñaba el papel de iniciador en esta aplicación en el caso de los daños, pero parece que (acertadamente) consideraba al magistrado como el único órgano del poder estatal que desempeñaba un papel en los litigios individuales en virtud del derecho privado.

Sin embargo, no hay ninguna indicación de que Locke haya reconocido que los litigios para reparar los daños se inician y se llevan a cabo de manera privada, a diferencia de los litigios que buscan el castigo. Por lo tanto, es fácil interpretar el *Segundo Tratado* como si contemplara un sistema en el que el Estado se compromete a castigar cuando sea apropiado y a buscar compensación para los perjudicados, cuando sea apropiado.

(p. 639) Y puesto que se trata de una obra que trata sobre qué tipo de sistema político y legal sería justificable (en lugar de retratar con precisión el sistema existente en Inglaterra), es posible que Locke estuviera justificado al defender tal sistema.

La visión de Locke sobre el crimen y el castigo en el marco del contrato social fue, por supuesto, una contribución distintiva a la tradición del contrato social que emanaba de Hobbes. En contra de las opiniones de Hobbes de que la necesidad de un Estado surge de la ausencia de un derecho natural, Locke sostuvo que, incluso suponiendo que existiera un bien y un mal naturales que las personas normales fueran típicamente capaces de determinar, seguiría habiendo una necesidad de un Estado porque la inclinación individual a castigar a los malhechores precipitaría el caos en ausencia de una autoridad. Sin embargo, al haber postulado un poder y una inclinación naturales a castigar, Locke creó para sí mismo la necesidad de explicar cómo un Estado podría prohibir justificadamente ese castigo privado. La respuesta de

Locke es un gran avance de la teoría política liberal: la prohibición del castigo privado por parte del Estado y el uso por parte del Estado de su propio poder para castigar son en realidad dos caras de la misma moneda: la prerrogativa del Estado de castigar existe como una encomienda, por parte de sus ciudadanos, de su propio poder natural para castigar. Sólo porque el Estado se compromete a actuar en nombre de sus ciudadanos para castigar a quienes cometen malas acciones es que: (i) prohíbe justificadamente a los individuos ejercer su derecho individual a castigar; (i) castiga justificadamente, como Estado.

El poder del Estado para castigar es, por tanto, enteramente derivado; la obligación del individuo de no ejercer un castigo privado está condicionada a que el Estado haya asumido esa función.

Aunque hay evidencia limitada sobre este punto, parece probable que Locke sostuviera una opinión análoga en cuanto al derecho a reclamar compensación por daños individuales. Existe un derecho y un poder naturales para reclamar compensación por un daño infligido a una persona. Sin embargo, si cada persona actuara en función de lo que percibe como un daño causado por otra y buscara soluciones por sí misma, esto conduciría al caos. Pero el problema se resolverá si cada uno confía al estado el poder de determinar si se produjo tal infracción y el poder de reparar el daño exigiendo al causante del daño que indemnice a la parte perjudicada. El estado tiene el poder de hacerlo porque los individuos se lo han confiado. Página 10 de 21

el estado; a los individuos se les prohíbe justificadamente hacer esto porque el estado lo hará en su nombre.

Independientemente de si esta era o no la opinión de Locke, parece claro que es posible. Al explorar los derechos privados de acción, esta opinión lockiana es interesante por varias razones. En primer lugar, ubica la justificación del derecho privado en los derechos privados de respuesta de los individuos que han sido perjudicados o perjudicados. La

justificación de un sistema de recursos a través de los tribunales en el derecho civil se deriva, según esta opinión, del derecho de un individuo a buscar reparación.

En segundo lugar, el derecho natural a buscar reparación es privado y es un derecho exclusivo de la persona perjudicada. En tercer lugar, como se cristaliza en la metáfora del contrato social, Locke reconoció que los individuos no tienen, de hecho, y no deberían (desde un punto de vista normativo), un amplio derecho a la autoayuda cuando son perjudicados. Por el contrario, se concede el derecho natural en lugar de que el Estado asuma el poder de obligar a las personas a reparar los daños o perjuicios que han causado.

(p. 640) Abstrayéndonos de la metáfora, podemos decir que, según Locke, existe un derecho privado a que el Estado (que prohíbe los amplios recursos de autoayuda) asuma y ejerza el poder de buscar reparación para la víctima, a la luz de la prohibición estatal de la autoayuda. En cuarto lugar, y de manera relacionada, la prohibición estatal de la autoayuda privada conlleva una obligación de buscar reparación para quien ha sido víctima de la injusticia de otro. En todos estos sentidos, el derecho a reparación tal como lo entendía Locke se asemeja al derecho privado de acción en nuestro sistema: es privado, es personal para quien fue víctima, existe en conjunción con una prohibición general por parte del Estado contra la autoayuda privada, y el concepto es un concepto de un derecho, contra el Estado, a este recurso. Además, el Estado tiene el deber de proporcionar esto a la víctima.

Sin embargo, es interesante que la imagen lockiana no coincida con el derecho que tenemos en la actualidad. En el sistema jurídico angloamericano actual, el Estado no suele desempeñar un papel ejecutivo a la hora de buscar una compensación para los perjudicados.9 El sistema de derecho privado no implica al Estado como el derecho penal implica al fiscal. El actor, en el derecho privado, es de hecho la parte privada que ha sido perjudicada. Esa parte no es, como parece haber previsto Locke, simplemente la beneficiaria de la reparación obtenida por el tribunal. De hecho, la parte es la que "persigue" la acción privada.

Además, el hecho de que el demandante presente un caso ante el tribunal no es simplemente una cuestión de una solicitud de acción por parte del tribunal. Más bien, la parte privada debe proseguir la acción en cada paso. Incluso si el demandante obtiene una sentencia del tribunal, la sentencia en sí no es una reparación; la sentencia crea una deuda del demandado hacia el demandante. Seguirá siendo tarea del demandante hacer cumplir el pago de la deuda. Por lo tanto, la imagen del Estado como si ordenara *de oficio* a los malhechores que paguen a sus víctimas es completamente incorrecta. Los tribunales juzgan que se concederán ciertas demandas de los demandantes y acceden a ellas.

En términos lockianos, nuestro sistema legal establece un pacto legal entre el individuo y el Estado diferente del que el propio Locke imaginó. Los individuos perjudicados renuncian al derecho a participar en acciones violentas de autoayuda, pero obtienen a cambio algo diferente de lo que Locke imaginó. A cambio, los individuos reciben un derecho privado de acción. Como se explicó anteriormente, se trata de un poder privado para actuar, a través del Estado, para cambiar el estatus legal del acusado, con la condición de que se prueben ciertas cosas sobre la conducta del acusado. Dentro del marco del contrato social lockiano, el derecho privado de acción podría entenderse de la siguiente manera. En lugar de prohibir a las víctimas individuales actuar contra el malhechor y actuar en su nombre para obtener reparación, nuestro sistema ha elegido una alternativa más matizada. Se permite a la víctima actuar contra el malhechor para obtener reparación, pero sólo a través de un marco particular y artificial de derecho civil. La transformación civilizadora de esta agresión privada es el sello distintivo del derecho privado de acción.

(p. 641) 4.2 Blackstone sobre la reparación de los agravios privados

Estas reflexiones cuasi-lockianas no son idiosincrásicas; por el contrario, un análisis similar de los derechos privados de acción se encuentra en el análisis más autorizado y exhaustivo del derecho consuetudinario: *los Comentarios de Blackstone* . En el tercer libro, titulado 'Private Wrongs',

Blackstone escribió que los tribunales se instituyen precisamente para proporcionar a las partes privadas una vía de recurso a las víctimas de agravios privados:

Para lograr con mayor eficacia la reparación de los agravios privados, se instituyen tribunales de justicia en todas las sociedades civilizadas, a fin de proteger a los débiles de los insultos de los más fuertes, mediante la exposición y aplicación de las leyes que definen los derechos y prohíben los agravios. Por lo tanto, este remedio se ha de buscar principalmente mediante la presentación de una demanda ante estos tribunales de justicia, es decir, mediante *un proceso* o *acción* en la naturaleza.10

Blackstone trató explícitamente *la reparación a través de los tribunales* como una de tres especies diferentes de remedio. Una forma más primitiva de reparación se obtiene mediante la acción de una de las partes, como cuando uno se defiende a sí mismo o a su familia contra un agresor, o uno elimina una molestia de su tierra. Blackstone contrastó esta autoayuda básica con formas de reparación puramente legales: "reparación por el mero funcionamiento de la ley", como cuando un acreedor impago retiene automáticamente parte de la herencia de un deudor porque ha sido nombrado albacea de la herencia, o cuando un interés de propiedad revierte a la parte perjudicada en determinadas circunstancias. Sintetizando aspectos de cada uno de estos dos opuestos, Blackstone escribió:

El siguiente y principal objeto de nuestras investigaciones es la reparación de daños mediante *demandas judiciales* , en las que el acto de las partes y el acto jurídico cooperan, siendo el acto de las partes necesario para poner en marcha la ley y siendo el proceso jurídico en general el único instrumento por el cual las partes pueden obtener una reparación cierta y adecuada. (22)

Un precepto primordial es la conocida afirmación de que "siempre que el derecho consuetudinario otorga un

derecho o prohíbe un daño, también otorga un remedio mediante la acción; y, por lo tanto, siempre que se produce un nuevo daño, se debe buscar un nuevo método de remedio" (122). La mayor parte del Libro Tres describe los muchos tribunales diferentes, los agravios por los que se puede buscar reparación en cada uno de estos tribunales y los recursos que se deben utilizar para buscar diversos tipos de reparación por diversos agravios en cada uno de estos tribunales. En resumen, el estudio de Blackstone de los tipos de derechos a los que se puede acudir ante los tribunales corresponde aproximadamente a su estudio de la variedad de agravios privados. A lo largo del Libro Tres, aprendemos que cuando hay un derecho del que se ha privado a un individuo o se ha cometido un agravio contra el individuo, hay una manera de acudir a los tribunales y hacer que el tribunal proporcione un remedio.

(p. 642) 4.3 Una síntesis de Locke/Blackstone sobre la reparación en nuestro derecho privado actual La afirmación supuestamente descriptiva (pero parcialmente normativa) de Blackstone de que existe un remedio para cada injusticia privada recuerda la insistencia de Locke, dentro del modelo del contrato social, de que el Estado está obligado a castigar y proporcionar reparación por los daños. Sin embargo, Blackstone reconoce correctamente que los remedios dentro del derecho civil no son un producto del Estado, que actúa de manera ejecutiva, sino más bien un derecho de una parte perjudicada que ha comenzado a actuar (que ha demandado en la corte) a que se le conceda el remedio solicitado. La síntesis de Locke y Blackstone que esto sugiere es la visión de que el poder de alterar el estatus legal de un acusado mediante la emisión de una sentencia en su contra (el derecho privado de acción) es algo a lo que una parte privada que ha sido perjudicada tiene derecho por parte del Estado.

Por el contrario, el Estado, que ha privado a los individuos de otros medios de autoayuda, está obligado a otorgarles una vía de recurso civil a través de los tribunales. Los tribunales que reconocen el derecho privado de acción como un derecho de la parte perjudicada están aplicando precisamente este tipo de principio lockiano.

La metáfora del contrato social lockiano no puede resistir mucha presión, como han señalado críticos simpatizantes, desde Hume hasta Rawls. La metáfora se suele utilizar como sustituto de un argumento más amplio basado en la existencia de razones para que los miembros de un grupo de personas dentro de un Estado consideren legítimo y autoritario a un Estado limitado por ciertas normas y actúen como miembros de él, razones condicionadas a la aceptación de otras personas en el Estado con ideas afines. Este no es el lugar para emprender el proyecto de desentrañar la metáfora; existe una vasta literatura contractualista y anticontractualista sobre este tema. Pero suponiendo que no sea incoherente en general tratar de desentrañar los argumentos contractualistas de esta manera, vale la pena analizar lo que significaría en el contexto de los derechos privados de acción. Dentro del marco lockiano, la afirmación era que existía un derecho natural a buscar reparación y que la concesión de este derecho se compensaba con la asunción por parte del Estado del papel de proporcionar reparación a través de la ley. Con los ajustes de Blackston, la afirmación es que el derecho natural a buscar reparación se concede a cambio de un derecho de reparación civil, un derecho privado de acción. En términos de razones, y abstraído de los derechos naturales y del contrato social, la visión aparece como sigue: a la luz del hecho de que todos tenemos instintos para reparar los agravios que se nos han hecho y que el Estado nos prohíbe actuar en consecuencia, y que ese marco de libertad pura para reparar los agravios sería de algún valor para la persona que fue perjudicada en términos de autopreservación y autorreparación, el Estado está obligado a proporcionar a alguien que ha sido perjudicado una vía de recurso civil, un derecho civil a reparar, a través de los tribunales, contra el infractor. Ese es un "derecho privado de acción", y es la esencia del derecho privado.

(p. 643) 4.4 La idea del recurso civil

El marco derivado de Blackstone y Locke puede generalizarse y abstraerse a partir de estas conexiones históricas. En la base de nuestro sistema de derecho privado se encuentra un principio según el cual, en una variedad de circunstancias diferentes,

Filosofía del Derecho Privado

Los individuos tienen *derecho* a actuar contra otras partes privadas de diversas maneras. En términos más claros, nuestro sistema considera que quien ha sido perjudicado por otro *tiene derecho* a una vía de recurso contra ese otro, es decir, a *responder* por la forma en que ha sido tratado por el otro.

Un aspecto crítico de la sociedad política es que *vengar un mal percibido o una invasión o daño a los derechos no es una Justificación suficiente para una acción agresiva contra otra persona* . Por lo tanto, una sociedad política civil tiene prohibiciones sobre la conducta violenta contra otras personas, y esas prohibiciones tienen un alcance lo suficientemente amplio como para incluir, hasta ilegalizar, la acción agresiva en respuesta. Por lo tanto, un puñetazo en la nariz no justifica un puñetazo en la nariz; una infracción (pasada) de los derechos de propiedad no justifica una agresión o una conversión; una lesión por descuido no justifica la confiscación forzosa de bienes para compensar, o la inflicción paralela de una lesión en respuesta. El incumplimiento de una promesa no justifica un castigo furioso del promitente, o una coerción privada del cumplimiento. Bajo nuestra ley, todas estas cosas están prohibidas.

Y según nuestra concepción de una sociedad política civil, la acción privada no está permitida en estas circunstancias. De hecho, aunque la noción de *lex talionis* —ojo por ojo— sigue siendo atractiva para algunos teóricos del derecho penal, que teorizan sobre la capacidad del Estado para buscar retribución, la noción de *lex talionis* como principio de represalia privada es ampliamente rechazada, y su rechazo se considera el primer paso hacia una noción tolerablemente civil de sociedad política.

Es un error común entre pensadores tan diversos como Aristóteles, Locke y Holmes que el rechazo de las nociones burdas de represalia privada implica un rechazo absoluto de las nociones de *respuesta privada* a las malas acciones. La civilidad de nuestro derecho civil reside, en efecto, en su rechazo de la permisibilidad de la agresión privada. Pero, como vio Blackstone, si bien el rechazo de la agresión

privada es reemplazado por la exacerbación de la agresión pública, en el caso del castigo, eso es sólo una parte de la historia. En el caso de *reparar los agravios* personales de un individuo, *el rechazo La agresión puramente privada se sustituye por el poder de las partes privadas para alterar el estatus legal de Los malhechores, a través de un proceso civil que incluye al Estado* . A los individuos se les prohíbe responder de manera no civilizada a una variedad de agravios que se les han hecho, pero al mismo tiempo están facultados para responder de manera civilizada. Un derecho privado de acción para obtener una reparación es lo que les está permitido a los individuos.

Volvamos ahora a nuestra cuestión del lugar que ocupan los derechos privados de acción en nuestro derecho consuetudinario actual. Estamos a sólo un paso de una posible respuesta. El modelo del contrato social sugiere que la obligación del Estado de otorgarle al demandante poderes civiles se deriva de que el Estado ha prohibido al individuo perjudicado responder a la infracción de cualquier otra manera. Al haber sido privado, por el Estado, de la libertad de contraatacar y de retractarse agresivamente, el individuo perjudicado tiene derecho a recibir del Estado *alguna* vía de recurso contra el demandado.

Por el contrario, habiendo privado al individuo **(p. 644)** de la libertad de retractarse cuando ha sido agraviado, el Estado está obligado a proporcionarle alguna vía de recurso contra el agraviado. Al facultar a los individuos con un derecho privado de acción, el Estado se deshace de esta obligación. Dado que proporcionar una vía de recurso adecuada es una obligación del Estado hacia el individuo agraviado pero privado de la libertad de responder agresivamente, el derecho privado de acción es algo a lo que el individuo tiene derecho. El principio de que el individuo tiene ese derecho es, por lo tanto, la base del reconocimiento de un derecho privado de acción. La idea de un derecho a un derecho privado de acción encuentra así apoyo dentro de una concepción individualista liberal que se extiende más allá de una noción de derechos de propiedad, o basada en "posesiones", contra otros, hacia una noción que concibe a los individuos como poseedores tanto de derechos contra ser tratados de cierta manera,

como de una capacidad de actuar en respuesta a fin de protegerse y reivindicarse.

Entendemos mejor el principio de recurso si vemos lo que se perdería en un mundo con un sistema de castigo y compensación, pero sin derechos privados de acción. Es tentador considerar los derechos de acción como meros instrumentos para obtener compensación. Desde este punto de vista, lo que uno tiene derecho a son sus posesiones, así como un cierto grado de disuasión y castigo de quienes violan la ley. El derecho penal se ocupa del castigo y parte de la disuasión. El derecho privado es un instrumento para restablecer las posesiones y aumentar la disuasión. Sin embargo, lo que falta en este panorama es el derecho del individuo privado a *obligar* legalmente a otros a actuar, a *elegir* un remedio y a *reivindicar* sus propios derechos. Dependemos por completo de la aplicación y la discreción del Estado. Además, el grado de protección que uno tiene depende por completo de si uno cree que el concepto de "posesiones" puede dar cabida a todas las formas en que los individuos intentan reivindicar sus intereses.

5. Revisitando los problemas del derecho privado

Utilizando la estructura analítica de los derechos privados de acción y la idea normativa del recurso civil como pilares, estamos

Ahora estamos en condiciones de señalar una solución a varios problemas fundamentales en la teoría del derecho privado.

(p. 645) 5.1 La variedad de derechos privados de acción

Una característica atractiva de los enfoques económicos del derecho, como ha señalado Jules Coleman, es su capacidad para unificar campos del derecho aparentemente diversos. Así, por ejemplo, la responsabilidad civil, los contratos y la propiedad —áreas tradicionalmente clave del derecho privado— pueden entenderse como diseñadas de diferentes

maneras para alcanzar el mismo fin: la asignación eficiente de recursos.

Las teorías de la justicia correctiva, si bien rescataron en cierta medida la distinción entre derecho privado y público, lo hicieron a costa de proporcionar un marco general para las diversas áreas del derecho privado. El énfasis en el recurso civil, los derechos privados de acción y los poderes privados nos permite distinguir el derecho privado del derecho público y ofrecer una explicación más amplia de la unidad del derecho privado.

Esta sección unifica el derecho privado, al menos en relación con los litigios, al señalar que en materia de responsabilidad civil extracontractual, contratos y propiedad, una característica distintiva es que los individuos tienen derechos privados de acción. Además, en cada área, los tribunales reconocen a los demandantes el derecho a ejercer derechos privados de acción debido a la conducta del demandado hacia ellos.

Sin embargo, el desencadenante de un derecho privado de acción y, más profundamente, la base del derecho a una vía de recurso civil, difiere en los tres casos. En agravio, un derecho privado de acción se genera cuando el demandado ha perjudicado al demandante, en virtud de una norma relacional legalmente reconocida que obliga al demandado a abstenerse de tratar a las personas de cierta manera. En contrato, el derecho privado de acción se genera cuando el demandado se ha comprometido a sí mismo a un acuerdo privado. En propiedad, es la invasión real o prevista por parte del demandado de un derecho de propiedad lo que genera un derecho privado de acción.

5.1.1 Agravio

La noción de un derecho privado de acción basado en un agravio del demandado es fácil de entender. Un agravio es un acto que el derecho consuetudinario trata como un maltrato. Así, por ejemplo, un demandante que es golpeado, difamado, defraudado, encarcelado injustamente o procesado maliciosamente tiene un derecho privado de acción contra el golpeador, difamador, defraudador, encarcelador injustamente o fiscal malicioso. De manera

similar, un demandante que ha sido herido por un conductor negligente o herido por la mala praxis médica de su médico o la mala praxis legal de su abogado tendrá un derecho privado de acción contra un conductor, médico o abogado negligente. En todos estos casos, hay una norma incorporada en el derecho consuetudinario que prohíbe a las personas tratar a los demás de una determinada manera y, por lo tanto, designa una determinada manera de tratar a los demás como un maltrato, una violación de una obligación civil de tratar a los demás de una determinada manera. Una vez que un tribunal decide que la demandante ha demostrado que el demandado cometió un agravio en su contra, el tribunal reconoce en la demandante un derecho privado de acción. El tribunal, en efecto, está decidiendo que la demandante tiene derecho a que se haga cumplir su demanda de una sentencia por daños y perjuicios (o una medida cautelar) contra el demandado, a la luz del hecho de que el demandado la trató de esa manera. Pero tenga en cuenta que el tribunal comienza con una demanda del demandante de que se dicte una sentencia por daños y perjuicios contra el demandado. La pregunta a la que se enfrenta el tribunal **(pág. 646)** no es: ¿se debe obligar al demandado a pagar al demandante? La pregunta es: ¿se debe conceder la demanda del demandante de que se dicte una sentencia en su contra? La comisión de un agravio por parte del demandado sirve como razón para empoderar al demandante, para permitir que se conceda la demanda del demandante de que se dicte una sentencia.

Existen, entonces, principios de nivel medio que se encuentran en todo el derecho de responsabilidad civil, que reconocen que un demandante que ha sido tratado de cierta manera tiene derecho a un derecho privado de acción; por ejemplo, una persona que ha sido difamada tiene derecho a un derecho privado de acción contra el difamador. Cada uno de estos principios puede entenderse, en parte, en términos de la idea del recurso civil. Cada uno combina el reconocimiento de un determinado acto como una forma de ilícito que la ley está dispuesta a reconocer como ilícito, por un lado, con el reconocimiento de un derecho a una vía de recurso por el ilícito.

Esto culmina en el reconocimiento de que el demandante tiene derecho a un poder para actuar contra el demandado a través del estado.

En la práctica, el tribunal reconoce de hecho este poder en el demandante al aceptar y actuar en consecuencia con su demanda de modificar el estatus jurídico del demandado.

5.1.2 Contrato

La condición de un derecho privado de acción en el derecho consuetudinario de contratos es que el demandante demuestre que el demandado incumplió una obligación contractual con él de cumplir. Sin embargo, el estado no tiene un poder de libre alcance para exigir a las partes de un contrato que cumplan. Más bien, el estado obliga al promitente a cumplir solo cuando el destinatario de la promesa ha invocado un derecho privado de acción para el cumplimiento específico. La disponibilidad de tribunales en los que un destinatario de la promesa incumplido puede exigir el cumplimiento específico es, en cierto sentido, un derecho afirmativo de los ciudadanos a un medio de Página 14 de 21

Filosofía del Derecho Privado

garantizar el cumplimiento de las promesas que se les hicieron.

El derecho privado de acción en un contrato de cumplimiento específico también puede entenderse en términos de la idea del recurso civil. Una vez celebrado un contrato y dado una contraprestación por él, no se debería exigir a una parte privada que sufra pasivamente el incumplimiento de ese contrato. Sin embargo, en la sociedad civil, la autoayuda agresiva o violenta está prohibida. Nuestro sistema resolvió este problema, tradicionalmente, permitiendo que un beneficiario de una promesa actúe de manera civil a través del estado para obligar al cumplimiento de una promesa. Un derecho privado de acción en un contrato de cumplimiento específico es claramente un poder para obligar legalmente a un beneficiario de una promesa a cumplir bajo pena de una posible sanción por desacato por parte del estado. Una

vez más, la explicación de que el tribunal conceda este resarcimiento no es simplemente la obligación del demandado de cumplir; es el derecho del demandante a que el demandado cumpla, a la luz de la promesa que le hizo el demandado.

El derecho contractual angloamericano contemporáneo desaprueba el cumplimiento específico como remedio, y ofrece únicamente un remedio por daños y perjuicios en la mayoría de las acciones por incumplimiento de contrato. Sin embargo, la medida típica de los daños y perjuicios es la expectativa, que podría decirse que manifiesta la concepción del cumplimiento específico. El papel del demandante como beneficiario de una promesa que ha proporcionado una contraprestación es lo que le da derecho a obligar al promitente a proporcionar el equivalente del cumplimiento (expectativa).

(p. 647) Curiosamente, en el siglo XX los tribunales se enamoraron cada vez más de una concepción del incumplimiento de contrato como una forma de ilícito. Además, los demandantes con frecuencia buscan indemnizaciones por daños y perjuicios como compensación por un daño infligido por el incumplimiento. En este sentido, el incumplimiento de contrato a veces se considera una forma de agravio. Los demandantes pueden buscar reparación por el daño injustificado que se les infligió. Obsérvese que un derecho privado de acción para hacer que un infractor injustificado quede en deuda con el demandante en una cantidad destinada a compensarlo es un concepto bastante diferente de un derecho privado de acción para obligar a alguien a cumplir, o algo equivalente, con el cumplimiento. Una comprensión contemporánea (y probablemente también histórica) requerirá ciertamente una comprensión de ambas concepciones de los derechos de acción en el contrato.

Cualquiera sea el modelo o paradigma contractual que se considere dominante (y yo mantengo que el primero es el dominante), la noción de derechos privados de acción es de importancia fundamental. Los tribunales que exigen el cumplimiento específico o imponen daños por expectativas o confianza lo hacen en reconocimiento de un derecho privado de acción. Están reconociendo a los beneficiarios

de las promesas (o partes perjudicadas) como titulares de un poder para modificar las relaciones jurídicas del demandado con el demandante, a través del Estado.

El derecho a la protección se infiere de lo que el demandado ha hecho o no ha hecho al demandante, de cómo se ha visto afectado el demandante y de cómo ha interactuado el demandante con el demandado. El derecho a celebrar contratos y hacerlos cumplir es una forma fundamental de poder legal que se concede a los ciudadanos en un sistema político liberal.

5.1.3 Propiedad

El derecho al control exclusivo, y al uso y disfrute de la propiedad de uno, son también derechos liberales fundamentales. Una parte cuyos derechos de propiedad han sido infringidos (por intrusión o molestia) tiene derecho a un derecho privado de acción contra el infractor. De hecho, un derecho privado de acción puede verse como un caso límite civilizado de una variedad de remedios de autoayuda que existen en el derecho de propiedad (incluido el privilegio de defensa de la propiedad, la recuperación de bienes muebles, etc.). Un terrateniente cuya propiedad está siendo invadida o que está sufriendo una molestia tiene derecho a una orden judicial contra el infractor. El derecho privado de acción para una orden judicial es un poder para que el estado prohíba al demandado participar en la interferencia con el derecho de propiedad del demandante, bajo pena de desacato civil.

¿Por qué tiene derecho el demandante a un derecho de acción para obtener una orden judicial? Podría decirse que el derecho a la ayuda del estado para protegerse contra las infracciones a la propiedad está implícito en la noción de un derecho de propiedad como un derecho de control exclusivo sobre la propiedad. El conjunto de derechos que constituye un derecho de propiedad incluye el derecho a exigir a otros que se abstengan de interferir con los derechos de uno. Pero hay que tener en cuenta que existen límites a los derechos de autoayuda para proteger la propiedad de uno. Uno no puede exceder lo que es proporcional. No hay razón para creer que los límites a la autoayuda agresiva y no civilizada serán suficientes para

proteger la propiedad de uno. Esto será particularmente problemático cuando el infractor sea más fuerte que el propietario de la propiedad. Pero si el demandante es el propietario de la propiedad **(p. 648)** , entonces, por definición, el demandante tiene derecho a estar libre de estas interferencias. El reconocimiento por parte de un Estado de un derecho privado de acción, su reconocimiento del derecho a un poder, da sustancia al derecho más abstracto a estar libre de tales interferencias, así como el reconocimiento de un poder para actuar a través del Estado a cambio de un cumplimiento específico (o expectativa) da cuerpo al derecho más abstracto a ser pagado (o a disfrutar de los beneficios del cumplimiento).

5.1.4 Leyes penales

Ciertas áreas del derecho estatutario ilustran dramáticamente un significado completamente diferente de los derechos privados de acción. Un excelente ejemplo es la legitimación de una persona privada en una acción *qui tam* que busca imponer responsabilidad a un contratista del gobierno que ha defraudado al gobierno. Existen estatutos que permiten iniciar acciones privadas contra un acusado que ha defraudado al gobierno.1

1 Los estatutos fueron colocados allí por el

El legislador, con el argumento de que permitir que los demandantes privados presenten demandas podría aumentar el nivel de disuasión y el nivel de responsabilidad. Nadie piensa que los tribunales reconozcan como cuestión de principio un derecho privado de acción en una acción *qui tam* . Nadie piensa que se trate del derecho del demandante a un poder contra el demandado que lo ha tratado de cierta manera o ha infringido su derecho.

Un contraste interesante se encuentra en la ley federal sobre escuchas telefónicas. El Título II, por ejemplo, prohíbe el uso de dispositivos electrónicos para escuchar

llamadas telefónicas.12 Contiene mecanismos de ejecución penal, así como procedimientos para que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley soliciten órdenes judiciales. Pero también contiene un derecho privado de acción, por ley. Aunque la ley es una creación de la legislatura, y aunque la legislatura claramente quiere disuadir las escuchas telefónicas y reconocer la necesidad de compensación, esto no quiere decir que no exista un derecho dentro de esta ley. Es totalmente plausible afirmar que la inclusión de un derecho privado de acción por daños civiles refleja un juicio legislativo de que las personas que son escuchadas subrepticiamente tienen *derecho* a un derecho de acción contra el espía. De manera similar, la sección 51 de la Ley de Derechos Civiles de Nueva York permite un derecho privado de acción por medidas cautelares o daños a cualquier persona cuyo nombre, retrato, imagen o voz hayan sido apropiados indebidamente sin consentimiento para fines comerciales o publicitarios.

La Asamblea de Nueva York también convirtió esa conducta en un delito menor sancionable penalmente. El objetivo de la disposición civil es respetar el derecho de las personas cuya imagen fue usurpada a reparar el delito de manera privada.

Las leyes antimonopolio y contra el crimen organizado federales estadounidenses representan un híbrido de la idea *del qui tam* y la idea del derecho privado a recibir indemnizaciones. Las leyes antimonopolio penalizan la restricción del comercio, facultan a Estados Unidos para solicitar sanciones penales (mediante el procesamiento) y facultan a la Comisión Federal de Comercio para solicitar diversos recursos. Pero también **(p. 649)** facultan a las partes privadas para solicitar medidas cautelares y para reclamar daños y perjuicios. Cabe destacar que las partes privadas pueden recibir el triple de daños y perjuicios.

La disposición sobre la triple indemnización tenía por objeto alentar a los particulares a presentar demandas. Un objetivo importante de la legislación antimonopolio es la protección de los intereses de los consumidores. Dado que las conspiraciones en el comercio son difíciles de descubrir, a menudo son los particulares los que estarán en una buena posición para identificar y afirmar que se ha producido una

violación de las leyes antimonopolio. En este sentido, la disposición legal que otorga a los demandantes un derecho privado de acción debe interpretarse como destinada a mejorar la aplicación de la ley en beneficio del público en general. Por otra parte, a diferencia de las acciones *qui tam* , y al igual que las acciones por agravio y privacidad, los demandantes antimonopolio suelen afirmar que fueron personalmente víctimas de actos de competencia desleal (como conspiraciones para boicotearlos, conspiraciones para fijar precios), y el reconocimiento de un derecho de acción a la víctima del agravio (y no a otras partes) refleja también la aplicación de un principio de recurso en la intención legislativa.

cuestión de interpretación si un derecho privado expreso de acción en virtud de una ley debe entenderse como un reflejo de una idea de delegación de demandantes privados (como en *qui tam*), como una cuestión principal de titularidad privada (espionaje) o como un híbrido (antimonopolio). En cualquier caso, sin embargo, una base principal de titularidad se basa en reglas, porque se trata de disposiciones legales expresas que autorizan directamente el empoderamiento de personas situadas de una manera particular. Esto debe contrastarse con el ámbito del derecho común, en el que la titularidad se infiere como una cuestión de principio por los tribunales a partir de los hechos probados por el demandante sobre las interacciones entre el demandante y el demandado.

5.2 ¿En qué se diferencia el derecho privado del derecho público?

Una diferencia fundamental entre el litigio público y el privado es que el litigio público (el más obvio, el procesamiento penal) implica el esfuerzo de un estado por ejercer su poder para actuar contra un acusado, mientras que en el litigio privado, es una parte privada la que intenta ejercer su poder contra el acusado. Muchas características destacadas de la distinción público/privado se derivan de este punto más básico. Esta distinción obvia y destacada ha sido descartada en los últimos años por los académicos legales porque parece presuponer una comprensión ingenua del derecho privado como autoejecutable. El derecho privado solo tiene éxito, por supuesto, si los

tribunales actúan, y los tribunales son brazos del estado. Por lo tanto, alguna forma de acción estatal es tan necesaria para una demanda por agravio o propiedad como para un procesamiento penal, como lo indicaron opiniones famosas como la de *Shelley v Kraemer.13* Esto parece implicar que la acción del estado en litigios penales Página 16 de 21

o el derecho público en general no puede ser lo que lo distingue del derecho privado.

(p. 650) El análisis previo de los derechos privados de acción y de los recursos civiles apunta a una respuesta más sofisticada a estas observaciones. El Estado actúa en un litigio privado, pero su acción es bastante diferente a la que se da en el derecho público, donde el Estado inicia la acción contra el demandado y actúa en su capacidad ejecutiva. La naturaleza de la decisión de un tribunal de permitir un derecho privado de acción, he sostenido, es una decisión de facultar, facilitar y permitir la acción de un individuo privado. El Estado actúa, pero en respuesta; no está iniciando la acción. Además, no está actuando en su capacidad ejecutiva. Esto no significa que el Estado no tenga responsabilidad por su acción, o que las normas sobre la acción estatal no puedan llegar a la acción judicial del Estado en el derecho privado. Significa que la decisión de asignarle responsabilidad al Estado por este tipo de acción se encuentra en una posición moral y política diferente a la decisión de asignarle responsabilidad al Estado cuando es el autor de las acciones y actúa en una capacidad ejecutiva. Más específicamente, no basta con concluir que la acción del demandante contra el demandado no debería ser elegida (aunque podría ser suficiente en el derecho público), porque el Estado no es ese actor. El Estado está tomando una decisión de que un demandante tiene derecho a actuar de esa manera, y está empoderando y permitiendo esta acción. En el contexto legal y político, como en el no legal, a veces hay una brecha entre lo que uno debería hacer uno mismo y lo que uno debería permitir o facilitar que hagan otros, si así lo eligen. Por el contrario, en ambos dominios, hay clases de casos en los que la objetabilidad de la acción subyacente destruye la

afirmación del demandante individual de tener algún derecho a la habilitación o permiso del Estado para hacerlo.

Así, por ejemplo, la decisión de un tribunal, como en el caso *Shelley* , de permitir la aplicación de un pacto racial puede implicar de hecho cuestiones constitucionales, pero se trata de cuestiones constitucionales sobre el empoderamiento y privilegio de individuos para hacer cumplir los pactos raciales. Esto deja abierta la posibilidad de que haya muchos casos en los que la aplicación de derechos privados de acción conduzca a resultados indeseables o incluso injustos, pero el Estado no sea necesariamente responsable de esos resultados. Por el contrario, en virtud del derecho público —y específicamente en virtud del derecho penal—, la aplicación de un pacto racial puede tener consecuencias negativas para el Estado.

—es responsabilidad del Estado emitir juicios discrecionales sobre la idoneidad del ejercicio del poder del Estado para hacer cumplir la ley.

La distinción entre el poder ejecutivo del Estado en el derecho público y la falta del mismo en el derecho privado también promete explicar una variedad de otras distinciones básicas entre el derecho penal y el derecho de responsabilidad civil. La más obvia es que la naturaleza de los actos que generarán responsabilidad civil es bastante diferente de la naturaleza de un acto que generará responsabilidad penal. Obviamente, se trata de un tema enormemente amplio, pero el modelo anterior genera una idea básica. El gravamen de un ilícito penal es un acto que generará en el Estado un poder y privilegio del Estado para actuar, un derecho, se podría argumentar, a una vía pública de recurso. Por lo tanto, se llama a un delito contra el Estado y (generalmente) un delito cuya gravedad es suficiente para generar un derecho a una forma particular de remedio: el remedio del castigo. Este y típico conlleva un nivel bastante alto de oprobio moral, pero no necesita individualizarse para una víctima: por lo tanto, tanto los delitos incipientes como los delitos sin víctimas son candidatos a la responsabilidad penal.

(p. 651) Comparemos esto con el tipo de acto que dará lugar a la responsabilidad civil. Es esencial que, para que un individuo tenga derecho a una acción, el acto en cuestión sea una invasión de sus derechos: debe ser selectivo y no puede ser incipiente. Por otra parte, no es necesario que exista ningún oprobio moral asociado con el actor que realiza el acto (al menos en lo que respecta a algunas ramas de la responsabilidad civil y algunos recursos). En el caso de amplios ámbitos del derecho privado, en particular el derecho civil civil, la gama de recursos es amplia, y la naturaleza del acto que genera responsabilidad es que produce un daño e implica, en cierta medida, la noción de un daño individualizado.

Por último, existen diferencias procesales obvias en la responsabilidad penal y civil, y estas diferencias se ponen de manifiesto mediante la distinción entre derechos de acción públicos y privados. De manera más clara, e implícita en gran parte de la discusión inicial de este capítulo, los derechos de acción privados son derechos de la víctima, no del Estado. La elección de la víctima es una condición necesaria para la existencia de una acción en el derecho civil. Lo opuesto es cierto en el derecho público.

La elección de la víctima no es necesaria ni suficiente. El derecho a perseguir penalmente es una facultad del Estado.

En términos más generales, la responsabilidad civil contiene muchas menos protecciones procesales contra la responsabilidad. Esto no se debe, como suele decirse, a que el derecho civil se ocupe de quién de las partes privadas debe soportar una pérdida, sino a que un esquema de vulnerabilidad individual al derecho privado de acción lleva implícitamente consigo un esquema de poderes individuales para actuar contra otros.

La vulnerabilidad a la acción privada de otros es recíproca al derecho a actuar contra otros. He sugerido que un amplio esquema de privilegios y derechos para actuar contra otros es intrínseco a un modelo de contrato social en la página 17 de 21.

lo cual renunciamos a las libertades naturales de la acción receptiva.

En cambio, en nuestro sistema constitucional, e incluso en el sistema constitucional de derecho consuetudinario del que surgió, los individuos gozan de una protección mucho mayor contra las acciones del Estado como fiscal penal. Esto no se debe simplemente al poder y la fuerza del Estado como fiscal, ni tampoco a la gravedad de los castigos particulares que pretende imponer, sino a que el concepto de castigo por parte del Estado ocupa un papel completamente diferente en la relación entre los individuos y el Estado que el concepto de responsabilidad civil. Al Estado, *en su calidad de* ejecutivo, no se le otorga un derecho de acción para equilibrar su propio poder, que se ha visto disminuido por el sistema de restricción que acompaña a la sociedad civil; ese es el caso civil. Por el contrario, como indiqué en mi análisis de Locke, el propio hecho de que el Estado sea *castigador* indica su papel por encima y más allá del ámbito de los derechos recíprocos a actuar unos contra otros. El Estado posee el poder de castigar que ha sido aceptado por el pueblo, y es un poder de castigar como autoridad suprema. Las garantías procesales (por ejemplo, la necesidad de probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable) son condiciones del poder de castigar y su efecto es limitar y disminuir la enorme vulnerabilidad de los individuos ante el poder del Estado. La disminución de esta vulnerabilidad no conlleva una disminución de los poderes individuales, porque las vulnerabilidades no son correlativas a los poderes en el ámbito de los derechos públicos de acción.

(p. 652) 5.3 ¿Son los sujetos tradicionales del derecho privado partes de un dominio unificado?

Este capítulo se ha centrado en gran medida en los derechos privados de acción y en las áreas del derecho privado en las que se reconocen esos derechos. Sin embargo, gran parte de lo que se considera típicamente "derecho privado" no implica litigios (al menos no directamente). Por lo tanto, el derecho de fideicomisos y sucesiones, por ejemplo, se considera prototípicamente derecho privado, pero esta clasificación no se refiere a los derechos privados de acción. Lo mismo es cierto, por

ejemplo, de gran parte del derecho de las asociaciones comerciales, la propiedad intelectual, la propiedad y otras áreas. Por lo tanto, una teoría del derecho privado que se base puramente en los litigios es, como mínimo, incompleta. Sugiero, sin embargo, que las ideas sobre los derechos privados de acción dan lugar a una forma más general de entender el derecho privado.

Recordemos que las normas jurídicas que reconocen derechos privados de acción son, en efecto, reglas que confieren a los individuos poderes condicionados para actuar contra otros a través del estado; son una forma de regla que confiere poderes, aplicable a partes privadas. Las áreas de práctica legal no basadas en litigios, como los fideicomisos y los patrimonios, confieren poderes legales a partes privadas para alterar las relaciones legales de terceros. Así, por ejemplo, las leyes sobre propiedad privada crean poderes en los propietarios de propiedades para transferir ciertos conjuntos de derechos a otros; las leyes sobre testamentos crean poderes en las personas para legar propiedades a otros; lo mismo ocurre con las leyes sobre fideicomisos. El derecho contractual en parte faculta a las personas para obligarse a sí mismas y a otros a contratar; el derecho corporativo faculta a ciertas empresas privadas para funcionar con personalidad jurídica, y obviamente condiciona y regula ese funcionamiento de innumerables maneras. El derecho privado, por lo tanto, contiene una miríada de reglas que confieren a las personas (y entidades) privadas una variedad de poderes legales.

El derecho público va más allá de los litigios penales y regulatorios, así como el derecho privado va más allá de los derechos de acción privados.

El derecho constitucional estatal y federal otorga a ciertas entidades jurídicas (municipios, Congreso, Ejecutivo) una variedad de poderes legales. También restringe esos poderes de diversas maneras, por ejemplo, al poner ciertas libertades civiles fuera del rango de conducta que las entidades gubernamentales están facultadas a invadir. También designa a personas (por ejemplo, jueces, alcaldes, asesores fiscales) como funcionarios públicos y, por lo tanto, las reviste de enormes poderes legales. Más allá de

estas reglas que confieren poderes, el derecho público incluye evidentemente una amplia gama de reglas que imponen deberes, reglas que requieren que las personas y las entidades artificiales se comporten de diversas maneras y traten a los demás de diversas maneras. El hecho de que la violación de tales reglas dé lugar a un derecho público de acción, o a un derecho privado de acción (o a ambos) está determinado por las reglas públicas y privadas que confieren poderes.

(p. 653) 5.4 El antiinstrumentalismo en la adjudicación de casos de derecho privado

La idea del derecho privado de Ernest Weinrib es su afirmación de que la adjudicación en el derecho privado no necesita ser entendida instrumentalmente, en términos de decisiones sobre lo que promoverá objetivos orientados al público. Por el contrario, Weinrib afirma que la adjudicación en el derecho privado involucra un patrón de razones internamente conectadas que son independientes de las afirmaciones sobre el bien público. Dos tesis centrales de la crítica realista y crítica del derecho privado se refieren a la naturaleza de la adjudicación en los temas tradicionales del derecho privado, como los agravios, los contratos y la propiedad. Según estas críticas, la jurisprudencia del derecho privado en el modelo tradicional sostiene que la adjudicación de cuestiones en el derecho privado es *determinada* y *apolítica* . Los realistas y los críticos rechazan ambas tesis.

No comentaré aquí la tesis de la determinación, pero supondré, a los efectos del argumento, que cualquier versión fuerte particular de una tesis de la determinación es falsa o no demostrable y que, por lo tanto, se debe suponer que la adjudicación implica un elemento de elección que no está totalmente predeterminado ni limitado por el precedente.

Sugiero, sin embargo, que la comprensión del derecho privado en términos de derechos privados de acción y

recurso civil proporciona una perspectiva del debate sobre el papel de la política y la moral en la adjudicación de casos de derecho privado.

La crítica habitual a las reivindicaciones de neutralidad del derecho privado es que: (1) siempre hay una selección o elección entre opciones alternativas; y (2) esta elección siempre implica una visión o respaldo del bien público y que, por lo tanto, (3) la adjudicación en derecho privado inevitablemente requiere una visión o respaldo del bien público. El análisis anterior de los derechos privados de acción y el recurso civil sugiere que (2) puede no ser exactamente correcto.

Incluso si existe una elección entre opciones, e incluso si esta elección es evaluativa, no se sigue de ello que la elección implique una visión o respaldo del bien público, ya que la cuestión, en muchas áreas del derecho privado, es si un demandante tiene derecho a estar facultado para actuar contra el demandado de cierta manera. Ahora bien, por supuesto, se trata de una elección evaluativa en muchos aspectos, y seguramente contempla un esquema normativo más amplio, tal vez uno en línea con las líneas del contrato social articuladas anteriormente. Además, típicamente implica una aceptación de un conjunto subyacente de normas de conducta (como en los agravios). E implica la voluntad, o permisividad, del tribunal para facilitar la realización de ciertos esquemas distributivos en casos particulares, así como en términos más generales. En todos estos aspectos significativos, es cierto que no se mantiene la neutralidad política y moral.

Es posible que algunas opiniones influyentes sobre la neutralidad de la adjudicación en el derecho privado se vean socavadas por las concesiones anteriores. Sin embargo, sigue siendo posible decir que hay un sentido importante en el que algunas formas de adjudicación en el derecho privado pueden ser distintivas y distintivamente no públicas en su orientación. Como he argumentado extensamente anteriormente, el reconocimiento de un poder no necesita basarse en una opinión sobre la idoneidad de que el demandante ejerza ese poder, o sobre el resultado del ejercicio de ese poder **(p. 654)** . Es cierto que la acción y la facilitación del estado son necesarias

para que el derecho privado funcione, pero el tribunal se compromete únicamente con el derecho a ese poder, no con su ejercicio o el resultado de ese ejercicio. El estado no respalda el ejercicio o el resultado más de lo que respalda el ejercicio del derecho a la legítima defensa. Está permitiendo (y facilitando) una libertad (y un poder) cuyo valor está justificado por la concesión general de una libertad más amplia de acción agresiva.

Si nos alejamos de la metáfora del contrato social, la cuestión de la arbitración en el derecho privado es la siguiente: las decisiones que toman los tribunales sobre cuándo los individuos tienen derecho a prevalecer en el derecho privado no son necesariamente, ni siquiera fundamentalmente, decisiones sobre qué resultados son los mejores. Son decisiones que reconocen un ámbito de reparación privada, como parte integrante de la vida en una sociedad en la que los tribunales funcionan como un medio civil para eludir la agresión privada. Por lo tanto, los tribunales que se ocupan del derecho privado no se ven necesariamente a sí mismos como conductos hacia un mejor estado de cosas o una mejor sociedad, y la franqueza no exige que se vean a sí mismos de esa manera. Más bien, pueden verse a sí mismos como un medio artificial y civil a través del cual los individuos pueden actuar unos contra otros.

Otra cuestión muy distinta es si los resultados de esta acción contra otros tienen un valor independiente o promueven los valores que el tribunal desea promover. Por lo tanto, incluso si se admite (como en el punto (1) anterior) que la adjudicación de un asunto de derecho privado requiere una elección, y una elección de carácter normativo, de ello no se sigue que la adjudicación de un asunto de derecho privado se entienda mejor en términos de la elección de los valores que el tribunal desea promover. Por lo tanto, si bien esta adjudicación seguramente no es neutral en cuanto a valores en todos los sentidos importantes de ese término, esto no quiere decir que la adjudicación, incluso en derecho privado, necesariamente apunte a estados de cosas que los tribunales desean lograr. De manera apropiada, entonces, hay un cierto sentido en el que la adjudicación de un asunto

de derecho privado puede ser neutral con respecto a la consecución de ciertos tipos de objetivos públicos.

6 Conclusión

Una piedra angular de la teoría jurídica del siglo XX es que el derecho es político de principio a fin. Los temas tradicionalmente clasificados como "derecho privado", entre ellos los delitos civiles, los contratos y la propiedad, han sido incluidos apropiadamente bajo este lema, ya que son partes del derecho, y, sobre todo, partes políticas del derecho. Sin embargo, una amplia gama de teóricos han inferido erróneamente que no hay nada especialmente privado en estas partes del derecho, y que la adjudicación en estas áreas implica elecciones entre objetivos sociales, al igual que ocurre en áreas incontrovertiblemente públicas del derecho. Con esta inferencia, toda la distinción entre derecho privado y público ha sido desterrada como una reliquia de los regímenes reaccionarios del siglo XIX.

He sostenido anteriormente que los realistas e instrumentalistas que han descrito las áreas del derecho privado **(p. 655)** como foros idiosincrásicos en los que se buscan objetivos públicos como la eficiencia han pasado por alto mucho de lo que es especial tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Sin embargo, sus principales antagonistas actuales, los teóricos de la justicia correctiva, han ofrecido un marco demasiado estrecho para entender el derecho privado y han asumido demasiado rápidamente que al reemplazar el instrumentalismo descarado por la deontología, recuperarían el derecho privado.

Irónicamente, la recuperación del derecho privado comienza con el reconocimiento de que el Estado *está* esencialmente involucrado en la adjudicación privada, pero pretende asumir un tipo de papel distintivo. El derecho privado está impulsado esencialmente por los derechos privados de acción. Esto significa que las decisiones fundamentales que toma el Estado son decisiones sobre empoderamiento y privilegio. Los tribunales tratan a los

individuos que han sido perjudicados, o cuya propiedad o derechos contractuales han sido invadidos, como si tuvieran derecho a actuar contra otras partes privadas. No es que se haga justicia si se crean tales poderes. Es que todo nuestro sistema público que concentra el poder de agresión en el Estado hace que el derecho privado esté disponible como un canal civilizado a través del cual las partes privadas pueden actuar unas contra otras. Consideramos que los individuos tienen derecho a emprender tales acciones unas contra otras.

Las ideas de recurso civil, derechos privados de acción y poderes legales privados en general nos invitan a comenzar a explorar la idea del derecho privado bajo una luz completamente nueva; una que ofrece una oportunidad de ver la distinción entre lo público y lo privado al tiempo que reconoce el papel del Estado en ambos; que captura las sutilezas doctrinales dentro de diferentes áreas del derecho privado; que contrasta de manera útil los litigios con áreas no litigiosas tanto en el derecho público como en el privado; y que ofrece una comprensión de cómo podríamos reconocer que, incluso si nuestro sistema reconoce justamente los poderes en los individuos, eso no es una razón suficiente para creer que lo que logra es, en general, justo.

Notas:

Agradezco a Jules Coleman y Scott Shapiro sus comentarios, debates, ediciones, estímulo y paciencia. También agradezco a John Goldberg sus útiles comentarios y, en particular, por haberme recomendado Blackstone como fuente de teoría de los recursos dentro de la tradición de la teoría política liberal.

(4a) Wesley Newcomb Hohfeld, 'Algunos conceptos jurídicos fundamentales aplicados al razonamiento judicial', 23 *Yale Law Diario* 16 (1913).

(1) Véase, por ejemplo, William M. Landes y Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (1987). Véase también Guido Calabresi, *The Costs of Accidents* (1970); Steven Shavel, *Economic Analysis of Accident Law* (1987); Guido Calabresi y Douglas Melamed, 'Property Rules,

Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral', *Harvard Law Review* , 85 (1972), 1089; Ronald Coase, 'The Problem of Social Cost', *Journal of Law and Economics* , 3 (1960), 1.

(2) Véase, por ejemplo, Jules L. Coleman, *Risks and Wrongs* (1992); Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995). Véase también Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility and The Law* (1998); Richard A. Epstein, 'A Theory of Strict Liability', *Journal of Legal Studies* , 2 (1973), 151; George P. Fletcher, 'Fairness and Utility in Tort Theory', *Harvard Law Revisión* , 85 (1972), 537; Stephen R. Perry, 'Los fundamentos morales del derecho de responsabilidad civil', *Iowa Law Review, 77 (1992)* , 449.

(3) Introduje la idea del recurso civil en un artículo anterior dedicado enteramente a los agravios. Véase Benjamin C. Zipursky,

'Derechos, errores y recursos en el derecho de agravios', *Vanderbilt Law Review* , 51 (1998), 1.

(4) Una advertencia más: si bien Coleman ni siquiera ha reivindicado para la teoría de la justicia correctiva la capacidad de cubrir el derecho privado de manera más general (su explicación se centra únicamente en los agravios y ofrece un modelo diferente para entender el contrato), el proyecto de Weinrib pretende cubrir la idea misma del derecho privado.

(5) HLA Hart, *El concepto de derecho* , 2ª ed. (1992).

(6) John Locke, *El segundo tratado sobre el gobierno civil* , ed. Thomas P. Peardon (1952; primera publicación, 1694), pp. 7–8.

(7) John Locke, *El segundo tratado sobre el gobierno civil* , págs. 48-49.

(8) ibid., págs. 49-50 (énfasis añadido).

(9) Por supuesto, durante las primeras etapas del derecho inglés, las acciones por daños y perjuicios a veces se

entablaban públicamente. Véase la página 20 de 21.

Filosofía del Derecho Privado

por ejemplo, David J. Seipp, 'La distinción entre delito y agravio en el derecho consuetudinario temprano', 76 *BUL Rev.* 59 (1996).

(10) William Blackstone, *Blackstone's Commentaries* (St. George Tucker, ed. 1803) (reimpreso con introducción de Paul Finkelmand y David Cobin 1996), Vol. IV, Libro Tres, Capítulo 1, pág. 2.

(11) Véase en general, Jil E. Fisch, 'Reforma de la acción de clase, Qui Tam y el papel del demandante', 60- *Aut Law and Problemas contemporáneos* , 167 (1997).

(12) 18 USC §2510, y siguientes.

(13) 334 Estados Unidos 1 (1948).

(14) Véase, por ejemplo, Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (1987), y las fuentes allí citadas.

Benjamin C. Zipursky

Benjamin C. Zipursky es decano asociado de asuntos académicos y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fordham.





Filosofía del derecho de responsabilidad civil

Manuales de Oxford en línea

Filosofía del derecho de responsabilidad civil

Arthur Ripstein

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Tema: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho, Responsabilidad Civil Extracontractual

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0017

2012

Resumen y palabras clave

En este artículo se explica cómo el derecho de responsabilidad civil combina las cuestiones fundamentales. Se parte del supuesto de que la cuestión de cómo se tratan las personas entre sí y la cuestión de quién tiene el problema cuando las cosas van mal son, en el fondo, la misma cuestión. La principal tarea de este trabajo es explicar el sentido en que el derecho de responsabilidad civil basa la responsabilidad en la responsabilidad.

El derecho de responsabilidad civil establece normas de conducta y resuelve conflictos en el contexto de disputas entre partes privadas. Este artículo comienza con los dos principios normativos básicos que incorpora el derecho de responsabilidad civil. La noción relevante de responsabilidad depende de normas de conducta, y gran parte del artículo se dedica a desarrollar esa noción y explicar por qué tiene características que son sorprendentemente diferentes de otras concepciones conocidas. Se centra principalmente en la responsabilidad por negligencia, tanto en términos de una estructura general como de doctrinas particulares.

Palabras clave: derecho de responsabilidad civil, principios normativos, responsabilidad, responsabilidad por negligencia, doctrinas El derecho de responsabilidad civil responde a dos de las preguntas más fundamentales a las que se enfrenta cualquier sociedad: "¿cómo deben tratarse las personas entre sí?" y "¿de quién es el problema cuando

las cosas van mal?" Hay muchas formas de resolver estas preguntas: el derecho penal y la regulación administrativa imponen límites a las formas en que las personas se tratan entre sí, las normas informales de moralidad y otras. Los esquemas de seguro social y bienestar público brindan otras formas de lidiar con las pérdidas, la caridad privada una vez más, y simplemente dejar las pérdidas donde caen otra.

El derecho de responsabilidad civil es sorprendente porque supone que la cuestión de cómo se tratan las personas entre sí y la cuestión de quién tiene el problema cuando las cosas van mal son, en el fondo, la misma cuestión. Para que el demandante pueda obtener una indemnización del demandado, este debe haber violado una norma de conducta que regule la forma en que puede tratarla, en lugar de alguna otra norma relativa a la forma en que puede tratarse a *otra* persona. Ese principio es en sí mismo una expresión de la forma en que el derecho de responsabilidad civil subordina las cuestiones sobre quién debe ocuparse de un problema a las cuestiones sobre cómo se tratan las personas entre sí. Como dice Cardozo, el demandante no obtiene una indemnización como "beneficiario indirecto" de un daño causado a otro. En cambio, debe demostrar un daño "personal para él".1

(p. 657) La responsabilidad civil extracontractual no siempre se basa en la falta del demandado; la responsabilidad a veces es "estricta", por ejemplo, en el caso de usar explosivos o tener animales salvajes. En tales casos, el hecho de que el demandado haya tomado precauciones razonables o incluso heroicas es irrelevante para la responsabilidad. Pero incluso en estos casos, la demandante puede quejarse con razón de lo que el demandado le hizo, porque era algo de lo que tenía derecho a no verse obligada a librarse. Las normas de la ley de responsabilidad civil extracontractual rigen las cosas que las personas se hacen entre sí, no simplemente la forma en que se comportan.

Las mismas dos preguntas también podrían combinarse de otras maneras. Por ejemplo, Elisabeth Anscombe, en su ensayo

La 'filosofía moral moderna' sugiere que una persona es responsable de las malas consecuencias de cualquier cosa mala que haga. Hegel adopta una visión similar. Según esta visión, una persona es responsable de las malas consecuencias de violar una norma. El derecho de responsabilidad civil combina las cuestiones de manera diferente. Si violas la norma que especifica un nivel de conducta que debes a otra persona, eres responsable del daño que la norma te dijo que no debes causar. Las diferencias entre estas dos formas de combinar las cuestiones son significativas: la forma en que el derecho de responsabilidad civil las combina, pero no la Página 1 de 21

Filosofía del derecho de responsabilidad civil

El método de Anscombe-Hegel establece límites al alcance de la responsabilidad en la base de la responsabilidad. Esta diferencia es importante, porque las consecuencias por las que el derecho de responsabilidad civil responsabiliza a las personas no son ilimitadas.

La conexión entre ambas cuestiones se refleja en la estructura de una acción civil por responsabilidad civil. La ley de responsabilidad civil articula normas de conducta y resuelve conflictos en el contexto de disputas entre partes privadas. El demandante tiene derecho a una reparación contra el demandado sólo si su lesión puede describirse como un asunto de daño del demandado al demandante. El demandante no se presenta ante el tribunal y dice "el demandado hizo algo terrible, y mire lo que me pasó como resultado".

En cambio, la queja del demandante adopta la forma "el demandado no tiene derecho a hacerme eso". La frase "a mí" es crucial; el demandante no está diciendo que el demandado no tiene derecho a hacer algo *simplemente* ; si el demandado se comportó mal, pero el demandante no sufrió daño, o si su daño es el resultado de un daño causado a otra persona, no tiene derecho a una reparación.2

En el caso de las partes que se presentan ante el tribunal, éste debe decidir de quién es el problema de la situación indeseable: ¿el demandante simplemente tuvo la mala

suerte de encontrar molestas las actividades de su vecino **(p. 658)** , o el demandado está cometiendo una molestia que se puede prohibir? ¿El demandante debe ocuparse de la lesión, o es una lesión de la que el demandado es responsable y, por lo tanto, está obligado a pagar daños y perjuicios? En cada caso, la cuestión de la reparación puede ser la principal en la mente de las partes. El tribunal aborda la cuestión de la reparación (la cuestión de quién es el problema) planteando la cuestión aparentemente distinta de los límites aceptables de la conducta. Todo el procedimiento está estructurado por cuestiones de si el demandado se comportó de manera inaceptable con la demandante y si la lesión de la demandante está relacionada apropiadamente con el maltrato que el demandado le dio. La estructura de una acción por agravio, por lo tanto, expresa la forma en que responde a las preguntas sobre de quién es el problema cuando las cosas van mal, considerando las formas en que las personas se tratan entre sí.

En este capítulo, mi objetivo es explicar la forma en que el derecho de responsabilidad civil une las dos cuestiones. La tarea principal al hacerlo es explicar el sentido en que el derecho de responsabilidad civil predica la responsabilidad sobre la responsabilidad. El demandado debe pagar al demandante si, pero sólo si, es responsable de la lesión del demandante. La noción relevante de responsabilidad depende de normas de conducta, y gran parte del capítulo se dedicará a desarrollar esa noción y explicar por qué tiene características que son sorprendentemente diferentes de otras concepciones familiares. Me centraré principalmente en la responsabilidad por negligencia, en gran parte porque creo que la concepción relevante de responsabilidad es más llamativa allí. Explicaré por qué las cuestiones de previsibilidad figuran de manera destacada en las cuestiones de responsabilidad, por qué el estándar por el cual se juzga dicha previsibilidad es, con dos excepciones destacadas, las habilidades de una persona razonable de prudencia ordinaria, y por qué no todas las lesiones previsibles atraen responsabilidad.

Antes de pasar a la negligencia, sin embargo, debo decir algunas palabras sobre su relación con otras áreas del derecho de responsabilidad civil. Como dije antes, la

responsabilidad civil en casos de responsabilidad civil es a veces "estricta" y, por lo tanto, no depende del grado de cuidado ejercido por el demandado. La responsabilidad por actividades "anormales y peligrosas" es estricta, al igual que la responsabilidad por molestias, así como la responsabilidad por el uso de la propiedad de otra persona. Esta puede parecer una agrupación extraña de áreas, y probablemente lo sea. Esto se debe a que la base para que la responsabilidad sea estricta es muy diferente en los tres tipos de responsabilidad. Sin entrar en los detalles de cada uno, simplemente afirmaré que lo que todos ellos comparten es el derecho del demandante a que el demandado actúe de manera diferente. La responsabilidad por otros delitos, como el fraude y la agresión, es intencional, es decir, requiere que el demandado haya tenido la intención de dañar al demandante. Aquí también está claro que la reclamación del demandante a una reparación depende de su derecho a que el demandado no la trate como lo hizo.

Algunos se han sentido tentados por la idea de que la negligencia ocupa una especie de punto intermedio entre la responsabilidad estricta y los delitos intencionales. No voy a seguir esa línea de pensamiento aquí. En cambio, quiero sugerir que la negligencia es central en un sentido diferente de ese término, que es central porque ilustra la forma en que nuestras dos preguntas se unen de una manera particularmente clara. Comenzar con la negligencia nos permitirá ver cómo la responsabilidad a veces puede ser estricta, y también por qué la responsabilidad por un delito intencional (delito cuya moralidad es relativamente incontrovertible) estaría limitada de maneras sorprendentemente diferentes a las que sugeriría el modelo de Hegel-Anscombe.

(p. 659) También me centro en la negligencia porque a mucha gente le resulta desconcertante, tanto en su estructura general como en sus doctrinas particulares. Gran parte de esta confusión surge de la incapacidad de apreciar la forma en que su concepción de la responsabilidad depende de las normas de conducta y, de hecho, de la perplejidad sobre cuáles son esas normas de conducta. Una consecuencia de esa confusión es casi un siglo de peticiones de que se sustituya la responsabilidad

por negligencia (o parte de ella) por algún otro tipo de sistema de indemnización. Muchos críticos de la responsabilidad civil por agravio objetan que es arbitraria, porque hace que mucho dependa de la suerte, ya sea porque la responsabilidad depende del daño real causado o porque la indemnización depende de la conducta del acusado, no de la de la víctima.3 Y a veces la acusación es que Página 2 de 21

Filosofía del derecho de responsabilidad civil

La responsabilidad por negligencia es un despilfarro, porque los accidentes se podrían reducir de manera más efectiva y las víctimas podrían ser indemnizadas a un costo más bajo si se dejara de hablar de responsabilidad. Hace dos décadas, el seguro social obligatorio era el sustituto recomendado; la recomendación más reciente es que las personas se aseguren contra cualquier desgracia que pueda sobrevenirles.

Las críticas a la responsabilidad por negligencia reflejan a veces la impaciencia con sus consecuencias distributivas o la creencia de que la responsabilidad extracontractual es una forma particularmente inepta de lograr un conjunto de propósitos sociales, como la disuasión, la compensación o la retribución. Sin embargo, esas interpretaciones de la ley de negligencia obtienen gran parte de su vigencia de la aparente dificultad de entenderla en términos de normas que regulan las formas en que las personas se tratan entre sí.

La idea de que cuando una persona maltrata a otra, el causante del daño debe afrontar las consecuencias de ese maltrato es familiar y convincente en otras ramas del derecho privado. En esas áreas del derecho, el hecho de que a distintas personas les vaya de manera diferente no da lugar a objeciones ni a perplejidad. En los casos de maltrato intencional, por ejemplo, la relación entre las normas de conducta pertinentes y los daños reclamados es clara: el demandante agraviado quiere que el demandado pague los costos del mal que le ha infligido. Nadie ha considerado seriamente la posibilidad de que el seguro, ya sea social o privado, deba reemplazar la responsabilidad civil por agravios intencionales como la difamación, la

agresión o el encarcelamiento ilegal. En consecuencia, nadie ha dicho que las personas deban asegurarse contra la perspectiva de esos agravios. Tampoco es probable que alguien sugiera que es injusto que las víctimas de esos agravios se recuperen, mientras que las personas que sufren pérdidas similares de otras maneras no lo hacen, o que los agresores exitosos paguen más por daños que los que no lo logran.4 Una vez más, quienes sugieren que la sociedad debe ayudar a quienes sufren pérdidas a causa de delitos lo hacen suponiendo que el criminal carecerá de recursos suficientes para que los demandantes se queden con sus pérdidas **(p. 660) ,** no que sea injusto o arbitrario hacer que los criminales soporten los costos que crean si pueden permitírselo.5

Lo mismo puede decirse de otras bases de responsabilidad en el derecho privado. Hasta donde sé, nadie ha sugerido un esquema de seguro social para proteger a quienes han sufrido pérdidas por incumplimiento de contrato, incluso cuando el incumplimiento no fue intencional. Tampoco ha habido sugerencias de que se compense a las personas que sufren pérdidas similares de otras maneras. Aquí también, la ausencia de tales sugerencias refleja la claridad de la relación entre las normas de conducta especificadas en un contrato y los daños y perjuicios solicitados por su incumplimiento. La demanda de la demandante de que el demandado haga que su

"Entero" es la respuesta obvia al hecho de que ella no está en su totalidad debido a la forma en que el demandado la perjudicó. Lo mismo se aplica a la responsabilidad por la conversión de la propiedad, por la cual el demandado es responsable ante el demandante porque la cosa tomada era *suya* . Debido a que la relación entre el remedio y las normas de propiedad son claras, nadie ha sugerido que a quienes toman la propiedad por error se les permita conservar esa propiedad, y que los propietarios originales deban asegurarse contra tal posibilidad. En cambio, se espera que la persona que toma la propiedad de otro arregle las cosas devolviendo al propietario de la propiedad a la situación en la que se encontraba y en la que seguía teniendo derecho a estar. El mismo punto se puede plantear en los casos de restitución por pagos erróneos. No surgen preocupaciones sobre la compensación de quienes

pierden por tales errores, porque es evidente que existe una parte apropiada para compensar las pérdidas.

Los críticos sostienen que la responsabilidad por negligencia es arbitraria porque no ven la conexión entre las normas de conducta y la responsabilidad por negligencia. Como demostraré, es tan estricta como en los otros ejemplos que he mencionado. Para demostrarlo, explicaré en qué sentido la queja de la demandante es que su lesión pertenece propiamente al demandado porque este ha incumplido un deber que tenía hacia ella. El derecho de responsabilidad civil expresa concepciones distintivas de responsabilidad y equidad entre personas. En conjunto, proporcionan una manera de entender cómo las personas pueden interactuar en términos de justicia y por qué quienes no interactúan en esos términos deben responder por los problemas que resultan.

Para comenzar, diré algo sobre los dos principios normativos básicos que incorpora el derecho de responsabilidad civil. Son básicos en el sentido de que normas más específicas de conducta y reparación proporcionan interpretaciones concretas de ellos.6 El primero es una norma básica de conducta, o más bien una norma sobre normas de conducta: el derecho de responsabilidad civil exige que las personas acepten límites recíprocos a su libertad. Los casos de molestias del siglo XIX completan esta idea en términos del lema "vive y deja vivir". Formularé el mismo punto que el principio **(p. 661)** de que una parte no puede establecer los términos de la interacción de manera unilateral. Cualquiera sea su formulación, el principio requiere ser completado si se quiere decir algo sobre las formas particulares en que las personas pueden interactuar; las formulaciones abstractas sólo exigen que *cualquier* estándar de conducta se aplique a todos por igual, sobre la base de intereses que se puede suponer que todos comparten. Pero no nos dice qué intereses cuentan ni cómo pueden contarse. Sin embargo, las formulaciones abstractas son esclarecedoras porque resultan restringir tanto los modos en que se formulan las normas de conducta como los modos en que se describen los intereses.

Los intereses relevantes tanto en libertad como en seguridad se describen en términos del tipo de interés que está en juego, Página 3 de 21

Filosofía del derecho de responsabilidad civil

En consecuencia, el hecho de que una persona deba tener en cuenta los intereses de otra depende de si todas las personas deben tener en cuenta los intereses de los demás, no de la importancia de los intereses en pugna para las partes en particular.

La noción de reciprocidad que se utiliza aquí necesita ser matizada. Uno podría preguntarse, por ejemplo, si *cualquier* principio, aplicado de manera consistente, generaría normas recíprocas de conducta. Aunque puede haber una sensación de

"Reciprocidad", en la que esto es cierto, no es ese el sentido que se pretende aquí. El tipo de reciprocidad que tengo en mente surge de una idea de personas privadas que persiguen sus fines separados y supone que las normas de conducta son recíprocas sólo en caso de que permitan a cada persona perseguir sus fines en la medida en que sea compatible con que otros persigan sus propios fines. La queja de la demandante sobre su lesión apela a las normas que rigen cómo se permite que las personas se traten entre sí.

El principio de que una parte no puede fijar unilateralmente los términos de la interacción también constituye la base del segundo principio, que exige que las personas asuman los costos que su conducta impone a los demás. Ese requisito suena bien en abstracto, pero sólo puede proporcionar orientación si se toma en conjunto con alguna forma de determinar dónde se encuentran los costos.

Si las personas tratan a los demás como deben, las pérdidas resultantes son simplemente un problema de aquellos a quienes afectan (aunque el derecho público puede proporcionar una manera en que un grupo más grande pueda mantenerlas en común). Pero si una persona

perjudica a otra, la pérdida de esta última pasa a ser responsabilidad de la primera.

Esta conexión entre la mala acción y la pérdida, y por tanto entre los dos principios, puede expresarse en términos económicos:

Una persona no debería trasladar los costos de sus actividades a otras personas, o en términos de que las personas asuman la responsabilidad de sus acciones. Como quiera que se lo exprese, para que tenga aplicación en casos particulares, requiere alguna forma de determinar qué problemas pertenecen a qué personas, o qué costos acompañan a qué actividades, o de qué personas son responsables. Descritas en términos de costos desplazados, las normas de conducta del derecho de responsabilidad civil determinan qué cuenta como costo de qué actividad. En el lenguaje de la responsabilidad, las normas de conducta marcan la línea entre lo que una persona ha hecho y lo que es (meramente) un subproducto de su acción. El derecho de responsabilidad civil combina los principios al permitir que los daños queden donde caen, a menos que surjan a través de que una persona haga daño a otra, donde el mal hacer consiste en establecer los términos de la interacción unilateralmente en el sentido primario. El segundo principio, entonces, puede considerarse **(p. 662)** como un caso especial del primero: permitir que una persona imponga a otras costos que ellas no pueden imponerle a ella es permitirle determinar los costos de la interacción unilateralmente.

Creo que ambos principios son atractivos, pero mi propósito aquí no es tanto defenderlos como articular su papel en el derecho de responsabilidad civil. En cualquier caso, un primer paso necesario para evaluarlos o defenderlos es ver cómo las instituciones particulares pueden hacerlos determinantes. Sin una encarnación institucional, ninguno de los dos principios tiene mucho que decir a favor o en contra de cualquier cosa que alguien pueda hacer. Un requisito de que las personas se traten entre sí de la misma manera en que serán tratadas nos dice que cualquier estándar de conducta debe proteger a las personas por igual entre sí, pero no nos dice, por sí solo, de qué pérdidas se debe proteger a las personas o qué grado

de tolerancia por parte de los demás requiere esa protección. Para guiar la conducta y al mismo tiempo proteger a las personas por igual, los estándares deben abstraerse de algunas diferencias entre las situaciones en las que se encuentran las personas, centrándose en algunas características de esas situaciones mientras se tratan otras como irrelevantes. Una vez más, la idea de que las personas deben soportar los costos de sus propias actividades requiere alguna forma de asignar costos particulares a actividades particulares; el derecho de responsabilidad civil responde a esa pregunta considerando las normas de conducta.7

Riesgos y normas

La ley de negligencia establece límites a los riesgos que las personas pueden imponerse entre sí. No toda imposición de riesgos es inapropiada. Como señaló Lord Reid en *Bolton v Stone* , "En las condiciones de hacinamiento de la vida moderna, incluso la persona más cuidadosa no puede evitar crear algunos riesgos y aceptar otros".8 Cuando un riesgo es inapropiado, la persona que lo impone lo hace por su cuenta y riesgo. Es decir, si el riesgo madura en un daño, el resultado es responsabilidad del causante del daño. Sin embargo, si un riesgo no es inapropiado, sus costos **(p. 663)** simplemente recaen donde caen; es uno de los riesgos de la vida ordinaria, en contraposición a un riesgo que una persona impone a otra. Este punto se plantea a veces en términos de una idea de asignación de riesgos. Sin duda, el efecto de la ley de negligencia es asignar riesgos en el sentido de que determina quién asumirá sus costos. También es en cierto sentido su propósito hacerlo, porque determina qué riesgos se les permite a las personas imponerse entre sí. Sin embargo, hablar de asignación de riesgos es potencialmente engañoso, porque los riesgos se asignan de una manera determinada, cuyo objetivo es proteger a las personas unas de otras.

El límite entre los riesgos apropiados e inapropiados está fijado por un sistema de normas de libertad igualitaria. A

todos se les permite la misma libertad para perseguir sus fines, sujetos al requisito de que no interfieran con la capacidad de otros para perseguir los suyos. El requisito de que la clase de demandantes y el tipo de lesiones sean previsibles refleja el papel de la ley en la articulación de estándares de conducta. Esos estándares sólo pueden guiar la conducta si le dicen a la gente qué hacer, y ningún estándar puede decirle a una persona que evite una consecuencia imprevisible. El hecho de que esos estándares estén destinados a proteger a las personas por igual entre sí explica la objetividad del estándar de cuidado.

El criterio de cuidado razonable del derecho consuetudinario, y la figura familiar de la persona razonable a través de la cual se expresa ese criterio, proporcionan una manera de lograr el equilibrio apropiado entre libertad y seguridad. La persona razonable no es ni la persona típica ni la persona racional que adopta los mejores medios para alcanzar sus fines. En cambio, la persona razonable es la que ejerce la moderación adecuada a la luz de los intereses de los demás. La persona razonable es un constructo para lograr un equilibrio entre diferentes intereses. Para hacerlo, necesitamos decidir cuánto peso asignar a qué intereses. Las decisiones sobre tales asuntos invariablemente implican juicios sustantivos sobre lo que es importante para la capacidad de una persona de llevar una vida autodirigida. Tales asuntos serán ocasionalmente controvertidos, aunque la mayoría de esos intereses (libertad de acción y asociación por un lado, y seguridad física y seguridad de posesión por el otro) no lo serán. Aun así, el objetivo del criterio de la persona razonable es equilibrar tales intereses de una manera que sea justa para todos los involucrados. En lugar de agruparlos entre personas reales, de modo que la pérdida de una persona se compense con la ganancia de otra, construimos una persona razonable representativa, que tiene intereses tanto en la libertad como en la seguridad. Un estándar de cuidado razonable protege a las personas por igual entre sí, permitiendo a cada una la misma libertad para perseguir sus fines y la misma seguridad contra los efectos no deseados de que otros persigan los suyos.

El propósito de apelar a lo que haría una persona razonable es generar normas recíprocas de conducta. Ese propósito da forma a los intereses que puede proteger. Podría pensarse, por ejemplo, que las personas tienen un interés general en la seguridad, en oposición al interés más restringido en la seguridad contra daños causados por otros que protege la ley de la negligencia. Pero como la ley de la negligencia articula normas de conducta, solo puede tomar en cuenta los intereses que pueden protegerse mediante normas que pueden guiar la conducta. Una persona no podría tener con otra el deber de evitar que otra persona sufra un tipo particular de daño (por ejemplo, daño a la propiedad) en general, porque un tipo particular de daño puede producirse de muchas maneras diferentes. **(p. 664)** Como resultado, no hay un curso de acción que una persona pueda seguir para proteger a otra (o a sí misma, en ese caso) contra un tipo de daño.

Una persona sólo puede tener con otra el deber de evitar causar un determinado tipo de daño de una determinada manera. En consecuencia, la ley de negligencia protege esos intereses contra determinados tipos de invasiones, en lugar de protegerlos *per se* de la manera en que, por ejemplo, un sistema de distribución o de seguro social podría intentar protegerlos.

Los esquemas distributivos pueden, aunque no necesariamente, centrarse en necesidades particulares, al margen de cualquier cuestión sobre cómo surgieron. Así, un programa de seguro de salud puede tratar a las personas únicamente sobre la base de su necesidad médica. El derecho de responsabilidad civil no puede tener en cuenta la necesidad como tal. Como su objetivo es dirigir la conducta de las personas, sólo puede buscar intereses que pueda pedirles que tengan en cuenta. La posibilidad de dirigir la conducta es esencial para sus doctrinas centrales.

Previsión

En el derecho de la negligencia, es un lugar común que el demandado sólo sea responsable ante los demandantes que sean previsibles y por los daños que sean previsibles. La previsibilidad entra en cuestiones de deber (uno no tiene el

deber de evitar daños imprevisibles) y en cuestiones de proximidad y lejanía (como cuestión de derecho, los tipos de daños imprevisibles son demasiado remotos, incluso si son causados por el incumplimiento de un deber). 9 Según una interpretación plausible de este requisito, la previsibilidad opera como una restricción independiente de la responsabilidad. La idea intuitiva es sencilla: sólo eres responsable de las consecuencias de tus actos, y por lo tanto potencialmente responsable de ellas, si tiene sentido incluir esas consecuencias entre tus hechos. Pero cualquier acto tiene un número indefinido de consecuencias, de las cuales sólo algunas cuentan como tus actos en algún sentido interesante. Esa clase se selecciona mediante el concepto de control: si podrías haber previsto, y por lo tanto podrías haber evitado, un resultado, cuenta como algo que has hecho. De lo contrario, sólo cuenta como algo que sucedió como resultado de algo que usted hizo, porque el control no se ejerce con respecto a consecuencias imprevisibles. En este entendimiento, entonces, la relación entre agentes y resultados es anterior e independiente de cualquier norma de conducta. De hecho, en esta perspectiva, la conexión va en la dirección opuesta: las normas sólo pueden aplicarse a resultados con los que los agentes están directamente relacionados y por los que una persona es responsable en el sentido prenormativo. Usted sólo puede ser responsable de daños previsibles porque sólo puede ser responsable de ellos.

La responsabilidad se basa en la obligación, que puede ser **(p. 665)** atribuida sin considerar ninguna norma general de 10

conducta. Llamaré a esto la "visión de la restricción independiente".10

El modelo de restricción independiente tiene un atractivo moral considerable, porque expresa la idea de que una persona sólo es responsable de algo si es responsable de ello. No es tan eficaz como explicación de la responsabilidad civil extracontractual, porque una

explicación de la responsabilidad civil extracontractual no debe alejarse demasiado de la doctrina establecida sobre responsabilidad civil extracontractual. Tal vez sería deseable un sistema jurídico que respondiera al modelo de restricción independiente en la medida en que haría que el derecho de responsabilidad civil extracontractual fuera algo más coherente con otros aspectos de la moralidad. Pero si queremos entender la forma en que el derecho de responsabilidad civil extracontractual concibe la responsabilidad y la naturaleza de la exigencia moral que afirma, el modelo de restricción independiente no es el lugar adecuado para empezar. En particular, se enfrenta a dos dificultades graves. En primer lugar, el requisito de control que explica su atractivo moral es más plausible cuando el control se ejerce efectivamente, cuando, por ejemplo, el acusado consideró el riesgo en cuestión y decidió ignorarlo. Sin embargo, el derecho de la negligencia no sólo no exige que el acusado considere el riesgo, sino que tampoco exige que el acusado en particular sea capaz de considerar ese riesgo en particular. En cambio, la ley pregunta qué consideración habría tenido del riesgo una persona razonable, con capacidades normales de previsión y prudencia. Si bien no es imposible afirmar que esta especificación más abstracta de las capacidades requeridas sirve como una restricción independiente a las atribuciones de responsabilidad, es bastante más difícil ver la motivación para tratarla como una restricción. Si el acusado en particular no previó, o no pudo prever, el riesgo, ¿por qué suponer que la consecuencia en cuestión solo es atribuible a él si alguien más la hubiera previsto, o si él mismo la hubiera previsto, si hubiera estado menos cansado o más atento?

Parte de la dificultad proviene del hecho de que hablar de lo que una persona "podría" haber hecho es notoriamente escurridizo.

Tony Honoré y Stephen Perry han argumentado que la noción relevante de "podría" debe entenderse como una referencia a las capacidades generales del agente, independientemente de que dichas capacidades se hayan ejercido o no en una ocasión particular.1

1 Lamentablemente, la noción de capacidad general es considerablemente más opaca que la noción de deber que se supone que debe limitar: si conduzco descuidadamente porque estoy cansado, ¿la capacidad general relevante es la que tengo cuando estoy bien descansado o la que tengo cuando estoy cansado? Analizar las cuestiones de deber proporciona una manera sencilla de decidir lo que alguien debería haber evitado: debería haber evitado el mismo daño del que el demandante tenía derecho a no sufrir. Si evitamos las cuestiones de deber en favor de alguna cuestión sobre lo que el demandado podría haber hecho ejerciendo sus capacidades ordinarias, necesitamos una manera basada en principios de decidir qué capacidades deben contar.

La otra dificultad para el modelo de restricción independiente surge con la distinción que hace la ley entre tipo y extensión de la lesión. Si un acusado es responsable de una lesión de un tipo particular, es responsable de su extensión total, incluso si esa extensión no se pudo prever. Si el demandante tiene un cráneo de cáscara de **huevo** y, por lo tanto, sufre terriblemente por lo que otros habrían experimentado como una lesión menor, el acusado es responsable de sus pérdidas totales, de la misma manera que el acusado debe compensar cualquier pérdida de ingresos del demandante lesionado, incluso si no podía saber que el demandante habría ganado tanto. Si bien la distinción no siempre es fácil de establecer en casos particulares, los desacuerdos sobre cómo establecerla presuponen su importancia. Sin embargo, el modelo de restricción independiente hace que esta distinción sea desconcertante. Si la evitabilidad o el control sirven para conectar a una persona con una consecuencia, un agente que no pudo haber previsto una consecuencia específica no puede ser responsable de ella, incluso si fue responsable de otra consecuencia similar.

Los dos problemas tienen una raíz común. Las preguntas sobre si alguien podría haber evitado alguna consecuencia son suficientemente claras cuando se aplican a una persona en particular que evita una consecuencia particular. La ley basa la responsabilidad en la respuesta a una pregunta diferente: ¿podría una persona razonable haber previsto este tipo de daño a las personas en la clase del

demandante? Cuanto más nos abstraemos de la persona en particular y del daño en particular, más forzado se vuelve el concepto de control.12 Parte de esa tensión puede aliviarse suponiendo que la previsibilidad, el control y la capacidad deben relativizarse a una descripción particular del riesgo. De hecho, sugeriré que la explicación del deber explica por qué una descripción particular del riesgo sería apropiada. Pero suponer que la acción tiene lugar "según una descripción", simplemente desplaza el problema para el modelo de restricción independiente, porque necesitamos decidir qué descripción **(p. 667)** aplicar para evaluar si el acusado tenía control en el sentido apropiado. ¿Aplicamos la descripción que el acusado realmente tenía en mente, si es que tenía alguna? ¿O elegimos otra descripción, basada quizá en normas que deberían haber regido la conducta del acusado? La segunda opción es la que la ley ha decidido seguir, pero eso se debe a que acepta una concepción de la responsabilidad basada en el deber, en lugar del modelo de restricción independiente, es decir, subordina las cuestiones de responsabilidad a las cuestiones de derecho.

Estas críticas al modelo de restricción independiente no pretenden ser concluyentes, sino más bien sentar las bases para una explicación alternativa. En lo que llamaré la "explicación del deber", se requiere previsibilidad para la responsabilidad por negligencia.

porque las normas del derecho de negligencia obligan a las personas a evitar ciertas consecuencias. Dichas normas sólo pueden aplicarse a la conducta que pueden regir. Es decir, sólo pueden proscribir la conducta que pueden guiar. Por lo tanto, una norma no puede decir

'no hagas *x* ' a menos que la persona a la que se aplica tenga alguna manera de poner su conducta en conformidad con la norma. Si esa persona debe hacerlo, debe haber alguna manera de saber si uno está haciendo *x* o haciendo que *x* sea más probable. Cuando *x* es imprevisible, la perspectiva de que ocurra no puede servir para guiar la conducta, porque, al ser imprevisible, nada en particular cuenta como para evitarlo. Como ninguna norma puede

aplicarse a tales lesiones, quienes las sufren no pueden quejarse de un trato inapropiado por parte del acusado. La explicación del deber se encuentra en el corazón de la opinión de Cardozo en el caso *Palsgraf* . Como lo expresa Cardozo, 'Una conclusión diferente nos involucrará, y rápidamente, también, en un laberinto de contradicciones. ... La vida tendrá que ser rehecha y la naturaleza humana transformada antes de que una previsión tan extravagante pueda ser aceptada como norma de conducta, el estándar habitual al que debe ajustarse la conducta.'13 La contradicción de la que habla Cardozo no concierne a la tesis central del caso, que es que la responsabilidad requiere el incumplimiento de un deber que se debe cumplir con el demandante. Puede ser injusto, pero no es contradictorio imponer responsabilidad sin el incumplimiento de un deber. Lo que *sería* contradictorio es la imposición de un deber de evitar consecuencias imprevisibles. El caso del demandante fracasa porque el demandado no violó ninguna norma de conducta, no porque ninguna norma regulara esa conducta, sino porque ninguna norma *podía* regular la consecuencia en cuestión. La ley no podía pedir al demandado que evitara ese tipo de conducta, porque no había ningún curso de acción que el demandado pudiera haber adoptado que contara como evitarla. De modo que nadie podría deberle a nadie más un deber con respecto a esa consecuencia. En consecuencia, la demandante no puede quejarse de que al demandado no se le permite causarle daño de esa manera, porque la conducta del demandado no podía prohibirse. Para que una norma rija la conducta, debe haber algo que cuente como que satisface esa norma. El punto del requisito de previsibilidad, entonces, no es que una consecuencia imprevisible no esté conectada con la acción del demandado de la manera correcta. Esto puede ser cierto o no; ciertamente una persona puede sentirse implicada en un daño que no podría haber hecho nada para evitar.

(p. 668) La teoría del deber ofrece, por tanto, una explicación independiente de la importancia de la previsibilidad. Si se toma en conjunto con la idea de que las normas específicas de la ley de negligencia sirven para proteger a las personas por igual entre sí, también nos permite entender las dos características que la teoría de la restricción independiente no pudo acomodar. En primer

lugar, explica por qué la capacidad relevante para la previsión es la de la persona razonable, en lugar de la del acusado en particular. También explica las dos excepciones a esta regla, a saber, los niños y las personas con discapacidades físicas. En segundo lugar, explica por qué las lesiones se clasifican por su tipo en lugar de por su extensión.

Los daños imprevisibles establecen un límite exterior para una concepción de la responsabilidad basada en normas, porque cuando un daño es imprevisible, la posibilidad de ese tipo de daño no puede proporcionar al potencial causante del daño ningún motivo para tomar precauciones, porque evitarlo no puede proporcionar a nadie un motivo para hacer algo. En consecuencia, esos daños siempre se considerarán demasiado remotos para que la persona lesionada pueda recuperarse. A veces es imposible tomar precauciones porque un riesgo es generalizado, de modo que nada en particular cuenta como tomar precauciones contra él. Por ejemplo, si un buque daña a otro por descuido, el propietario del primero es responsable tanto del daño como de las ganancias perdidas debido al tiempo necesario para las reparaciones, pero no de ningún daño adicional que se sufra porque, como resultado de esos retrasos, el buque se enfrenta a una tormenta que de otro modo se habría evitado. El riesgo de tormentas lo enfrentan quienes viajan en barco, y el demandado no tenía ninguna opción que cambiara la probabilidad de que el demandante fuera atrapado en una tormenta.14 Aunque hay un sentido de la palabra "previsible" en el que la tormenta subsiguiente podría preverse (es decir, no es una posibilidad que se pueda descartar), ese no es el sentido que nos preocupa aquí.

En cambio, un tipo de lesión es previsible sólo si puede proporcionar una razón para adoptar un curso de acción en lugar de otro. En este último sentido, la tormenta no es previsible, porque es tan probable que la lesión inicial permita al buque evitar una tormenta como que lo exponga a una. En otras ocasiones, una lesión depende de una concatenación "extraña" de acontecimientos, o de un riesgo que depende de una combinación de acontecimientos que no es extraña, pero que nunca se ha encontrado antes. En cada clase de casos, la posibilidad de la lesión podría no

haber proporcionado ninguna orientación al causante del daño. El demandante no puede quejarse de que el demandado debería haber tenido en cuenta el peligro, porque en cada caso, pensar en él de antemano no podría haber hecho ninguna diferencia en la conducta del causante del daño. En consecuencia, el causante del daño no es responsable de la pérdida del demandante.15

(p. 669) Cuando un peligro puede preverse de antemano, puede proporcionar la base para una norma de conducta, incluso cuando su probabilidad sea pequeña. La posibilidad de que un rescatador intervenga para salvar a alguien que está en peligro proporciona una razón para tomar precauciones, incluso cuando otros factores harían innecesarias las precauciones. Si la víctima primaria de la negligencia no tiene una causa de acción contra un autor del ilícito, tal vez porque la intervención del rescatador lo impidió, un tercero que resultó herido al intentar un rescate aún puede recuperarse, porque la

El peligro para los posibles rescatadores constituye una razón independiente para tomar precauciones. Cuando alguien ha asumido el riesgo de sufrir lesiones, se puede considerar el peligro para terceros que puedan intentar salvarlo. Aunque el derecho privado no impone ninguna obligación afirmativa de ayudar a los demás, no le corresponde al acusado crear una situación peligrosa e insistir en que cualquiera que ayude a quienes se encuentran en el peligro que él ha creado lo haga por su propia cuenta y riesgo.16

Sugerí que el concepto de previsibilidad desempeña un papel central a la hora de abordar cuestiones de lejanía. No quise sugerir que todas esas cuestiones se puedan resolver recurriendo a él. Cuando las consecuencias de un solo tipo se extienden de forma continua, puede haber algún punto en el que "deba trazarse una línea". La concepción del deber explica por qué esos ejercicios de trazado de líneas no se plantean en todos los casos: el derecho del demandante a no verse afectado por un tipo particular de lesión del demandado de una manera particular es un requisito previo para la responsabilidad.

En otros casos, sin embargo, las lesiones son de tipo similar, pero diferentes demandantes son perjudicados por un único hecho que constituye un agravio contra el primer demandante. El ejemplo clásico de esto es el incendio. En este caso, algunos tribunales han desarrollado pruebas para limitar el alcance de la responsabilidad, a pesar del hecho de que tanto el tipo de lesión (quemaduras) como la clase de demandantes (aquellos dentro del rango de propagación del incendio) son previsibles. En *Ryan v NY Central Railway* , el tribunal trazó una línea clara

—El demandado sólo es responsable del primer edificio que se queme. El mismo tribunal modificó la regla en *Roma* para incluir la primera propiedad vecina que se queme. La primera regla parece absurda; si un incendio consume varios edificios pertenecientes al demandado antes de propagarse a la propiedad del demandante, el demandante no tiene suerte. Pero la segunda reconoce que el demandado tiene el deber de sus vecinos de contener el fuego en su terreno. ¿Por qué trazar la línea en el primer vecino?

En cierto sentido, la línea es arbitraria y cualquier forma de trazarla debe depender de algo más que de la igualdad de derechos de las partes. El tribunal *Ryan* señala la disponibilidad de un seguro de propiedad de primera parte al explicar su decisión, pero esos comentarios **(p. 670)** no distinguen el primer edificio quemado de cualquier otro; el mismo punto podría proporcionar la base para eliminar toda responsabilidad por daños a la propiedad. El hecho de que alguien pueda asegurarse contra un daño causado por otro no exime al infractor de la responsabilidad; la verdadera cuestión en *Ryan* se refiere a quién es perjudicado por un incendio causado por negligencia. En ese tema, el tribunal se acerca más al punto, sugiriendo que la propagación del fuego siempre es en algún sentido el resultado de la negligencia. Si bien esta forma de plantearlo quizás exagera el asunto, hay una idea clave subyacente, a saber, que el riesgo de propagación del fuego es uno de los riesgos "de fondo" que todos enfrentamos, al igual que el riesgo de delito es un riesgo de fondo que todos debemos enfrentar (*frente a* las autoridades públicas). Por lo tanto, debe trazarse una línea divisoria entre el riesgo que impongo con mi acción y el riesgo que

ya corren otros. El tribunal *de Roma* calificó de demasiado remotas las consecuencias que dependen de una concurrencia de circunstancias accidentales y variables, sobre las que la parte negligente no tiene control. No proteger a nadie de un incendio en el vecindario es inaceptable; proteger a todos de un incendio en el vecindario ni siquiera es una norma de conducta.

En algunos aspectos, el ejemplo de la propagación del incendio es distintivo porque la cuestión de la lejanía es puramente cuantitativa. Cualquier lugar donde se pueda trazar la línea será numéricamente distinguible, pero cualitativamente indistinguible del siguiente lugar posible donde se pueda trazar. En algún momento, si el incendio se propaga y cómo se propaga depende en parte de la condición de la propiedad de los propietarios intermedios, contra los cuales la persona que causó el incendio normalmente no puede tomar más precauciones. La demandante no puede quejarse de que hubiera tomado mayores precauciones; si un incendio se propaga a través de suficientes propiedades intermedias, la queja de la demandante solo podría ser que no debería tener que asumir el costo de un incendio que no es su culpa. Sin embargo, ya afrontó ese riesgo; si dijera que se habría comportado de manera diferente de haberlo sabido, surge naturalmente la pregunta de cómo se habría comportado, dado que el hecho de que la demandada en particular iniciara un incendio que la pondría en peligro era una de una enorme cantidad de fuentes potenciales del mismo riesgo, y no todas ellas eran indemnizables.

La indeterminación, si así podemos llamarla, que surge porque no hay una manera basada en principios de trazar el límite en un número particular de lesiones, es una característica familiar pero no preocupante de muchos ejercicios de trazado de límites en la ley.

Para determinar si las mercancías, como un envío de trigo, se han recibido "en buenas condiciones", un tribunal se enfrenta a un problema similar.17 Un grano en mal estado no es un problema, y no hay una cantidad específica de granos que marque una línea divisoria clara entre una buena y una mala condición. En consecuencia, el tribunal debe trazar una línea arbitraria. No obstante, ninguna de

las partes puede quejarse de injusticia, porque ninguna puede quejarse de que esa cantidad precisa no sea la que habían acordado.

(p. 671) El estándar objetivo

El estándar de cuidado en caso de negligencia —cuán cuidadoso debe ser uno en relación con el riesgo de lesión — es objetivo, es decir, no depende de las capacidades del acusado en particular. Se espera que todos alcancen un estándar común de previsión, incluso aquellos que tienen capacidades limitadas. Esta objetividad se desprende directamente del objetivo de la ley de proteger a las personas por igual entre sí. Si todos tienen derecho a la misma libertad e igual seguridad, entonces ni los demandantes con susceptibilidades especiales ni los acusados con capacidades limitadas pueden pedir adaptaciones especiales a los demás. La persona con susceptibilidades inusuales no puede imponer deberes adicionales a los demás, porque imponer tales deberes violaría el requisito de reciprocidad; una persona podría obligar a los demás más de lo que ellos podrían obligarlo a él. Por razones simétricas, la persona que tiene dificultades para cumplir con el estándar de conducta que debe a los demás no puede exigir que los demás simplemente acepten sus lesiones. Hacer que los esfuerzos de buena fe de una persona por lograr la seguridad sean la medida de la seguridad de otra sería permitir que esa persona establezca unilateralmente los términos de la interacción. En cambio, todos están sujetos a un estándar común. Esa ha sido la ley al menos desde *Vaughan v. Menlove.18* Como resultado, la aplicación de una norma en una ocasión particular no necesariamente depende de si la persona podría haber actuado de otra manera.19 La norma se aplica si es parte de un sistema de normas que está justificado.

El sentido en que una persona puede ser responsable por no cumplir con su deber aunque haya hecho lo mejor que pudo es familiar en otros contextos. Supongamos, por ejemplo, que le debo una bicicleta o 100 dólares, tal vez

porque usted ha cumplido con su parte de un contrato y yo ahora debo cumplir con la mía, o porque he tomado prestada o he encontrado su bicicleta o su dinero y debo devolvérselo. La dificultad que enfrento para entregársela puede ser relevante para lo que usted piense de mi falta de entrega oportuna. Pero las dificultades que enfrento no sirven para cancelar mi deber hacia usted. Sigo debiéndole la bicicleta o el dinero, incluso si mi falta de devolución es perfectamente comprensible. Los deberes por responsabilidad civil son similares, en el sentido de que se deben a personas particulares y no se cumplen simplemente con esfuerzos de buena fe para cumplirlos. Mi deber de devolverle su bicicleta o su dinero puede haber sido asumido voluntariamente de maneras que no lo son los deberes impuestos por la ley de responsabilidad civil. Por otra parte, es posible que lo haya asumido sin haber previsto las dificultades que ahora enfrento. De todos modos, todavía te debo la bicicleta o el dinero; no puedo quedarme con ninguno de los dos simplemente porque no previ cómo podrían cambiar las circunstancias. Además, cómo llegué a tener esa obligación y si soy responsable de mi incumplimiento son cuestiones distintas. Sea como sea que llegue a tener esa obligación, soy responsable de mi incumplimiento.

(p. 672) A pesar de su clara conexión con una norma de reciprocidad, el estándar objetivo de cuidado ha seguido siendo una fuente de desconcierto y controversia, de una manera que no ha sucedido con la indiferencia de la ley ante la difícil situación de las personas con sensibilidades inusuales. La línea de pensamiento es más o menos así: si un acusado no es responsable de una lesión imprevisible porque la perspectiva de que ocurra no podría guiar la conducta de nadie, ¿cómo puede ser responsable de lesiones cuya perspectiva no podría haber guiado *su* conducta en particular? El desconcierto se profundiza, creo, por el hecho de que ciertos acusados, en particular los niños y las personas con discapacidades físicas, están sujetos a un estándar más bajo. Holmes observó célebremente20 que los deslices de la persona apresurada y torpe "no son menos problemáticos para sus vecinos que si surgieran de una negligencia culpable". Sin embargo, lo mismo podría decirse de los deslices de los niños y las personas con discapacidades. ¿A qué se debe la diferencia?

El principio de una respuesta puede encontrarse recordando que la ley de responsabilidad civil especifica normas de conducta. Los tratamientos estándar de la negligencia distinguen entre el deber de cuidado y el estándar de cuidado, reservando el primero para cuestiones de si el demandante está en la clase de personas cuyos intereses uno debe cuidar, y el segundo para la cuestión de si el demandado fue lo suficientemente cuidadoso con esos intereses. Pero ambas cuestiones giran en torno a normas de conducta.

La cuestión del "deber" se centra en si el demandado debería haber previsto la posibilidad de que el demandante sufriera un daño.

La pregunta agudiza aún más esa indagación al preguntar si el demandado debería haber tomado una precaución particular, y responde a esa pregunta preguntando si el peligro para el demandante era suficiente para justificar su adopción. Ambas preguntas son objetivas en el sentido de que ambas dependen del grado de cuidado que las personas tienen derecho a esperar de los demás. La explicación del deber explica esta doble objetividad: las personas tienen derecho a que otros velen por su seguridad y a que tomen las medidas necesarias para protegerla.

Consideremos primero la situación de la persona de capacidades ordinarias que no previó un daño previsible. Supongamos además que estaba haciendo todo lo bien que podía en esas circunstancias. El demandante perjudicado puede quejarse de que "no se le permitió hacerme eso". También puede decir "debiste haber pensado en eso". El demandado no puede argumentar que no se le aplicó ninguna norma porque estaba haciendo lo mejor que podía. No puede argumentar eso porque la cuestión de si se aplica o no una norma no depende solo del demandado. Sus esfuerzos pueden ser relevantes para lo que hacemos con su fracaso: la persona que fracasa porque es indiferente es en aspectos importantes peor que la persona que fracasa porque es torpe, está cansada o está confundida. Pero su fracaso sigue siendo un incumplimiento de un deber que tenía para con el demandante.

Filosofía del derecho de responsabilidad civil

Cuando alguien no toma precauciones contra lesiones previsibles, el demandante perjudicado puede decir "debiste haber pensado en eso". La persona cuya atención se desvía no es diferente de cualquier otra persona que es negligente: no ha otorgado a los demás el peso que merecen sus intereses. La persona que estaba demasiado cansada para darse cuenta del riesgo, o que no estaba familiarizada con las herramientas que estaba usando, falla a sus vecinos, y estos pueden quejarse con razón de que debería haber sido más cuidadoso. **(p. 673)** Una vez más, la persona que, como el acusado en *Vaughan v Menlove* , hizo todo lo posible por evitar un riesgo, es mejor descrita como equivocada acerca de las consecuencias de sus actos. Aunque su error puede ser honesto, sigue siendo su error.

El verdadero enigma del criterio objetivo es la persona cuya atención está *siempre* desviada de algún modo: o bien no puede prever que su conducta pueda perjudicar a otros, o bien puede preverlo pero de algún modo no puede guiarse por esa percepción. Esto me lleva a la primera excepción al criterio objetivo. Los niños muy pequeños sin duda entran en la categoría de personas cuya atención está casi siempre desviada, no en el sentido de que nunca puedan prestar atención a nada, sino en el sentido de que pueden distraerse fácilmente de las cosas a las que deberían prestar atención. No es sorprendente que estén exentos de responsabilidad porque están exentos de cualquier deber de cuidar.

Los tribunales suelen señalar las formas en que los niños son impulsivos o propensos a absorberse por completo en lo que hacen. Parte del problema es la falta de previsión, que impide a los niños apreciar los peligros que plantean. Como no pueden prever ciertos peligros, no les corresponde ningún deber de tenerlos en cuenta.

Otra parte es la falta de lo que los tribunales a veces llaman "prudencia", la capacidad de asignar el peso adecuado a factores que, en cierto sentido, son capaces de comprender. A los niños un poco mayores puede resultarles fácil comprender por qué, por ejemplo, no deben correr con tijeras (alguien podría perder un ojo). Su dificultad radica

en actuar en función de esa constatación: aunque están entusiasmados, sistemáticamente no asignan el peso adecuado al peligro.2

1 A medida que los niños maduran,

Los niños están sujetos a normas más estrictas, tanto porque son capaces de prever una gama más amplia de riesgos como porque son capaces de adaptar su comportamiento a una gama más amplia de deberes. La capacidad de los niños en una etapa particular de desarrollo para actuar en función de deberes particulares es, en el fondo, una cuestión de hecho más que de norma: ¿es realista esperar que un niño en este nivel de desarrollo adapte su comportamiento a este requisito particular? Como tantas otras cuestiones fácticas, es inevitable que sea controvertida, y existe el peligro de que los prejuicios y los estereotipos definan la respuesta que se reciba en un caso particular. Esa controversia es lamentable, pero probablemente inevitable, cuando se abordan cuestiones relativas al límite de la capacidad de la ley para dirigir la conducta.

Tal descripción de las limitadas capacidades de los niños puede parecer que reafirma el enigma en lugar de resolverlo. ¿Por qué a una persona cuyas capacidades de previsión y prudencia no son mejores que las de un niño se la juzga con el mismo criterio que a un adulto razonable de prudencia ordinaria? Podríamos imaginar que se podría tratar a esa persona como si sólo hubiera llegado a una etapa de desarrollo estancado. Sin embargo, la ley se niega rotundamente a juzgar a esa persona con un criterio inferior.

(p. 674) Pero el enigma se basa en una mala interpretación de la manera en que las capacidades características de una etapa particular del desarrollo son relevantes para el estándar que se le aplica a un niño. La ley de la negligencia no impone a los niños un estándar inferior al de los adultos sólo porque sus capacidades sean limitadas. En cambio, la ley debe imponerles un estándar inferior para evitar resultados que estén en desacuerdo con sus compromisos básicos; una vez que el estándar se reduce, debe graduarse sobre la base de las capacidades

características de un niño en esa etapa del desarrollo. Un bebé recién nacido o un niño pequeño está completamente fuera del alcance de la ley en todos los aspectos. Ningún estándar de conducta podría guiar sus acciones. Se presume que un adulto completamente desarrollado es capaz de poner su comportamiento en conformidad con los requisitos de la ley. Entre estos dos extremos, no hay una línea divisoria clara. En cambio, una vez que tenemos los extremos a la vista, no tenemos otra opción que tratar las etapas intermedias entre ellos como si estuvieran a lo largo de un continuo.

Como se trata de un continuo de capacidad para ajustarse a la ley, los distintos puntos de ese continuo se consideran como distintos grados en los que una persona puede ajustar su conducta a la ley. En consecuencia, al tratar con niños, el grado de previsión y prudencia que se espera de un niño en esa etapa de desarrollo es relevante para cualquier evaluación de la capacidad de un niño en particular para ajustar su conducta a los requisitos de la ley.

El adulto que nunca desarrolló poderes de previsión y prudencia más allá de los característicos de un adolescente no está sujeto a un estándar inferior, porque no surge la cuestión de dónde ubicar a esa persona en ese continuo entre infantes y adultos. Tal continuo presupone la idea de que todos los adultos, incluido éste, pertenecen a un extremo de ese continuo. De modo que llegamos a la conclusión de que las capacidades son relevantes en el caso de los niños no porque las capacidades siempre sean relevantes para los deberes que una persona debe a otra, sino porque los niños son un caso intermedio entre los infantes que no pueden tener deberes y los adultos que tienen deberes recíprocos entre sí.

Consideremos ahora la segunda categoría de personas que están exentas de responsabilidad, es decir, aquellas con discapacidades físicas.

También en este caso, la exención primaria no es la de la responsabilidad, sino la de los deberes de evitar dañar a otros de determinadas maneras, y la razón es la misma: ciertas incapacidades físicas hacen imposible que una persona se ajuste a determinadas normas. No tiene sentido decir "debiste haber pensado en eso antes" a una persona cuya discapacidad física le impide hacer lo que exige la ley, porque pensar en ello no habría hecho ninguna diferencia en su conducta. Al igual que la persona físicamente limitada, la persona físicamente discapacitada está fuera del alcance de cualquier norma de conducta. Decirle a la persona ciega que debería haber visto el peligro no es sólo insultante, aunque ciertamente lo es. También es inútil, porque el consejo en cuestión no podría haber hecho ninguna diferencia en su conducta. Hay excepciones. Si una persona ciega conduce un vehículo de motor, sí tiene sentido decir que debería haber pensado en el peligro antes, porque hay una cosa particular que debería haber considerado en un momento determinado, a saber, la necesidad de ver para evitar poner en peligro a otros mientras conduce un vehículo de motor.

Las personas con discapacidades específicas están, por lo tanto, exentas de responsabilidad porque están exentas de deberes específicos, cuya apreciación no puede orientar su conducta **(p. 675) .** Los adultos con inteligencia o autocontrol limitados no están tan exentos porque la ley sólo tiene en cuenta las incapacidades muy específicas características de las discapacidades. El único caso en que una incapacidad general es relevante es en el caso de los niños, para quienes es apropiado un tratamiento especial precisamente porque los adultos están sujetos a un estándar común. A la persona torpe se le puede decir que debería haber sido más cuidadosa en una ocasión particular, incluso si, siendo torpe, tiene dificultades para ser más cuidadosa en general.

Y a la persona imprudente se le puede decir que debería haber pensado antes de actuar en una ocasión particular, aunque tenga dificultades para resistir sus impulsos. Suponiendo que la persona torpe a veces pueda tomar precauciones, el consejo de tomar precauciones particulares siempre es acertado, incluso si habrá ocasiones en que no pueda tomarlas. Y siempre es acertado

decirle a la persona imprudente que sea más cuidadosa. Para los adultos competentes, la capacidad de realizar una actividad de manera segura no requiere normalmente pensar conscientemente en la seguridad. En cambio, los conductores competentes conducen con seguridad y son capaces de reconocer circunstancias en las que se requiere una atención adicional. En términos más generales, los adultos competentes se conducen con seguridad, es decir, toman las precauciones adecuadas cuando participan en actividades familiares y son capaces de reconocer cuándo las actividades desconocidas requieren una atención especial. Esa es una capacidad general, que la ley supone que todos los adultos tienen derecho a esperar unos de otros. Se espera que la persona que es apresurada o torpe reconozca sus propias limitaciones. En consecuencia, la ley supone que, en el caso de un adulto, no hay diferencia entre la incapacidad del acusado para ser guiado y el simple hecho de no haber sido guiado en una ocasión particular. Como el consejo no es inútil, como lo fue el consejo imaginado para la persona ciega, las normas pueden exigir que la persona torpe sea cuidadosa, o que la persona imprudente piense antes de actuar.

Recordemos de nuevo la estructura de una acción civil por agravio: una demandante agraviada se presenta ante un tribunal en busca de un recurso contra un demandado que (según alega) la ha perjudicado. La queja de la demandante adopta la forma: el demandado no puede hacerme eso. Como hemos visto, cuando el demandante era imprevisible o el daño era demasiado remoto, el demandado puede responder que ninguna norma de conducta podría prohibir su acción. Los ejemplos de personas con discapacidades físicas muestran que una norma de conducta también puede no aplicarse a una persona en particular porque su consideración no podría haber influido en lo que esa persona hubiera hecho. La persona ciega o la persona que no puede alcanzar un interruptor son ejemplos, al igual que la persona que sufre un primer e inesperado ataque epiléptico. Nada podría indicarle que se comportara de manera diferente a como lo hizo.

El niño o el discapacitado no es menos molesto para sus vecinos que el adulto torpe o imprudente, pero, dada su limitada capacidad para ajustar su conducta a la ley, no

está sujeto a todas sus normas. En consecuencia, la queja del demandante (que el demandado no puede hacerlo) no prospera porque ninguna norma vinculante lo prohíbe.

Los casos en que la falta de previsión o prudencia de un acusado adulto le impiden asignar el peso adecuado a los peligros para los demás son diferentes. En esos casos, la ley supone que el acusado habría actuado con prudencia si hubiera pensado en las posibles consecuencias de sus actos o hubiera asignado el peso adecuado a los intereses de los demás. **(p.**

676) Por supuesto, no se dejó guiar de esa manera, ya sea porque no consideró el riesgo o porque no le dio suficiente importancia. Pero eso es cierto en el caso de la persona distraída, cansada o indiferente. En tales casos, la ley no hizo una diferencia en la ocasión particular. Pero su incapacidad para hacer una diferencia en esa ocasión es la misma independientemente de por qué la previsión o la prudencia están limitadas en esa ocasión. La ley sólo puede imponer deberes que podrían guiar la conducta, suponiendo que quienes se guían por ella tomen las precauciones apropiadas y tengan el debido interés. Pero no condiciona la responsabilidad a si alguien de hecho fue guiado de esa manera. Condicionarla así haría que la seguridad de una persona dependiera de los esfuerzos de otra persona y, por lo tanto, no las protegería por igual entre sí.

En resumen, la ley no reconoce ninguna diferencia entre la falta de previsión de una consecuencia particular y la

incapacidad de preverlo en esa ocasión, y no hay diferencia entre no dejarse guiar por la perspectiva de lesión que uno ha previsto y la incapacidad de dejarse guiar por esa perspectiva en esa ocasión. Si alguien nunca fuera capaz de prever un cierto tipo de lesión, sería tratado de manera diferente, como se trata a las personas con discapacidades perceptivas. Y si alguien nunca fuera capaz de dejarse guiar por la perspectiva de lesión, sería tratado de manera

diferente, como se trata a los niños pequeños y a los enfermos mentales.

Vale la pena destacar que esta forma de entender las excepciones al estándar objetivo no se basa en ninguna idea de que la ley ofrezca una adaptación especial a quienes se encuentran en circunstancias difíciles. Ser adaptable de esta manera violaría el principio básico de reciprocidad, porque haría recaer el costo de la adaptación sobre la seguridad de otros. Por razones de simetría, tal adaptación también requeriría que se tuvieran en cuenta especialmente las sensibilidades inusuales de los demandantes. La razón de ser de las excepciones radica, en cambio, en el hecho de que las normas de conducta en cuestión no se pueden hacer cumplir. Por supuesto, se pueden hacer cumplir en el sentido de que quienes las violan pueden ser obligados a pagar, pero no se pueden hacer cumplir en el sentido de que se pueda utilizar la coerción para garantizar o incluso alentar su cumplimiento. A este respecto, las excepciones ocupan una posición análoga a la defensa de la coacción en el derecho penal, al menos según una interpretación de esa defensa. La persona que comete un delito con el fin de salvar su vida se encuentra fuera del alcance de la ley penal para moldear su conducta, ya que, como observa Kant, la perspectiva de un castigo futuro nunca estará tan presente en su mente como la perspectiva de una muerte inmediata. Se puede encerrar a esa persona o colgarla, pero hacerlo no servirá de castigo.

De la misma manera, un niño puede ser plenamente consciente del peligro que entraña correr con tijeras, pero no ser capaz de resistir la tentación cuando se le excita. De hecho, es por eso que los niños pueden ser atraídos y, por lo tanto, no son negligentes en circunstancias en las que un adulto sí lo sería: un niño que puede apreciar el peligro del fuego o de las piscinas puede verse dominado por su curiosidad.22 Como resultado, la norma no puede dirigir su conducta.23 En **los** casos en que la consideración de una norma no puede cambiar la forma en que se comportan las personas, la ley es incapaz de exigir su cumplimiento. Lo máximo que podría hacer es imponer responsabilidad aunque ninguna norma regule la conducta del acusado. El hecho de que no lo haga refleja la subordinación de las

cuestiones de responsabilidad a las cuestiones sobre normas de conducta.

Es fácil confundirse sobre la inutilidad de la responsabilidad en tales casos, ya que cualquier caso en el que no tenga sentido responsabilizar a alguien también es injusto. Pero no se sigue lo contrario. La diferencia entre estas dos afirmaciones pone de relieve la diferencia entre normas de conducta y reglas de responsabilidad. No sería inútil responsabilizar a los niños y a las personas con discapacidades físicas por el daño que causan, es decir, tratarlos como aseguradores de aquellos a quienes otros podrían prever que podrían dañar, así como no sería inútil, desde el punto de vista de la disuasión, castigar a las personas que actúan en condiciones de necesidad. Pero cualquier castigo de ese tipo no abordaría el mal.

Tipo y grado de lesión

Ahora me referiré a la distinción que hace la ley entre el tipo y el grado de daño. Las normas de conducta obligan a las personas a estar atentas a los peligros que su conducta supone para los demás. Como hemos visto, sólo pueden obligar a las personas a estar atentas a los tipos de daño que son previsibles. Si el daño es una consecuencia previsible de alguna acción, se deben tomar medidas para que sea más segura, haciendo menos probable que cause daños de ese tipo.

Debo destacar que la prevención de los daños en función de su tipo no es la única norma de conducta posible. Es decir, la teoría del deber exige que la responsabilidad por negligencia se limite a los daños previsibles, pero no exige, por sí sola, la distinción entre tipo y extensión del daño. Hay otras normas de conducta posibles que podrían servir para orientar la acción, pero que son rechazadas por el derecho de la negligencia porque no satisfacen nuestro otro criterio, el de la objetividad, que, como vimos, exige que las normas pertinentes protejan a las personas por igual entre sí.

Un candidato particular para una norma de conducta nos haría considerar no los tipos de intereses que están en juego, sino más bien su alcance en una ocasión particular.

En particular, se podrían tener en cuenta tanto los costos esperados de las precauciones de seguridad en una ocasión particular, como el alcance probable del daño si no se toman esas precauciones, al decidir si las precauciones son ameritadas en un caso particular. Este no es sólo un ejemplo hipotético ofrecido a modo de contraste, sino una propuesta seria en el campo de los estudios sobre responsabilidad civil extracontractual. Algunos defensores de los enfoques económicos del derecho de la negligencia, el más destacado de ellos **(p. 678)** Richard Posner, sugieren que las cuestiones de responsabilidad en caso de negligencia se responden, y deberían responderse, precisamente en esos términos.24

Filosofía del derecho de responsabilidad civil

La idea intuitiva resulta familiar en las decisiones que las personas toman sobre su propia seguridad. A pesar de la alta prioridad que le damos a la seguridad, cualquier inversión en seguridad requiere renunciar a otras cosas que son valiosas en sí mismas. Como resultado, existen límites a cuánto tiene sentido gastar. Se podría decir que esos límites son una función de tres cosas: el costo o la inconveniencia de la precaución, el tipo o la gravedad del daño que intento evitar y la probabilidad de que ese daño ocurra. Supongamos que estoy decidiendo si compro o no una escalera nueva para cambiar las bombillas.

El sentido o no del gasto depende del coste de la escalera, del daño que me ayudaría a evitar y de la probabilidad de que se produzca ese daño. Consideremos dos escenarios. Tal vez la única alternativa a la escalera sea que me ponga de puntillas en el borde superior de una escalera vieja e inestable. El gasto adicional tiene sentido debido a la probabilidad y la gravedad del daño que podría resultar (quebrarme el brazo o la espalda si me caigo). Pero si soy inusualmente ágil, tal vez la lesión sea improbable y, por lo tanto, el gasto sea innecesario. Otra posibilidad es que la escalera vieja sea tan estable como la nueva, pero que la nueva tenga un orificio especial para colocar bombillas, de modo que sea menos probable que se me caiga una si compro la nueva. Como las bombillas son baratas, no tiene

sentido que compre la nueva escalera, porque el coste esperado que se supone que evitará es menor que el coste de la precaución. Expresado en los propios términos de Hand

[E]l deber de prever los daños resultantes es una función de tres variables: (1) la probabilidad... (2) la gravedad de los daños resultantes... (3) la carga de las precauciones adecuadas. Es posible que sirva para poner de relieve esta noción si se la enuncia en términos algebraicos: si la probabilidad se denomina P; el daño L: y la carga de las precauciones B; la responsabilidad depende de si B es menor que L multiplicado por P: es decir, si B ⟨ PL.25

Como forma de velar por la propia seguridad, la prueba de la mano refleja una idea importante: las personas prudentes no invertirán ni de más ni de menos en seguridad. En cambio, deberían tomar las precauciones que sean adecuadas, en función de la importancia que tengan para ellas, evitando lesiones y evitando los gastos e inconvenientes que entrañan las precauciones. En la medida en que esos factores puedan ser monetizados, tiene sentido hacerlo, porque el grado de precaución adecuado es una función lineal de los tres factores.

Pero la prueba de Hand pretende captar más que eso, ya que también se supone que muestra cuán cuidadosa debe ser una persona con la seguridad de *otra* . El razonamiento es el mismo: lo que es razonable que yo haga es lo que es racional que haga, y solo es racional que tome las precauciones que se justifican por el equilibrio de beneficios sobre costos. Aquí sus aparentes ventajas resultan ser ilusorias. El hecho de que algún tipo de análisis de costo-beneficio sea apropiado para decidir qué medidas tomar para promover la propia seguridad no demuestra, por sí solo, que sea apropiado para decidir **(p. 679)** qué medidas son apropiadas para la seguridad de otro. El punto aquí es tanto analítico como normativo: para entender lo que intenta hacer la ley de responsabilidad civil, debemos observar sus amplias características estructurales y explicarlas, en lugar de descartarlas cuando no coinciden con la teoría preferida de uno, ya sea normativa o explicativa. La prueba de Hand pasa por alto importantes características estructurales de la

responsabilidad por negligencia; Además, lo hace porque está en desacuerdo con la idea central de que una parte no puede establecer los términos de la interacción de manera unilateral.

Ya hemos encontrado un ejemplo de la objetividad de la ley de negligencia, en su negativa a considerar la capacidad de un demandado en particular para cumplir con una norma. La negativa de la ley a tener en cuenta las necesidades especiales de demandantes ultrasensibles proporciona otro ejemplo. En cada uno de esos casos, la libertad o seguridad de una parte está totalmente rehén de las características idiosincrásicas de la otra. Se podría pensar que la prueba de Hand ofrece un enfoque alternativo, ya que la ecuación "B ⟨ PL" tiene en cuenta los intereses tanto del demandante como del demandado. Pero aunque tiene en cuenta a ambos, lo hace de una manera que trata a ambos como idiosincrásicos y, por lo tanto, no puede explicar características importantes de la doctrina de responsabilidad civil.

En primer lugar, consideremos la situación de un posible acusado que decide qué precauciones debe tomar para evitar una lesión de cierta probabilidad y magnitud. Si se justifica o no una inversión adicional en cuidados depende del costo (la "B" de Hand). Pero el tamaño de B dependerá a su vez de su costo de oportunidad: la ventaja a la que el acusado tendrá que renunciar para realizar la inversión adicional en seguridad. Es necesario pensar en las precauciones en términos de costo de oportunidad para evitar una inversión excesiva en seguridad. Para volver al ejemplo de la escalera, si necesito guardarla en algún lugar y, por lo tanto, no me queda suficiente espacio para guardar algo más de valor, eso debe tenerse en cuenta en mi decisión.

De nuevo, si estoy transportando algo valioso pero perecedero (tal vez necesito llevar atún con calidad de sushi al aeropuerto antes de que salga el vuelo de hoy, o de lo contrario no tendrá valor), tiene sentido que sea menos cuidadoso con la seguridad de mis otras propiedades que si estoy transportando algo que conservará su valor, y el único costo de la demora es el tiempo que pierdo.

Filosofía del derecho de responsabilidad civil

La prueba de Hand traslada este tipo de razonamiento al caso en que está en juego la seguridad de otra persona. De modo que si estoy transportando algo caro y perecedero, tiene sentido correr más riesgos con la seguridad de los demás que si estoy transportando algo menos valioso. Es decir, la carga de las precauciones (la «B» de Hand) depende de qué más está en juego para mí. Establezco los términos de la interacción de manera unilateral, en la medida en que la seguridad de los demás depende de la cantidad que yo pueda ganar al renunciar a las precauciones.26

(p. 680) Ahora consideremos la situación del demandante. Al decidir cuánto cuidado se requiere, el demandado necesita sopesar los costos potenciales de evitación para él y los costos que la lesión probablemente impondrá al demandante. Ya hemos visto que esto significa que debe considerar los costos particulares que enfrentará. También debe considerar los costos particulares que enfrentará el demandante. Si las precauciones particulares están justificadas por sus costos depende de quién es probable que resulte lesionado, porque algunas personas son más caras de lesionar que otras. Entre los tipos estándar de daños se encuentra la pérdida de ingresos. Por lo tanto, el demandado debe considerar los ingresos probables de aquellos que podrían resultar lesionados por su acción. Si la clase de demandantes potenciales son personas con altos ingresos, entonces, en igualdad de condiciones, la "L" de Hand

El resultado es diferente si se trata de personas con bajos ingresos. Por ejemplo, si alguien conduce por una comunidad de jubilados, en igualdad de condiciones, tendría que tomar menos precauciones que si lo hiciera por una zona en la que las personas que podrían resultar heridas fueran jóvenes o personas con empleos remunerados. Tal vez los residentes de comunidades de jubilados tengan menos capacidad para evitar lesiones debido a su menor movilidad. Pero si es así, eso entra dentro de la "P" de Hand en lugar de la "L", y por lo tanto

no cambia el hecho de que, en igualdad de condiciones, quienes pueden resultar heridos de forma económica tienen derecho a menos precauciones. Los ejemplos de conducción ilustran este punto de forma vívida, pero otros ejemplos no son más difíciles de construir. Se requiere menos cuidado al descargar desechos tóxicos cerca de barrios pobres que cerca de los ricos. Los informes de prensa sugieren, de manera deprimente, que es probable que se tenga menos cuidado cuando es probable que las personas pobres resulten heridas que cuando son ricas. La prueba de Hand sugiere, sorprendentemente, que tienen *derecho* a menos cuidado. De esta manera, en la prueba manual, tanto los potenciales demandantes como los potenciales demandados pueden establecer de manera unilateral el estándar de cuidado al que tienen derecho.

Si ambas partes pueden fijar unilateralmente los términos de la interacción, ¿por qué no se puede hablar de reciprocidad, porque dos actos unilaterales se anulan mutuamente, por así decirlo? La dificultad es que el grado de atención al que tiene derecho cada persona depende de los bienes y las prioridades de las personas concretas con las que interactúa. Se podría pensar que una persona preferiría que el grado de atención al que tiene derecho dependiera de las características de las personas con las que interactúa, como que dependiera de los intereses protegidos de una persona razonable hipotética. Pero la ley no da a las personas el nivel de atención que más desearían, sino que busca protegerlas por igual unas de otras. Para ello es necesario que mi interés en la seguridad física o la seguridad de la propiedad cuenten igual que el tuyo, independientemente de su valor económico relativo.

La ley no utiliza el criterio de Hand para evaluar la responsabilidad.27 Más bien, los tres factores que Hand menciona son todos relevantes para establecer el estándar de cuidado. Pero todos se establecen **(p. 681)** en términos de la persona razonable representativa .

—es decir, la importancia de los intereses particulares tanto para la libertad como para la seguridad. Esos intereses importan porque todas las personas tienen interés en poder perseguir sus fines sin la interferencia de otros, y todos tienen interés en la seguridad de sus

personas y propiedades. Proteger esos intereses no conduce a un nivel eficiente de seguridad: los intereses protegidos pueden ser lo suficientemente importantes como para justificar precauciones que excedan su valor monetario en un caso particular.28

Incluso si la ley no utiliza la prueba de la mano, algunos podrían suponer que se trata de una falla que debe remediarse.29

Aunque dije al principio que mi objetivo era articular los principios organizadores del derecho de responsabilidad civil, más que defenderlos, me permitiré algunas palabras de defensa aquí: la idea de reciprocidad que opera en el derecho de responsabilidad civil refleja una comprensión importante de la equidad, que exige que las personas interactúen en términos justos y exige que se corrijan los errores cuando no lo hacen. Mi objetivo al desarrollarlos y explicarlos es, como dije, explicar la doctrina de la responsabilidad civil. Pero si explicar una práctica en términos de ideas normativas que son familiares y poderosas no es suficiente para justificarla, ayuda en cierta medida a lograrlo. En particular, demuestra que la práctica no es arbitraria y, por lo tanto, su incapacidad para cumplir con algunos estándares normativos en competencia (por ejemplo, de eficiencia económica) no debe interpretarse como una demostración de que es irracional o inmoral.

(p. 682) Libertad y seguridad

Tanto el requisito de previsibilidad de la ley de negligencia como las excepciones al estándar objetivo de cuidado pueden explicarse únicamente en términos de la capacidad de las normas para regir la conducta. Ninguna norma de conducta podría pedir a las personas que tengan en cuenta cosas que no se pueden tener en cuenta, y ninguna norma puede exigir a una persona que haga cosas que no puede hacer. La objetividad del estándar de cuidado y su enfoque en el tipo de daño en lugar de en su extensión se explican en términos de la idea de reciprocidad. Un estándar

subjetivo permitiría a una persona establecer unilateralmente los términos de la interacción; un estándar que considerara los intereses en pugna cuantitativamente mantendría la libertad y la seguridad de cada persona en manos de la riqueza y las prioridades particulares de aquellos con quienes interactuaba.

Otras características del derecho de la negligencia se basan en evaluaciones más específicas de la importancia de intereses particulares en la libertad y la seguridad. Las normas de conducta podrían limitarse a las consecuencias previsibles, cumpliendo así el requisito de que orienten la conducta, e imponerse de manera uniforme, cumpliendo así la restricción de reciprocidad, pero supondrían una carga demasiado pesada para la libertad o la seguridad. Es fácil pensar en ejemplos de normas que son demasiado laxas porque imponen una carga demasiado pesada para la seguridad: se podría permitir a todo el mundo participar en una actividad peligrosa, como conducir a alta velocidad. Siempre que todos pudieran participar en ellas, permitir esas actividades no violaría la reciprocidad, pero pondría en peligro un importante riesgo de seguridad en aras de un interés de libertad comparativamente poco importante.

También es fácil construir ejemplos de normas que podrían aplicarse a todos, pero que suponen una carga demasiado grande para la libertad: exigir a las personas que conduzcan a 2 mph haría que los automóviles fueran mucho más seguros, pero impondría una carga demasiado grande a la capacidad de las personas de ir y venir a su antojo.

Ahora quisiera sugerir que otras características conocidas de la doctrina de responsabilidad civil extracontractual pueden explicarse de la misma manera. Consideremos el obstáculo a la reparación por negligencia por pérdida puramente económica. La perspectiva de pérdida económica para otros proporciona la base para una posible norma de conducta: alguien que remolca una barcaza en la niebla puede tener en cuenta el hecho de que una variedad de personas dependen del puente contra el que podría chocar; alguien que deja un incendio sin atender puede tener en cuenta las pérdidas que enfrentan las personas que dependen de diversas maneras de los edificios que podrían incendiarse. Además, una norma de ese tipo no

tiene por qué violar la condición de reciprocidad, porque una norma que exija que cada persona tenga en cuenta todos los posibles efectos sobre los demás podría aplicarse a todos por igual. Pero aunque una norma de ese tipo es posible, sería demasiado exigente.

Por eso la ley supone que el hecho de que las personas dependan de otras personas y de la disponibilidad continua de cosas en diversas formas no constituye motivo para tomar precauciones adicionales.

Si nos centramos en la queja del demandante sobre la conducta del demandado, la razón para excluir la pérdida puramente económica se hace evidente. Para ponerla en evidencia, consideremos una analogía **(p. 683)** con el deber que se debe a los rescatadores. Un rescatador tiene derecho a recuperarse de la persona que creó el peligro, incluso si la víctima principal de ese peligro no puede recuperarse, por algunos motivos como la asunción del riesgo o la negligencia contributiva. El rescatador también puede recuperarse si actúa de manera preventiva, por ejemplo, empujando a alguien fuera de la trayectoria de un tren que se aproxima, y resulta herido aunque la persona rescatada no lo haya sido. En estos casos, el rescatador recupera porque puede quejarse porque el causante inicial del daño la atrajo a la situación. Esto es evidente cuando el demandado se ha puesto a sí mismo en el peligro al que responde el rescatador, pero es igualmente cierto en otros casos también.

Contrastemos esto con el caso de una pérdida puramente económica. Si mi restaurante prospera gracias a los clientes de su hotel cercano, no puedo recuperar de usted mis ganancias perdidas si usted lo cierra, ni del pirómano que lo quema. Si mi fábrica cierra porque su barcaza destruye el puente público que proporciona el único acceso a la isla en la que está ubicada, no puedo recuperar de usted mis pérdidas, aun cuando usted podría haber previsto el daño que me sobrevino, y aun cuando usted hubiera sido responsable de esas pérdidas si yo hubiera sido el propietario del puente que usted destruyó. La razón por la que usted escapa a la responsabilidad es que, aunque la posibilidad de que yo pierda algo en lo que he llegado a confiar podría ser la base de una norma de conducta, sería

una carga demasiado pesada para su libertad que se le pidiera que tuviera en cuenta tales cosas. La posibilidad de que otros confíen en que las cosas vayan de una determinada manera es tan generalizada que exigirles que la tengan en cuenta reduciría el alcance de la libertad a casi nada. En cambio, quienes dependen de la disponibilidad de cosas que no poseen lo hacen por su propia cuenta y riesgo.30

Estos ejemplos pueden parecer una agrupación incoherente: destruir un puente es un acto irrazonable con las consecuencias previsibles de que terceros se verán perjudicados. Cerrar mi hotel, en cambio, tiene consecuencias previsibles, pero no es irrazonable. De hecho, esa es la cuestión: el impacto previsible de las acciones de uno sobre los demás sólo da lugar a un deber en los casos en que las personas en general podrían tener ese deber entre sí. Si no tienes derecho a la presencia continua de mi hotel, no tienes ese derecho, tanto si pierdes Página 15 de 21

Filosofía del derecho de responsabilidad civil

La presencia del hotel a través de mi decisión de demolerlo, a través de la acción intencional de un pirómano o a través del descuido de alguien. Nadie tiene el deber de tener en cuenta el uso que usted hace de él, incluso si se le prohíbe por motivos independientes hacer exactamente el mismo acto que lo priva a usted de él. Todavía no puede decir "no se le permite hacerme eso " , incluso si no se le permite hacer eso. La ley no puede exigir a las personas que tengan en cuenta todas las formas en que sus acciones pueden afectar a los demás. Dado que no les exige que tengan en cuenta esos **efectos** , tampoco puede hacerlos responsables si provocan esos efectos, incluso si lo hacen a través de una conducta que está prohibida por otros motivos.

Hay dos puntos aquí. El primero es que, aunque una norma que exige que las personas tengan en cuenta todas las formas previsibles en que una persona depende de otra proporciona la base de una posible norma de conducta, dicha norma sería demasiado exigente, porque casi cualquier cosa que uno haga corre el riesgo de defraudar

las expectativas de los demás. Si yo soy dueño de un hotel y usted es dueño de un restaurante cercano que atrae a clientes de entre mis huéspedes, usted no tiene causa de acción contra mí por responsabilidad civil si cierro mi hotel o abro un restaurante competidor. Imponerme tal deber sería una carga demasiado pesada para mi libertad. Por la misma razón, imponer a terceros un deber de proteger su dependencia de la disponibilidad de mi hotel sería una carga demasiado pesada para su libertad. El daño al hotel en sí proporciona una base para un deber que se me debe de evitar que se queme. Aunque un deber adicional para su beneficio no limitaría su conducta más de lo que ya está limitada en el caso particular, hacer de sus vulnerabilidades la base de un deber limitaría su libertad, porque lo que se le permitiera hacer siempre dependería de sus efectos sobre usted.

Una vez más, el punto importante aquí es que la ley de negligencia subordina las cuestiones de responsabilidad a las normas de conducta. La persona que daña el puente podría ser obligada a pagar por el daño que causa a las empresas que quedan atrapadas como resultado, pero no podría tener el deber de velar por que esas empresas conserven el acceso al puente. Tal deber sólo podría ser explicado de manera tan amplia que hiciera a todos responsables de los impactos de su conducta sobre los demás. Imponer responsabilidad sin el incumplimiento de una norma estaría en contradicción con la estructura general de la ley de negligencia; hacer cumplir una norma que exigiera tanto no dejaría a las personas ninguna libertad.

En segundo lugar, se podría pensar, en cambio, que la norma apropiada sólo debería prohibir tales interferencias cuando la pérdida fuera probablemente grave o sustancial; ello no protegería a las personas por igual entre sí, porque haría que la atención a la que las personas tienen derecho dependiera del alcance, más que del tipo, del daño que pudieran sufrir.

Pero tal norma se enfrentaría a todas las dificultades que ya vimos con la prueba de la mano aprendida.

El hecho de que otras personas dependan de la disponibilidad de diversos objetos que no poseen, y de diversas personas con las que no tienen relaciones jurídicas especiales, no puede proporcionar una razón para limitar las actividades de uno porque, si así fuera, las actividades de uno quedarían eliminadas. Casi cualquier cosa que alguien pudiera hacer puede correr el riesgo de defraudar las expectativas establecidas de terceros. El problema es que el único acto no negligente sería sentarse tranquilamente en la propia habitación. Una norma de conducta que diga "no hagas nada que previsiblemente prive a otros de personas u objetos en los que confían" excluye casi cualquier cosa que alguien pueda hacer. Tampoco se puede salvar el mismo supuesto deber al formularlo de manera más estricta, diciendo, por ejemplo, "no dañes puentes porque la gente los cruza". Para ver por qué, considere otro ejemplo: supongamos que el acusado tiene una defensa independiente ante una acción por negligencia por dañar el puente **(p. 685)** , tal vez sea su propio puente,3

1 o quizás el puente se hizo vulnerable por su

La negligencia del propietario al construirlo, de modo que exponerlo al riesgo es la única forma en que el demandado puede navegar con seguridad por el río. O tal vez el puente no sufre daños reales por la colisión, pero está cerrado para inspección.

El demandado no tiene un deber de cuidado con los usuarios del puente cuando no lo tiene con el propietario del puente. En consecuencia, no tiene un deber de cuidado con los usuarios del puente. La situación es, por tanto, muy diferente de aquellas situaciones en las que el demandado es responsable de las lesiones sufridas por los rescatistas. En tales casos, el deber es directo.

Los comentaristas a veces sugieren que la razón por la que no hay responsabilidad por negligencia por pérdida puramente económica es que permitirla llevaría a una responsabilidad desproporcionada a la gravedad de la falta. Los tribunales reconocen con frecuencia las implicaciones financieras de sus sentencias, pero con la misma frecuencia se niegan a guiarse por ellas. Además, como hemos visto, la

distinción entre tipo y alcance de responsabilidad significa que una falta pequeña puede llevar a una responsabilidad masiva si lleva a una pérdida masiva. Por lo tanto, hay que ser cautelosos al suponer que tales factores son fundamentales. En cambio, la verdadera dificultad con la responsabilidad en tales casos es que la única norma de conducta posible de la que dependería sería o bien tan exigente que no dejaría casi nada fuera de su alcance, o bien limitada de maneras que harían que las normas de conducta dependieran de la magnitud de los intereses en juego. De modo que el problema central no es el de la responsabilidad ilimitada, sino el de la responsabilidad que no está vinculada a la violación de una norma de conducta defendible.

Conclusión

Dije al principio que mis principales ejemplos se basarían en el delito por negligencia. También sugerí que la negligencia proporcionaba una ilustración clara de las formas en que el derecho de responsabilidad civil subordina las cuestiones de responsabilidad a las cuestiones sobre normas de conducta, y traté de explicar algunas de las características estructurales generales de las normas de conducta impuestas por el derecho de negligencia. En esta sección final, me referiré, demasiado brevemente, a otra área de responsabilidad civil por negligencia, y explicaré cómo el análisis desarrollado aquí puede extenderse a ella. En particular, quiero sugerir que dicho análisis puede extenderse para explicar el papel de las normas de conducta que pueden invocarse en casos en que la responsabilidad es estricta.

En los casos en que la responsabilidad es estricta, como el uso de explosivos o la tenencia de animales salvajes, se podría pensar que no hay normas en juego, ya que la actividad peligrosa en cuestión es legal, aunque la persona que la realiza sea responsable del **daño** que causa. Pero como indica nuestro análisis de la negligencia, el descuido como tal no está prohibido. En cambio, el deber del

demandado es evitar lesionar al demandante de las formas de las que el demandante tiene derecho a no lesionarse. Por lo tanto, no puedo hacer que te rompas una pierna por mi descuido. De la misma manera, no debo derribar tu casa con mis explosiones, ni permitir que mi elefante pisotee tu jardín. La facilidad o dificultad, o de hecho, la casi imposibilidad, de cumplir con este deber mientras hago explosiones o tengo animales salvajes no socava tu derecho a no sufrir esas lesiones, así como tu derecho a no sufrir lesiones por negligencia no depende de la facilidad o dificultad que tenga para conducir con seguridad estando cansado. La ley no prohíbe conducir estando cansado; ni lo dice

"Eres libre de hacerlo siempre que pagues por cualquier daño que causas". En cambio, dice "no lesiones a otros por conducir de manera imprudente" y faculta a quienes resulten lesionados por la violación de esa norma a recuperar los daños porque han sido perjudicados. De la misma manera, la ley no prohíbe las explosiones ni condiciona su legalidad a la disposición a pagar por el daño causado. En cambio, dice "no lesiones a otros por tus explosiones" y faculta a quienes hayan resultado lesionados por la violación de esa norma a recuperar los daños porque han sido perjudicados. El deber de evitar lesionar a otros por medio de explosiones proporciona una guía genuina para la conducta, aunque no le dice a alguien cómo hacer explosiones sin responsabilidad.

En todos esos casos, ya sea que la responsabilidad esté condicionada a la intención, la negligencia o sea estricta, el demandante puede recuperar los daños y perjuicios en caso de que pueda demostrar que el demandado no tenía derecho a hacerle eso. La ley de responsabilidad civil decide de quién es el problema al observar cómo se permite que las personas se traten entre sí.

Notas:

En febrero de 2001, en la conferencia de filosofía jurídica Oxford-Toronto, se presentó una versión anterior de este capítulo, en la que Tony Honoré aportó comentarios instructivos. También agradezco a Lisa Austin, Dennis Klimchuk, Sophia Reibetanz, Benjamin Zipursky y a un

lector anónimo sus comentarios sobre los borradores anteriores.

(1) *Palsgraf contra Long Island Railroad* , 169 NE 99 (NY CA 1928).

(2) Tanto el contrato como la restitución también implican derechos privados de acción, y por lo tanto ambos pueden ser considerados como cuestiones subordinadas sobre quién soporta qué costos a cuestiones sobre cómo las personas se tratan entre sí. En una acción contractual, la alegación del demandante tiene la forma de "eso es mío. ¡Devuélvemelo!" Es decir, el demandante afirma un derecho a los términos de un trato. En una acción por agravio, la alegación del demandante tiene la forma "el demandado no puede hacerme eso". El demandante afirma un derecho a no ser afectado por la conducta del demandado. El remedio buscado por el demandante refleja esta diferencia; en una acción por agravio, el demandante quiere que se deshaga el acto ilícito, mientras que en una acción contractual el demandante quiere que se cumpla el acto prometido. Aristóteles, en la *Ética a Nicómaco,* dice que la justicia correctiva restablece la igualdad de las partes, pero sus ejemplos sugieren que la igualdad se restablece cuando una parte devuelve algo a la otra. Aunque podemos representar de manera útil los daños por agravio como una forma de devolver el daño al causante, a quien corresponde por derecho, el objetivo de devolverlo es hacer que las partes hayan interactuado en términos apropiados, es decir, hacer que el daño nunca haya ocurrido. Si el demandado ha perjudicado al demandante, tratar el daño resultante como un problema del demandado es simplemente una forma de hacer que las partes no hayan interactuado y que el demandado simplemente se haya lesionado a sí mismo.

(3) Véase, por ejemplo, Atiyah, *The Damages Lottery* (Oxford: Hart Publishing, 1997), y Christopher Schroeder, 'Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law', *University of California Law Review* , 38 (1990), 143.

(4) Algunas personas han sugerido que los delitos consumados no deberían conllevar *un castigo más severo* que los intentos fallidos, pero esos argumentos se formulan

invariablemente en términos de un contraste entre castigo y compensación. Página 17 de 21

Filosofía del derecho de responsabilidad civil

Dando por sentado que la compensación debería depender de las consecuencias. Véase, por ejemplo, J. C. Smith, "The Element of Chance in Criminal Liability", *Criminal Law Review* , 63 (1971).

(5) En *Lamb v London Borough of Camden* [1981] QB 625 (CA), Lord Denning se opone *a Chomentowski v Red Garter Restaurants* (1970) WN (NSW)1070, en el que una víctima de un delito intentó recuperarse de su empleador, señalando que la junta de compensación por lesiones criminales se encarga de compensar a las víctimas de delitos violentos. Es difícil creer que incluso Denning señalara la existencia de la junta como una razón para no responsabilizar al *delincuente* por la pérdida de la víctima.

(6) También son básicas en el sentido de que requieren una calificación en casos de relaciones especiales, en las que las partes están situadas de manera asimétrica, como las que se dan entre los profesionales y sus clientes. No las analizaré en detalle aquí.

(7) Al mismo tiempo, las instituciones mismas sólo pueden justificarse si se articulan y defienden los principios que expresan. Si se puede ver que el patrón de normas y recursos impuestos por el derecho de responsabilidad civil se sostiene en virtud de principios intuitivamente atractivos, entonces ese mismo patrón puede ser reivindicado. Bien puede haber otras razones para mantener una institución de derecho de responsabilidad civil, que van desde la distribución de los costos de los accidentes o la promoción de la eficiencia económica hasta la importancia simbólica de permitir a las personas un día en los tribunales o el gusto por los procesos descentralizados.

La justificación en términos de principios subyacentes goza de cierta primacía, aunque sólo sea porque ofrece razones para el patrón específico de decisiones que está en cuestión.

Como esos deberes se deben a otros, su satisfacción es inherentemente vulnerable a factores que están fuera del control de un individuo. La posibilidad de que esto ocurra es menos desconcertante de lo que algunos parecen suponer. Si le debo 100 dólares, la posibilidad de que cumpla con mi obligación es vulnerable de la misma manera. Tal vulnerabilidad no implica que realmente solo le deba un intento, o tal vez repetidos intentos, de pagarle. En cambio, significa que soy responsable de las consecuencias que no están completamente bajo mi control. De la misma manera, los deberes de responsabilidad civil me hacen responsable de las consecuencias que no están completamente bajo mi control.

(8) *Bolton v. Stone* [1951] AC850(HL) por Lord Reid.

(9) No pretendo negar que existen algunas cuestiones de lejanía que no se abordan mediante consideraciones de previsibilidad. Me referiré más a esta cuestión más adelante.

(10) Stephen Perry es quien más ha hecho por desarrollar esta línea de pensamiento. Véase su obra 'The Moral Foundations of Tort Law', *Iowa Law Review* , 77 (1992), 494 y 'Responsibility for Outcomes and the Law of Torts', *Philosophy and Tort Derecho* , ed. G. Postema (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).

(11) Stephen R. Perry, 'Fundamentos morales'; Tony Honore, *Culpa y responsabilidad* (Oxford: Hart Publishing, 1999).

(12) Tampoco puede explicarse plausiblemente el requisito de previsibilidad como una expresión de una condición previa más general de agencia o responsabilidad, como sugiere Jules Coleman en *The Practice of Principle* (Oxford: Oxford University Press, 2001). Aunque un ser sin capacidad de previsión no podría ser un agente responsable, tanto la agencia como la responsabilidad requieren la capacidad de prever o evitar una consecuencia *particular* de la que uno es responsable. Existe un sentido familiar en el que un conductor cuidadoso es responsable de atropellar a un peatón imprevisible. El conductor lamenta el hecho de haber sido *él* quien atropelló al peatón,

y por lo tanto desea haber tomado una ruta diferente o haber comenzado antes. Algunas normas de reparación pueden seguirse de este tipo de responsabilidad:

Tal vez tenga una obligación especial de pedir ayuda o de permanecer con la víctima hasta que llegue la ayuda, algo que no tiene quien haya presenciado el accidente. Pero esas obligaciones morales no surgen del hecho de que haya violado una norma de conducta, porque no violó ninguna norma de ese tipo. El peatón no puede quejarse de que el conductor debería haber sido más cuidadoso.

Nuevamente, en *Dooley v Cammell Laird & Co., Ltd*. [1951] 1 Lloyd's Rep 271, el operador de grúa demandante sufrió un shock nervioso cuando un cable de la grúa que estaba operando, que había sido inspeccionado negligentemente, se rompió y dejó caer su carga donde él pensaba que estaban sus compañeros de trabajo. (Su visión estaba obstruida. Al parecer, nadie resultó herido abajo). Nadie tiene ninguna dificultad para entender su reacción y las formas en que excedió la reacción que esperaríamos de alguien que presenció el accidente. El demandante estuvo implicado en el accidente, aunque no tenía ninguna obligación de inspeccionar el cable.

La transparencia y familiaridad de esta concepción de la responsabilidad explican en cierta medida la atracción periódica del derecho por la idea de la inmediatez al abordar cuestiones de lejanía. La inmediatez forma parte de una concepción familiar e importante de la agencia y la responsabilidad. Esa concepción está en tensión con el interés primordial del derecho de guiar la conducta. En la medida en que la inmediatez es importante para la responsabilidad, es importante independientemente de cualquier preocupación sobre los deberes, y no puede conciliarse con un enfoque que los hace centrales. Cuando el daño es directo, pero no de un tipo contra el cual se le pueda pedir al demandado que tome precauciones, el demandante no puede quejarse de que no se le debería permitir al demandado hacerle eso, porque no hay ningún

candidato para una norma que el demandante pueda invocar.

(13) *Palsgraf contra Long Island Railroad* 169 NE 99 (NY CA 1928).

(14) Por la misma razón, el demandado no tiene derecho a compensar los daños adeudados incluso si pudiera demostrar de manera concluyente que el demandante habría enfrentado una tormenta más severa si no fuera por la negligencia del demandado.

(15) El concepto de previsibilidad funciona de manera ligeramente diferente cuando se abordan algunas cuestiones de "deber". Por lo general, si un daño era imprevisible, no podría haber existido un deber y, por lo tanto, no podría haber habido un incumplimiento de ese deber. En algunos casos, surgen preguntas sobre si una clase específica de personas tiene un deber hacia otra clase de personas, además de los deberes que todas las personas tienen entre sí. Por ejemplo, en *Tarasoff v Regents of the En la Universidad de California,* 551 P. 2d 334 (1976), se planteó la cuestión de si un terapeuta tiene el deber de advertir a las personas que podrían ser atacadas por sus pacientes. La previsibilidad es uno de los factores que se deben considerar para decidir si se debe tal deber, porque a menos que tales ataques sean previsibles, es decir, a menos que las evaluaciones terapéuticas sean confiables, no se puede exigir a los psiquiatras que actúen en consecuencia. Si bien el hecho de si la lesión era previsible entra en la respuesta a una cuestión de derecho, sigue siendo en última instancia una investigación fáctica que sirve como restricción de la misma manera en estos casos: independientemente de otras consideraciones que se tengan en cuenta para determinar si una clase de personas tiene un deber hacia otra clase de personas, ninguna persona puede tener el deber de estar atenta a lesiones que no puede tener en cuenta.

(16) *Harrison v British Railways Board* [1981] 3 Al ER 679. Los rescatadores de bienes normalmente no están protegidos de la misma manera. Pero en algunos casos claramente lo estarían, a pesar del hecho de que no existe el deber de proteger la propia propiedad. Puedo demoler

mi casa, incluso si otros disfrutan de su sombra. Pero debo hacerlo de tal manera que los demás no crean razonablemente que debo intervenir. Si le prendo fuego por la noche, mi acto es negligente debido al riesgo de que alguien pueda creer que hay personas atrapadas dentro y, por lo tanto, correr el riesgo de sufrir lesiones.

(17) Véase la excelente discusión de este tipo de ejemplo en Timothy Endicott, 'Objectivity, Subjectivity, and Incomplete Agreements', *Oxford Essays in Jurisprudence* , 4ª ser., ed. Jeremy Horder (Oxford: Oxford University Press, 2000).

(18) (1837) 132 ER 490 (CP).

(19) Tampoco depende, como sugeriría otra corriente de la literatura sobre el libre albedrío, de si el acto en cuestión expresaba las propias razones del agente. El deber de no dañar a otros se aplica a la persona que no se identifica con las razones o deseos por los que actúa ni los respalda.

(20) *El derecho consuetudinario* (Boston: Little Brown, 1881), 79.

(21) Algunos de los casos más importantes sobre acusados menores de edad, como *McHale v Watson* (1966) 115 CLR 199 (Aust. HC), me parecen trazar la línea correcta, pero en el lugar equivocado. En particular, dan por sentado que los niños se dejan llevar más fácilmente por los riesgos que las niñas. El acusado de 12 años en *McHale* respondió a lo que Kitto, J. llamó "la afinidad natural entre un clavo y un trozo de madera" y, por lo tanto, pasó por alto el peligro que su clavo representaba para el demandante.

No pretendo defender esos estereotipos, pero creo que mi explicación explica por qué, si se los acepta, conducen a los resultados que producen de maneras que no están en contradicción con la estructura subyacente de la ley.

(22) Véase, por ejemplo, *Hughes v. Lord Advocate* [1963] AC 837 (HL).

(23) ¿Son ciertas estas afirmaciones sobre los niños? Mi propósito al mencionarlas no es defenderlas, sino mostrar

cómo funcionan al crear la excepción. Si los niños son más fácilmente tentados que las niñas, eso también es relevante para determinar si pueden ajustar su comportamiento a la ley.

(24) Posner planteó este punto por primera vez en 'A Theory of Negligence', *Journal of Legal Studies* , 1 (1972), 29, y lo ha defendido, tanto como una explicación positiva como normativa de la ley en varios lugares desde entonces.

(25) *Estados Unidos contra Carroll Towing Co.* 159 F. 2d 169, 173 (2d Cir. 1947).

(26) Estrictamente hablando, para que la prueba de Hand sea económicamente eficiente, también requiere que los acusados tengan en cuenta los peligros que corren si no toman precauciones. En nuestro ejemplo del sushi, el riesgo de perder la carga en un accidente de tránsito debe tenerse en cuenta al calcular la "L" de Hand. En un artículo reciente, Robert Cooter y Ariel Porat han enfatizado esta dimensión de la prueba de Hand. Véase Cooter y Porat, "Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others? Law and Economics in Conflict", *Journal of Legal Studies* , 24 (2000), 19. Cooter y Porat sostienen que las consideraciones sobre la autolesión harían que la prueba fuera más defendible; en mi opinión, hace que la preocupación por la fijación unilateral de los términos de la interacción sea más, en lugar de menos, seria.

(27) Incluso Hand podría decir algo muy diferente: en el par de casos en los que propuso la prueba, su preocupación era el grado de cuidado que se podía esperar que las partes tuvieran con su propia seguridad. En uno de esos casos, *Conway v O'Brien* , 111 F. 2d 611 (2d Cir. 1940), señala que los factores no admiten una evaluación cuantitativa "ni siquiera teórica".

(28) Se podría pensar que la prueba de Hand puede reformularse de manera que no incorpore estas idiosincrasias.

En lugar de analizar las posibles ganancias del demandado en cuestión y la clase real de demandantes que corren riesgo, podríamos analizar las ganancias y pérdidas que suelen derivarse de no tomar una precaución determinada. La dificultad de una propuesta de este tipo es que socavaría la supuesta lógica de la prueba de Hand, a saber, la eficiencia económica.

Consideremos el ejemplo en el que el causante y la víctima son la misma persona desde esta perspectiva. Al decidir si tomar una precaución para mi propia seguridad, es racional que considere los costos y beneficios para mí, no si esa precaución valdría la pena para otra persona con diferentes activos y prioridades. Nuevamente, al decidir si invertir o no en algo por el bien de algo que no sea la seguridad (una máquina de café expreso automática para mayor comodidad, por ejemplo, o una botella de champán para consumir), necesito considerar los detalles de mi propio presupuesto y los beneficios que espero, lo que Wilfredo Pareto llamó mis "gustos y obstáculos". Elijo irracionalmente si decido en función de lo que elegiría otra persona, con gustos y medios diferentes a los míos. Como resultado, un sistema que exigiera a las personas ejercer el cuidado en función de las ganancias y pérdidas promedio conduciría a una inversión excesiva en seguridad en algunos casos y a una inversión insuficiente en otros. No hay razón para pensar que estas inversiones excesivas o insuficientes se promediarán, como tampoco hay razón para pensar que se pueden lograr resultados eficientes en la economía en su conjunto distribuyendo un conjunto de bienes en función de lo que la mayoría de la gente quiere, en lugar de permitir que la gente tome sus propias decisiones en función de sus propias prioridades. La inversión excesiva equivale a una pérdida irrecuperable en términos de eficiencia, y la inversión insuficiente, a largo plazo, conducirá a daños mayores que los que habría costado prevenirlos. Este tipo de prueba compuesta de Hand se acerca al estándar que aplican los tribunales, pero no supera la prueba de eficiencia que supuestamente racionaliza la responsabilidad.

(29) En los últimos años, destacados defensores del análisis económico han desplazado el foco de su investigación desde la explicación de la doctrina de responsabilidad civil

a la descripción de lo que debería ser. Véase, por ejemplo, Louis Kaplow y Steven Shavel, 'Principles of Fairness versus Human Welfare: On the Evaluation of Legal Policy'.

(http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/). Este cambio de enfoque es un claro testimonio de sus fallos explicativos. El intento de revivirlo como una iniciativa normativa me parece un caso clásico de lo que los economistas a veces llaman la estrategia de "invertir demasiado para abandonarlo": un intento de recuperar todo el trabajo invertido utilizándolo para algún otro propósito.

(30) Cuando alguien confía en la disponibilidad continua de su cónyuge o de un miembro de su familia, tiene una causa de acción por muerte por negligencia. En tales casos, sus derechos en relación con esa persona son lo que Kant llama "un derecho a una persona similar a un derecho a una cosa", en el sentido de que es un derecho contra el mundo entero, en lugar de un derecho contractual contra una persona en particular. La ley puede proteger ciertas relaciones de esa manera. Qué relaciones protege de esa manera depende de puntos de vista sustantivos sobre la vida social. En el ejemplo de Kant, y a lo largo del siglo XIX en el derecho consuetudinario, los sirvientes domésticos eran considerados así.

(31) El propietario de un inmueble no tiene la obligación de proteger su propiedad contra daños frente a terceros (a menos que haya aceptado dicha obligación mediante un contrato). *Moorgate Mercantile v Twitchings* [1977] AC 890.

Arthur Ripstein

Arthur Ripstein es profesor de Derecho y Filosofía en la Universidad de Toronto.





Filosofía del derecho contractual

Manuales de Oxford en línea

Filosofía del derecho contractual

Jody S. Kraus

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0018

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo identifica un conjunto de compromisos metodológicos que ayudan a explicar las diferencias metodológicas entre las teorías de la autonomía (deóntica) y del contrato económico que tienen visiones opuestas sobre la naturaleza del derecho y la teoría jurídica. Comienza con la discusión de las cuatro cuestiones metodológicas que dividen la autonomía contemporánea y las teorías económicas del contrato. La disputa sobre la prioridad relativa de las empresas normativas y explicativas de la teoría del contrato puede simplemente reflejar los diferentes objetivos teóricos de los teóricos deónticos y económicos. Estos orígenes intelectuales pueden explicar no solo las diferentes prioridades de las teorías deónticas y del contrato económico, sino también sus diferentes concepciones de la explicación y justificación jurídicas. El artículo presenta las teorías del contrato de Charles Fried y Peter Benson, que discuten las características esenciales y

representativas de cada teoría para identificar sus compromisos metodológicos subyacentes.

Palabras clave: cuestiones metodológicas, autonomía contemporánea, teoría jurídica, teorías económicas, teoría contractual EL cambio de siglo ha marcado un renacimiento de la investigación que explora los fundamentos filosóficos del análisis económico del derecho. Este renacimiento refleja los crecientes esfuerzos dentro de disciplinas particulares para comprender la relación entre las teorías filosóficas y económicas del derecho. Estos esfuerzos son más evidentes que nunca en la investigación contractual contemporánea. Como en la investigación del derecho privado en general, el análisis económico es el paradigma dominante en la investigación contractual contemporánea. Pero junto con el vasto cuerpo de investigación contractual económica producida en los últimos treinta años, un cuerpo central de investigación contractual filosófica se ha desarrollado de manera constante en relativa oscuridad. Aunque estos dos cuerpos de investigación se han cruzado en gran medida como barcos en la noche, han comenzado a tomarse nota ocasionalmente durante los últimos diez años. Dos analistas económicos bien conocidos del derecho contractual han realizado los esfuerzos más extensos para involucrar a la investigación contractual filosófica. En su libro reciente, Michael Trebilcock evalúa la compatibilidad de dos enfoques teóricos prominentes que se encuentran en la investigación contractual contemporánea.

1 El contrato más filosófico

Las teorías de la autonomía se basan en alguna noción de autonomía **(p. 688)** . Las teorías del contrato económico se basan en alguna noción de eficiencia. Según la "tesis de la convergencia", el derecho contractual "promueve simultáneamente la autonomía individual y promueve el bienestar social".2 Por lo tanto, las teorías de la autonomía y el bienestar convergerán en sus recomendaciones para el contenido sustantivo del derecho contractual, aunque sus bases para esas recomendaciones puedan ser incompatibles.3 Si es cierta, la tesis de la convergencia obvia la necesidad de arbitrar entre las teorías de la autonomía y del contrato de bienestar. Cualquiera de las

perspectivas producirá los mismos resultados. Trebilcock evalúa cuidadosamente y rechaza la tesis de la convergencia. Si Trebilcock está en lo cierto, ya no podemos creer que estos dos barcos estén viajando por rutas diferentes hacia el mismo destino. Uno de ellos se dirige en la dirección equivocada.

En un artículo muy influyente, Richard Craswel sostiene que las teorías de la autonomía de los contratos son deficientes porque no tienen implicaciones para el contenido de las reglas contractuales predeterminadas.4 Tal como las interpreta Craswel, las teorías de la autonomía de los contratos más destacadas se basan, al menos vagamente, en un análisis filosófico de las promesas.

Dado que Craswel cree que las teorías económicas abordan el contenido de las reglas predeterminadas, la implicación de su

La tesis de Trebilcock es que la mayoría de las teorías de los contratos de autonomía son seriamente deficientes en comparación con las teorías económicas. En conjunto, las tesis de Trebilcock y Craswel establecen una agenda para la investigación contractual contemporánea al plantear nuevamente la cuestión de la relación entre la autonomía y las teorías económicas del derecho contractual. La tesis de Trebilcock aboga por evaluar los méritos relativos de cada enfoque para poder decidir la contienda entre ellos.5

La tesis de Craswel constituye una salva inicial en esa disputa. Su tesis sugiere que las teorías de los contratos de autonomía son inferiores a las teorías de los contratos económicos en la medida en que no pueden proporcionar respuestas a muchas de las cuestiones centrales del derecho contractual. Una tercera posibilidad es que **(p. 689)** ambos tipos de teorías podrían combinarse para producir una teoría general que aproveche las fortalezas y evite las debilidades de cada tipo de teoría.6 Pero para juzgar las fortalezas y debilidades relativas de las teorías de la autonomía y del contrato económico, estas teorías deben compartir los mismos objetivos. En la medida en que no sea así, ninguna teoría debe preferirse a la otra. Son, en

efecto, teorías sobre cosas diferentes. Una teoría puede juzgarse superior a otra solo en la medida en que ambas intenten responder las mismas preguntas y compartan compromisos metodológicos similares.

En este capítulo, identifico un conjunto de compromisos metodológicos que ayudan a explicar por qué los teóricos de la autonomía (a quienes también me referiré como teóricos "deónticos") y los teóricos económicos (a quienes también me referiré como "consecuencialistas")

Los teóricos de la autonomía a menudo se encuentran en desacuerdo. Examino las teorías de Charles Fried y Peter Benson, dos de las teorías de la autonomía del derecho contractual más ampliamente desarrolladas.7 Basándome en un análisis de estas teorías, sostengo que las teorías de la autonomía tienden a tratar las declaraciones doctrinales como los principales datos jurídicos que la teoría contractual debe explicar y justificar, otorgan primacía a la tarea normativa de la teoría contractual y exigen que la teoría contractual explique y justifique la distinción conceptual del derecho contractual. Por el contrario, las teorías económicas tienden a tratar los resultados de los casos como los principales datos jurídicos que la teoría contractual debe explicar y justificar, otorgan primacía a la tarea explicativa de la teoría contractual y aspiran a explicar, en lugar de explicar, la distinción conceptual del derecho contractual. Sostengo que los conflictos aparentemente de primer orden entre las teorías de la autonomía y del contrato económico son, de hecho, conflictos implícitos de segundo orden sobre la metodología jurídica. Como resultado de estas diferencias metodológicas, resolver supuestas disputas de primer orden entre las teorías de la autonomía y del contrato económico a veces equivale a una comparación de "peras con manzanas": las teorías hacen diferentes tipos de afirmaciones sobre diferentes cosas.

La objeción de Craswel de que las teorías de la autonomía no pueden proporcionar una teoría de las reglas contractuales por defecto parece señalar una diferencia adicional en los compromisos metodológicos de las teorías de la autonomía y del contrato económico. En opinión de Craswel, las teorías de la autonomía están comprometidas

con la perspectiva *ex post* en la adjudicación porque **(p. 690)** afirman que la resolución de las disputas contractuales debe derivarse del acuerdo de las partes. Pero, por definición, la resolución de una disputa contractual que cae dentro de un vacío contractual no puede decidirse en función de las reglas contractuales por defecto.

Por lo tanto, Craswel concluye que las teorías de la autonomía no pueden abordar el problema de las lagunas contractuales debido a su compromiso con la perspectiva *ex post* en la adjudicación. Debido a que las teorías económicas están comprometidas con la perspectiva *ex ante* en la adjudicación, no tienen dificultad en abordar el problema de las lagunas contractuales.

Sin embargo, resulta sorprendente que el compromiso de las teorías de la autonomía con la perspectiva *ex post* en la adjudicación no necesariamente les impida abordar el problema de las lagunas contractuales. Que esto suceda depende de su comprensión de la base moral de la autonomía, sus opiniones sobre la naturaleza del derecho y su comprensión del alcance del derecho contractual.

Por lo tanto, argumentaré que la teoría de Fried proporciona un enfoque perfectamente coherente para llenar los vacíos contractuales, mientras que la teoría de Benson no lo hace. En el caso de Fried, el compromiso deóntico con la perspectiva *ex post* no es tan rígido como para constituir un impedimento estructural para llenar los vacíos. En lugar de reflejar puntos de vista incompatibles sobre la permisibilidad de la perspectiva *ex ante* , la disputa entre la teoría de la autonomía de Fried y el enfoque económico de Craswel sobre la cuestión del llenado de los vacíos resulta ser un desacuerdo sobre el tipo y el peso de la evidencia necesaria para justificar las interpretaciones ordinarias de la intención. Por lo tanto, sostengo que las perspectivas metodológicas opuestas en la adjudicación solo explican a veces los desacuerdos de primer orden entre las teorías contractuales deónticas y económicas.

Las diferencias metodológicas entre las teorías de la autonomía y del contrato económico se basan, en parte, en

puntos de vista opuestos sobre la naturaleza del derecho y la teoría jurídica. Por lo tanto, concluyo que la teoría contractual no puede evitar las cuestiones más amplias de jurisprudencia que enfrentan todas las teorías jurídicas. En los debates entre teorías contractuales que tienen los mismos compromisos metodológicos, la explicación y justificación del derecho contractual está realmente en juego. Pero en los debates entre teorías contractuales que respaldan compromisos metodológicos opuestos, son los compromisos metodológicos en sí mismos, más que el derecho contractual, los que están en juego. Como mínimo, esto sugiere que los avances genuinos en la explicación y justificación del derecho contractual requerirán que los teóricos del contrato descubran y hagan explícitas las

posiciones de segundo orden que sus teorías respaldan implícitamente. Sin embargo, una teoría completa del derecho contractual no sólo articularía sino que también defendería sus fundamentos jurisprudenciales.

(p. 691) 1 Cuatro cuestiones metodológicas en la teoría de los contratos

En esta sección, presento las cuatro cuestiones metodológicas que dividen las teorías contemporáneas de la autonomía y la economía del contrato. Aunque creo que las posiciones metodológicas opuestas asociadas con cada tipo de teoría pueden verse plausiblemente como desarrollos naturales dentro de las diferentes historias intelectuales de cada perspectiva, no tomo posición sobre si alguna de ellas es una característica contingente o necesaria de las teorías deónticas o económicas.8 Mi propósito actual es demostrar que las teorías de la autonomía y la eficiencia que considero de hecho evidencian las tendencias metodológicas que describo, y que al prestarles atención, las disputas aparentemente de primer orden pueden revelarse como disputas de segundo orden.

1.1 La doctrina como teorías jurídicas versus la doctrina como datos jurídicos

Las teorías jurídicas económicas y deónticas contemporáneas pueden considerarse respuestas alternativas al escepticismo doctrinal del realismo jurídico y al cinismo doctrinal de los estudios jurídicos críticos. En un sentido amplio, el realismo jurídico considera que las doctrinas y los argumentos jurídicos de las opiniones ocultan más de lo que revelan sobre los fundamentos reales de la decisión, aunque los propios realistas difieren sobre cuáles son esos fundamentos reales: las idiosincrasias psicológicas de los jueces, las preferencias políticas y las normas comerciales no codificadas son factores diferentes que los realistas enfatizan.9 Los estudios jurídicos críticos comparten la visión escéptica de las doctrinas y los argumentos jurídicos, pero reducen toda la toma de decisiones judiciales a

"Política pura", ignorando los otros factores que enfatizaron los realistas. Tanto la teoría económica como la teoría jurídica deóntica toman en serio la doctrina. Sostienen que la doctrina jurídica puede explicarse y justificarse mediante una teoría que la haga coherente.

De hecho, ambas teorías reconocen implícitamente que demostrar la coherencia e inteligibilidad de la doctrina jurídica es una condición previa para su justificación, y cada una de ellas afirma ofrecer una explicación que cumple ambas tareas. Por lo tanto, es tentador concluir que estas teorías difieren sólo con respecto a la explicación sustantiva y normativa **(p.**

692) principio que cada uno emplea. Para explicar y justificar la doctrina jurídica, la teoría económica se basa en un principio de eficiencia, mientras que la teoría deóntica se basa en un principio de autonomía. Pero si bien ambos tipos de teorías coinciden en la importancia de la doctrina jurídica, difieren sobre la naturaleza de esta.

El método del common law exige que los jueces interpreten la ley basándose en los fundamentos y resultados de decisiones judiciales anteriores. La disputa entre las teorías deónticas y económicas se refiere a la relación última entre la ley, las declaraciones judiciales de doctrina jurídica y los resultados de los casos. Tanto las declaraciones doctrinales como los resultados de los casos parecen ser fuentes de

derecho co-iguales. De hecho, la relación entre la doctrina establecida y los resultados de los casos parece ser circular: las declaraciones doctrinales son destilaciones de principios derivados de los resultados de casos anteriores, y los resultados de los casos están ostensiblemente determinados por la aplicación de estos principios destilados. El common law parece consistir en esta dinámica en sí misma, más que en las declaraciones doctrinales o los resultados por sí solos. Sin embargo, particularmente en los casos difíciles, la cuestión de cuál tiene prioridad sobre el otro parece ser forzada. ¿Cuál es el trigo legal frente a la paja legal del otro?

La teoría económica sostiene que el derecho consiste en la mejor explicación de los resultados de los casos, independientemente de que dicha explicación constituya o no una interpretación plausible de las declaraciones doctrinales.10 La suposición implícita que subyace a esta visión es que la piedra de toque última para la interpretación jurídica son los resultados de los casos, más que las declaraciones doctrinales destiladas de ellos. Al igual que el realismo jurídico y los Estudios Jurídicos Críticos (CLS), el análisis económico no toma las invocaciones y reafirmaciones doctrinales como datos jurídicos que deben explicarse. En cambio, trata las doctrinas como meras *teorías* de los resultados de los casos. Por lo tanto, en los casos difíciles, que constituyen la mayor parte de las decisiones de los tribunales de apelación, el análisis económico adopta uno de dos enfoques interpretativos. Primero, si el contenido semántico de la declaración doctrinal relevante parece subdeterminar el resultado porque sus términos esenciales son vagos, el análisis económico afirma interpretar el significado de estos términos utilizando principios económicos para sistematizar intuiciones ordinarias sobre su uso. Por ejemplo, algunas teorías económicas sostienen que las intuiciones comunes sobre si la confianza en una promesa es razonable se generan a partir de un análisis incipiente y no articulado de si la decisión del destinatario de confiar en una promesa se basó en un descuento preciso de la probabilidad de cumplimiento del promitente. En segundo lugar, si el contenido semántico de la declaración doctrinal es incompatible con la explicación de la eficiencia de los casos decididos según la doctrina, la teoría

económica simplemente ignora por completo el contenido semántico **(p. 693)** de la declaración doctrinal y lo sustituye por el principio económico.1

1 Por lo tanto, la teoría económica trata el proceso de adjudicación como una "caja negra" y considera que 12

La teoría jurídica ofrece explicaciones de lo que hay dentro de la caja negra.12 Según esta perspectiva, el derecho consiste en los principios que mejor explican los resultados, no en el razonamiento expreso, de las decisiones judiciales. Las declaraciones doctrinales son meras pruebas del derecho, en lugar de elementos constitutivos del derecho en sí. Dado que el derecho está constituido por los resultados de los casos, el trabajo del teórico jurídico es proporcionar la mejor explicación disponible basada en principios de esos resultados, sin tener en cuenta las declaraciones doctrinales que los jueces ofrecen en defensa de sus decisiones.13

En cambio, la teoría deóntica rechaza la idea de que el derecho consiste en cualquier principio que unifique mejor los resultados de los casos, independientemente del razonamiento expreso ofrecido por los jueces que los deciden. En cambio, la teoría deóntica trata las justificaciones doctrinales ofrecidas por los jueces como elementos constitutivos del derecho. Los resultados sirven como restricciones a las interpretaciones plausibles de estas declaraciones doctrinales, pero no tienen en sí mismos un significado jurídico independiente. Esta visión se apoya en el enfoque de Dworkin sobre la jurisprudencia y el enfoque de Rawls sobre la filosofía política. Según Dworkin, los jueces deciden adecuadamente los casos difíciles interpretando la ley de la mejor manera posible, sujeta a la restricción de que se ajuste al razonamiento de decisiones judiciales anteriores. 14 Para Rawls, uno de los requisitos formales para la justificación de la coerción estatal es que las razones justificativas estén disponibles públicamente. No importa cuán convincentes sean de otro modo, esas razones no pueden justificar la coerción estatal

a menos que el Estado las ofrezca públicamente como su fundamento para la coerción. 1

5 Por lo tanto, las teorías deónticas toman en serio las afirmaciones doctrinales como fuentes de derecho, en lugar de como meras pruebas. En lugar de considerarlas teorías fallidas e ingenuas **(p. 694)** de los resultados de los casos que necesitan ser reconstruidas, las teorías deónticas típicamente buscan identificar los principios filosóficos más profundos que las sustentan.16 Por lo tanto, a diferencia de la teoría económica, la teoría deóntica trata las afirmaciones doctrinales como constitutivas del derecho incluso cuando su significado simple no determina un resultado en un caso particular. Los teóricos deónticos aceptan esa indeterminación legal o emprenden estrategias interpretativas que revelan un significado más determinante. Pero a diferencia de los teóricos económicos, los teóricos deónticos nunca adoptarán una visión del derecho que sea incompatible con la interpretación del significado simple de las afirmaciones doctrinales, incluso si esa visión proporciona la mejor explicación disponible y basada en principios de los resultados de los casos. Por lo tanto, el criterio de ajuste con los resultados proporciona la restricción dispositiva sobre la interpretación legal para los analistas económicos, mientras que el criterio de ajuste con el razonamiento judicial establecido proporciona la restricción dispositiva para los teóricos deónticos. Como resultado de sus dispares puntos de vista jurisprudenciales sobre el estatus de las doctrinas y los resultados, los teóricos deónticos y económicos consideran que las teorías de cada uno confunden la paja jurídica con el trigo jurídico.

1.2 Primacía normativa versus primacía explicativa

La teoría jurídica es una tarea normativa y explicativa a la vez. La mayoría de las teorías contractuales contemporáneas persiguen, al menos implícitamente, ambas tareas simultáneamente. Los teóricos deónticos suelen pensar que proporcionan tanto una explicación como una justificación de las doctrinas contractuales (aunque no suelen pensar que proporcionan explicaciones de los resultados de los casos). Las teorías económicas también se interpretan de forma más natural como si ofrecieran tanto una explicación como una justificación del

derecho contractual, en el que el derecho contractual se concibe como aquellos principios que mejor unifican y predicen los resultados de los casos (independientemente de que constituyan o no interpretaciones plausibles de las doctrinas contractuales establecidas).

De hecho, como cuestión analítica, si una explicación es un prerrequisito para la comprensión, entonces la explicación es lógicamente anterior a la justificación. ¿Cómo podría un teórico justificar una doctrina sin entenderla primero? Por lo tanto, los teóricos deónticos deben explicar las doctrinas contractuales antes de poder justificarlas. Y el proyecto explicativo del teórico económico puede verse como lógicamente el primer paso para proporcionar una justificación de los resultados del caso, independientemente de si el teórico económico finalmente emprende o no el segundo paso de proporcionar una justificación de los resultados que ha explicado.

Sin embargo, algunos teóricos económicos rechazan tanto la tarea explicativa como la normativa de la teoría del contrato.

El análisis económico tradicional no pretende explícitamente proporcionar justificaciones autosuficientes de los resultados de los casos, sino que sólo pretende identificar un principio de eficiencia que haga que los resultados de los casos sean coherentes y proporcione una **(p.**

695) base para predecir cómo los tribunales decidirán en casos futuros.17 Al rechazar la empresa normativa, estas teorías evitan enfrentar las conocidas objeciones filosóficas a las justificaciones consecuencialistas en general, y a las justificaciones de eficiencia en particular. Por el contrario, gran parte de la teoría contemporánea del contrato económico afirma únicamente identificar soluciones eficientes a los problemas tradicionales del derecho contractual, en lugar de explicar y evaluar normativamente las doctrinas contractuales existentes. Al rechazar la empresa explicativa, estas teorías evitan la necesidad de reconciliar sus análisis abstractos de eficiencia con los giros y vueltas inconvenientes de la doctrina contractual tal como se aplica en casos reales. Algunos de los teóricos que

presentan análisis económicos de esta manera adoptan el consecuencialismo y rechazan la deontología como el principio normativo correcto.18 Otros simplemente permanecen en silencio, y por lo tanto agnósticos, sobre la fuerza normativa de los principios de eficiencia. Pero incluso estos teóricos argumentarían que los análisis de eficiencia deben ser al menos relevantes para la evaluación normativa general de las normas jurídicas.

Sin embargo, incluso las teorías económicas que pretenden ser puramente explicativas o puramente normativas tienen al menos implicaciones explicativas y normativas implícitas. Estas teorías tratan de explicar las decisiones judiciales, y los jueces al menos implícitamente afirman que están ejerciendo una coerción estatal justificada. A menos que los jueces sean de mala fe o se equivoquen sistemáticamente sobre la justificación de sus decisiones, al explicar sus decisiones como esfuerzos para promover la eficiencia, el teórico económico implica que el objetivo de la eficiencia es al menos una base plausible para justificar el ejercicio de la coerción estatal.

Así, aunque el teórico económico tradicional reniega de la tarea normativa para evitar la necesidad de defender las credenciales normativas de los principios de eficiencia, es justo suponer que considera que el objetivo de la eficiencia es un fundamento normativamente plausible para el ejercicio de la coerción estatal. De manera similar, aunque algunos teóricos económicos contemporáneos reniegan de la tarea explicativa, su tarea normativa presupone inevitablemente una explicación y una evaluación normativa del derecho contractual existente. Los problemas para los que proponen soluciones eficientes se enmarcan en términos de doctrinas existentes y, por implicación, sus soluciones propuestas constituyen una crítica de las soluciones doctrinales existentes. Por ejemplo, los teóricos económicos contemporáneos del contrato han escrito extensamente sobre el problema de identificar los remedios más eficientes para el incumplimiento de un contrato. Aunque estos teóricos a

menudo no afirman expresamente haber explicado las doctrinas contractuales existentes, su proyecto presupone alguna explicación de las **doctrinas** que definen la obligación y el incumplimiento contractuales. Puesto que respaldan el objetivo de la eficiencia como el correcto que debe perseguir la ley, al demostrar la eficiencia única de una nueva doctrina propuesta necesariamente critican la doctrina existente. De hecho, muchos análisis económicos contemporáneos comienzan demostrando por qué las soluciones doctrinales existentes son ineficientes y luego proceden a diseñar una doctrina más eficiente para reemplazarlas.

La diferencia fundamental entre las teorías contractuales deónticas y económicas no es que una sea exclusivamente normativa y la otra exclusivamente explicativa. A pesar de los esfuerzos estratégicos por rechazar una u otra empresa, todas las teorías contractuales al menos implícitamente hacen afirmaciones normativas y explicativas. En cambio, el desacuerdo crucial de segundo orden entre las teorías deónticas y económicas se refiere a la prioridad relativa entre la explicación y la justificación, así como a la disputa entre la doctrina enunciada y los resultados de los casos como fuentes del derecho. Las teorías deónticas no sólo toman las doctrinas como su principal objeto de investigación, sino que también otorgan prioridad a la justificación de esas doctrinas.

El objetivo principal de las teorías deónticas es demostrar que el derecho contractual es una institución moral y políticamente legítima, en lugar de explicar cómo el derecho contractual determina los resultados en casos particulares. En cambio, las teorías económicas se ocupan principalmente de explicar cómo el derecho contractual determina los resultados en casos particulares. Ambos tipos de teóricos reconocen la importancia tanto de la justificación como de la explicación. Pero los teóricos deónticos están metodológicamente comprometidos a emprender primero la tarea justificatoria y explicar los casos particulares después, mientras que los teóricos económicos están metodológicamente comprometidos a emprender primero la tarea explicativa y justificar la existencia del derecho contractual después.19 Por lo tanto, los teóricos deónticos rechazan las teorías económicas

porque respaldan el principio de eficiencia, que los teóricos deónticos consideran un principio normativo inverosímil. Para el teórico deóntico, no tiene sentido explicar el derecho con un principio que no ofrece ninguna esperanza de justificarlo. De manera similar, los teóricos económicos rechazan las teorías deónticas porque emplean principios de autonomía, que los analistas económicos consideran totalmente inadecuados para explicar los resultados de los casos. Para el teórico económico, no tiene sentido justificar la ley con un principio que no ofrece ninguna esperanza de explicarla.20

(p. 697) 1.3 Los orígenes del desacuerdo metodológico

La disputa sobre la prioridad relativa de las tareas normativas y explicativas de la teoría contractual puede reflejar simplemente los diferentes objetivos teóricos de los teóricos deónticos y económicos. Los teóricos deónticos tienden a ser filósofos que encuentran las cuestiones normativas inherentemente interesantes. Las herramientas que utilizan en el análisis jurídico son las más adecuadas para la tarea normativa. Por lo tanto, los teóricos deónticos pueden valorar la justificación por sobre la explicación en la teoría jurídica.2

1 Sin embargo, los analistas económicos tienden a no ser filósofos y, en cambio, encuentran las preguntas explicativas inherentemente interesantes. Las herramientas que utilizan en el análisis jurídico son las más adecuadas para la tarea explicativa. Además, muchos abogados no economistas se han sentido atraídos por el análisis económico del derecho precisamente porque intenta proporcionar explicaciones detalladas de la jurisprudencia. Algunos abogados pueden tener un interés pasajero en comprender la justificación moral o política de las instituciones jurídicas, pero todos los abogados (y la mayoría de los profesores de derecho) tienen la obligación profesional de comprender los resultados de casos particulares. El análisis económico del derecho se ha visto así impulsado tanto por su valor instrumental para los abogados y profesores de derecho a la hora de comprender los resultados de los casos como por su interés inherente para los abogados economistas.

Estos orígenes intelectuales pueden explicar no sólo las diferentes prioridades de las teorías deónticas y económicas del contrato, sino también sus diferentes concepciones de la explicación y justificación jurídicas. Por ejemplo, los analistas económicos Página 5 de 45

Filosofía del derecho contractual

Los teóricos deónticos, por lo general, buscan explicaciones de casos decididos que produzcan predicciones para casos indecisos. Tales explicaciones serían, por lo tanto, falsables. Los teóricos deónticos, sin embargo, por lo general no intentan explicar los resultados en casos particulares, mucho menos predecir los resultados en casos indecisos. Pero insisten en que tienen explicaciones de los casos de todos modos. Consideremos un caso de contratos en el que un tribunal aplica la doctrina de impedimento promisorio para permitir que una de las partes recupere lo prometido. Un teórico deóntico podría explicar la decisión del tribunal afirmando que el tribunal encontró que el promitente había actuado incorrectamente al hacer y romper una promesa en la que el prometido confió razonablemente. Dado ese hallazgo, el principio de justicia correctiva apoya la reparación porque requiere que los malhechores compensen a sus víctimas por el daño que causaron incorrectamente. Esta explicación deóntica del caso sostiene que la decisión del tribunal se basa en su intento de buscar justicia correctiva, y en la medida en que el tribunal tenga éxito en esa tarea, esta explicación constituye también una justificación.

(p. 698) Pero el analista económico encontraría que esta explicación es insuficiente porque no identifica ningún criterio, y mucho menos criterios operativos, para determinar cuándo un promitente actúa de manera ilícita al romper una promesa y cuándo la confianza del destinatario de la promesa es razonable. Como la explicación deóntica del caso deja sin analizar los conceptos críticos de conducta ilícita y confianza razonable, no puede explicar por qué el tribunal consideró que el promitente había actuado de manera ilícita y el destinatario de la promesa había confiado razonablemente. Por lo tanto, no proporciona una explicación de por qué el destinatario de la promesa prevaleció en ese caso, pero no lo hizo el

destinatario de la promesa en otro caso de preclusión promisoria. La explicación deóntica simplemente sostendría que, aunque ambos tribunales buscaban justicia correctiva, un tribunal encontró conducta ilícita y confianza razonable y el otro no. La afirmación de la teoría deóntica es, por lo tanto, condicional: si el juicio del tribunal sobre estas cuestiones críticas es correcto, entonces su decisión está justificada por el principio de justicia correctiva. Por lo tanto, la coerción estatal para hacer cumplir la sentencia del tribunal está justificada siempre que el Estado esté justificado en buscar justicia correctiva. Por el contrario, el analista económico del derecho contractual podría explicar por qué el destinatario de la promesa en un caso de preclusión promisoria prevaleció y el otro no, "reconstruyendo" en términos económicos las conclusiones de los tribunales sobre conducta ilícita y confianza razonable. Por ejemplo, los analistas económicos, como Charles Goetz y Robert Scott, han sostenido que en los casos de preclusión promisoria que ganaron la promesa se hizo en un contexto de negociación, mientras que en los casos que perdieron la promesa se hizo en un contexto no negociable.22 Un contexto de negociación es aquel en el que el promitente habría hecho la promesa incluso si estuviera claro para él que la promesa sería legalmente ejecutable. La teoría económica subyacente predice que los tribunales harán cumplir las promesas en el primer contexto, pero no en el segundo, y afirma que al hacerlo, los tribunales maximizan la confianza beneficiosa neta general en las promesas en la sociedad. El cumplimiento de las promesas en contextos de negociación aumenta la confianza beneficiosa sin reducir significativamente el nivel de actividad subyacente de la promesa en sí. Por el contrario, el cumplimiento de las promesas en contextos que no son de negociación, como los contextos intrafamiliares típicos, disminuye la confianza beneficiosa neta. Las promesas hechas en contextos que no son de negociación son típicamente tan confiables que hay poco que ganar al hacerlas legalmente exigibles, y la ejecución legal reducirá significativamente el nivel de actividad subyacente de la promesa en estos contextos. Aunque esta explicación económica explica los resultados del caso, el teórico deóntico la encontrará deficiente por al menos dos razones. Primero, el principio en el que se basa no proporciona en sí mismo una base para justificar el ejercicio de la coerción estatal. Segundo, explica el

resultado del caso al explicar la justificación expresa del propio tribunal para su decisión. Como hemos visto, los teóricos deónticos se preocupan por explicar la base expresa del tribunal para su decisión en lugar de los resultados de casos particulares.

Tanto los teóricos deónticos como los teóricos económicos del contrato creen implícitamente que están poniendo primero lo primero. Puesto que el teórico deóntico busca justificación, la primera tarea es seleccionar un principio justificatorio plausible. La segunda tarea es determinar hasta qué punto **(p. 699)** el derecho contractual puede entenderse como justificado por ese principio. Puesto que el analista económico busca una explicación, la primera tarea es generar una teoría que analice los resultados de los casos. Eso a su vez revelará las razones genuinas que los tribunales utilizan implícitamente para decidir los casos. Sólo después de descubrir estas razones genuinas puede plantearse la cuestión de si estas decisiones están justificadas. Si no entendemos las verdaderas bases de los resultados de los casos contractuales, entonces no podemos evaluar si esos resultados están justificados. Pero los teóricos deónticos responderán que su teoría identifica las razones genuinas que los tribunales utilizan para decidir los casos y, a diferencia de las teorías económicas, corresponde a lo que los tribunales dicen que están haciendo. Argumentarán que no todas las razones pueden recibir definiciones operativas que faciliten predicciones falsables. En algunos casos, argumentan que el contenido de estas razones (por ejemplo, el contenido semántico de los términos “conducta ilícita” y “confianza razonable”) se *desarrolla* a través de la práctica del derecho consuetudinario y no puede determinarse de antemano.

Así, los desacuerdos implícitos entre las teorías deónticas y económicas del contrato sobre el estatus de los enunciados y resultados doctrinales, y la prioridad relativa de las tareas normativas y explicativas de la teoría jurídica, reflejan profundas controversias en torno a la naturaleza de la explicación y la justificación jurídicas. Esta división ayuda a explicar la página 6 de 45

Filosofía del derecho contractual

Por qué cada tipo de teoría típicamente considera a la otra como seriamente deficiente, si no inútil.

1.4 La distinción de las áreas doctrinales

Por las mismas razones que el análisis económico no toma en serio el contenido semántico de las doctrinas, también rechaza la importancia de las distinciones tradicionales entre cuerpos jurídicos aparentemente diferentes. De manera similar, dado que la teoría deóntica toma en serio las distinciones doctrinales, toma en serio las diferencias entre áreas del derecho y, por lo tanto, busca explicarlas. Así, aunque tanto las teorías económicas como las deónticas buscan unificar las doctrinas jurídicas dentro de un área determinada del derecho, las teorías económicas buscan unificar áreas aparentemente diversas del derecho bajo el mismo principio de eficiencia, mientras que las teorías deónticas a menudo buscan explicar y preservar la singularidad de áreas aparentemente diferentes del derecho enfatizando cómo se requieren principios diferentes para explicar, y por lo tanto justificar, diferentes áreas del derecho. La preocupación del teórico deóntico por proporcionar una explicación de la singularidad de un área del derecho a menudo deriva de la opinión de que cualquier explicación adecuada del derecho debe tomar en serio los términos en que se formula el derecho mismo. Si las doctrinas de derecho privado se esfuerzan por distinguir entre las reclamaciones derivadas de un contrato y las derivadas de un delito, entonces una explicación adecuada de la ley que rige los contratos y los delitos debe proporcionar una explicación de principios para la distinción entre contrato y delito. Si la doctrina jurídica declarada presenta esa distinción como esencial, entonces una explicación adecuada de esas áreas del derecho debe identificar un principio según el cual esas áreas del derecho son esencialmente diferentes.

(p. 700) Además, la tendencia de las teorías contractuales deónticas a tratar de identificar principios distintivos del derecho contractual puede, como una cuestión histórica, provenir de los orígenes doctrinales formalistas del derecho contractual. Las doctrinas organizadoras centrales del derecho contractual moderno fueron en gran medida concebidas -en realidad preconcebidas- por Cristóbal Colón

Langdel y sus seguidores. Al organizar el primer libro de casos de la facultad de derecho, Langdel trató de imponer orden en el caos de casos sobre derecho contractual. Langdel impuso ese orden seleccionando miles de casos y seleccionando los que proporcionaban la mejor evidencia de lo que parece ser una teoría formalista a priori del contrato lejos de ser evidente en la jurisprudencia misma. Según el relato estilizado de Gilmore, esa teoría "parece haber estado dedicada a la proposición de que, idealmente, nadie debería ser responsable ante nadie por nada. Como el ideal era inalcanzable, la solución de compromiso fue restringir la responsabilidad dentro de los límites más estrechos posibles. 23 Holmes luego desarrolló aún más el concepto de anti-responsabilidad de Langdel al limitar el alcance de la consideración utilizando la teoría de la negociación,24 y Wil iston posteriormente subordinó la teoría subjetiva a la objetiva de la intención. 2

5 A pesar de

El éxito posterior de Corbin al añadir la doctrina de la preclusión promisoria al edificio doctrinal, por lo demás unificado y coherente, construido por Langdel, Holmes y Wil iston, hace que la doctrina contractual contemporánea siga invitando a una explicación y justificación formalista. Su aparente unidad y coherencia doctrinal interna, junto con la centralidad de las doctrinas antiresponsabilidad, sugieren la posibilidad de una explicación individualista, singular y basada en principios, implícita en la propia ley. Los filósofos con formación en las teorías de Kant y Hegel se sentirían naturalmente atraídos por cuerpos jurídicos formalistas que se prestan a una justificación moral y política derivada de principios primeros basados en la autonomía y la libertad. 26 El enfoque moderno y cuasi científico del derecho que favorecen los analistas económicos, en cambio, descarta el lenguaje doctrinal formalista en favor de hechos duros y fríos, como los resultados de los casos. Y como todas las teorías científicas, el análisis económico busca la explicación más amplia posible de los datos. Una restricción a priori del dominio de una explicación a los límites históricamente arbitrarios de las categorías doctrinales es un anatema para la autoconcepción científica del análisis económico.27

(p. 701) Así, debido a sus puntos de vista opuestos sobre la naturaleza de la explicación legal y sus historias intelectuales divergentes, las teorías deónticas y económicas adoptan cada una un criterio de éxito que la otra considera un criterio de fracaso.

1.5 Las perspectivas *ex ante* y *ex post* en el contexto de la adjudicación Se cree que la división contemporánea entre las teorías deónticas y económicas del derecho contractual refleja una diferencia fundamental en su concepción de la adjudicación de derecho privado. Es natural alinear las teorías deónticas con la perspectiva *ex post* , y las teorías económicas con la perspectiva *ex ante* en la adjudicación. El argumento es paralelo al debate en la jurisprudencia analítica sobre cómo los jueces deberían decidir los casos. Todos están de acuerdo en que los jueces deben adoptar una perspectiva *ex post* al decidir casos fáciles. Pero en los casos difíciles, las opiniones parecen diferir. La teoría deóntica considera que la adjudicación de derecho consuetudinario se limita adecuadamente a decidir disputas exclusivamente sobre la base de derechos y deberes preexistentes. Por lo tanto, incluso en los casos difíciles, las teorías deónticas adoptan una perspectiva *ex post sobre la base legal.*

Filosofía del derecho contractual

Las reglas en juego en la adjudicación de casos de derecho consuetudinario. La adjudicación se guía por la consideración del efecto retroactivo de la decisión sobre los derechos preexistentes de las partes. Los teóricos económicos creen que los jueces deben decidir casos difíciles estableciendo nuevas reglas que creen derechos y deberes prospectivos.28 Dado que los litigantes en casos difíciles han incurrido en costos hundidos, no se puede lograr ningún objetivo de eficiencia concentrándose en ellos. Por lo tanto, la teoría económica trata la adjudicación de casos difíciles, especialmente de casos difíciles, como el equivalente efectivo de legislar nuevas reglas legales. Por lo tanto, analiza las reglas legales en juego en la adjudicación de casos de derecho consuetudinario desde una perspectiva *ex ante* , centrándose exclusivamente en los efectos prospectivos de las decisiones judiciales. El teórico deóntico rechaza el enfoque *ex ante del teórico*

económico como violatorio de los derechos individuales y la máxima kantiana básica de tratar a las personas como fines en sí mismas y no como meros medios: decidir una disputa entre dos litigantes seleccionando la regla de decisión con los efectos prospectivos más deseables es utilizar a los litigantes únicamente como medios para los fines colectivos de la sociedad, no como fines en sí mismos.

(p. 702) Desde esta perspectiva, el meollo del desacuerdo entre los enfoques deóntico y económico para la adjudicación de casos difíciles en el derecho consuetudinario radica en sus diferentes concepciones del derecho y del proceso legislativo. En su forma más simple, la disputa es si existen respuestas correctas en los casos difíciles. Dworkin responde a esta pregunta de manera afirmativa. De hecho, la teoría interpretativa del derecho de Dworkin requiere que el razonamiento judicial en los casos difíciles se explique mejor como un esfuerzo por identificar lo que la ley ya requiere, en lugar de lo que la ley debería requerir en el futuro. Por supuesto, la tesis de la respuesta correcta es controvertida. Los positivistas, entre otros, han argumentado enérgicamente en contra de ella. Sin embargo, si Dworkin tiene razón, la perspectiva *ex ante* que propone el analista económico entra en conflicto directo con el respeto por los derechos legales individuales. La perspectiva *ex ante* toleraría violaciones de derechos siempre que la adopción de la norma más deseable en el futuro produzca un resultado contrario a los derechos existentes de una de las partes.

De hecho, Dworkin ha sostenido lo mismo, pero si Dworkin está equivocado y no hay una respuesta correcta en casos verdaderamente difíciles, entonces ninguna decisión en el caso podría violar los derechos legales preexistentes de las partes. Desde esta perspectiva, presumiblemente ya no sería convincente objetar la perspectiva *ex ante del analista económico* sobre la base de que podría producir resultados violatorios de los derechos legales preexistentes de los litigantes.

Por supuesto, esta es una explicación simplista y excesivamente simplificada de los fundamentos jurisprudenciales que subyacen a la disputa entre las perspectivas *ex ante* y *ex post en la adjudicación. Incluso*

los positivistas que rechazan la tesis de la respuesta correcta de Dworkin y su teoría interpretativa del derecho pueden tener objeciones poderosas a la perspectiva ex ante en la adjudicación de casos en el derecho consuetudinario, dependiendo de cómo se defina exactamente esa perspectiva. Pero el punto es que estos debates generales en la jurisprudencia analítica parecen alimentar la percepción de que las teorías deónticas y económicas del contrato están sujetas a la misma división metodológica. Se supone que la teoría deóntica del contrato se opone a la perspectiva ex ante porque sostiene que la función de los tribunales es reivindicar los derechos individuales, en lugar de crearlos. Para los analistas económicos, la objeción deóntica se basa en una concepción ingenua e insostenible de los derechos legales y del proceso de adjudicación. El proceso del derecho consuetudinario en los casos difíciles es y debe ser un sustituto de la legislación. De este modo, se percibe que el conflicto entre las teorías económicas y deónticas del derecho contractual deriva de la tensión inherente entre las perspectivas *ex ante* y *ex post* en el proceso de adjudicación del derecho consuetudinario.

La división *ex post/ex ante* en la jurisprudencia analítica es genuina, y parece explicar los desacuerdos de primer orden entre las teorías económicas y la teoría contractual de Benson. Pero a pesar de las afirmaciones de que esta división proporciona las bases para la crítica mutua de las teorías deónticas y económicas del contrato en general, las disputas típicamente atribuidas a esta división resultan ser disputas no sobre cuestiones jurisprudenciales fundamentales sino más bien sobre cuestiones ordinarias de interpretación contractual. Como revela el análisis de la teoría de Fried, el compromiso deóntico con la teoría *ex post/ex ante es un argumento genuino que explica los desacuerdos de primer orden entre las teorías económicas y la teoría contractual de Benson.* La perspectiva *posterior* en la adjudicación es totalmente coherente con la posibilidad de que se incluyan preocupaciones *ex ante* en circunstancias adecuadas. Esas circunstancias dependen de cómo se entienda la naturaleza de los derechos morales y legales **(p. 703)** y su relación con las convenciones sociales que sustentan nuestras expectativas ordinarias.29

El resto de este capítulo presenta las teorías contractuales de Charles Fried y Peter Benson. Mi objetivo no es defender estas teorías, ni siquiera identificar las principales objeciones sustantivas en su contra. Más bien, presento las características esenciales y representativas de cada teoría para identificar sus compromisos metodológicos subyacentes e ilustrar cómo estos compromisos pueden proporcionar explicaciones sistemáticas para muchos de los desacuerdos aparentemente sustantivos entre la autonomía y las teorías económicas del derecho contractual.

2 El contrato de Charles Fried *como promesa*

Contract as Promise (El contrato como promesa) de Charles Fried . El análisis de Fried abarca un amplio espectro de doctrinas contractuales. Un examen de discusiones doctrinales seleccionadas en el libro de Fried ilustra cómo este ejemplo clásico de una teoría contractual deóntica desarrollada sistemáticamente (1) otorga primacía al proyecto normativo más que al explicativo de la teoría contractual, (2) está diseñada principalmente para establecer la singularidad del derecho contractual, (3) considera la doctrina como los datos legales que deben explicarse y no busca explicar los resultados de los casos, y (4) otorga primacía a la perspectiva *ex post* sobre la *ex ante* , pero no obstante da cabida a muchos de los mismos tipos de consideraciones *ex ante* que son fundamentales para el análisis económico del derecho contractual.

Los primeros tres de estos compromisos metodológicos son características integradas de la teoría de Fried.

2.1 Primacía normativa, distinción y enunciados doctrinales como datos La teoría de Fried constituye una defensa explícita de la afirmación de que el derecho contractual proporciona una base de obligación legal distinta de cualquier otra área del derecho.30 Afirma que está defendiendo la "visión clásica del contrato propuesta por la teoría de la voluntad".3

1 contra los críticos **(p. 704)** que niegan que la teoría de la voluntad, o cualquier teoría basada en un solo principio, pueda unificar el derecho contractual y establecer su carácter distintivo respecto de otras áreas del derecho privado.32 El argumento central de Fried para el carácter distintivo del derecho contractual es que es el único cuerpo de derecho dedicado exclusivamente a hacer cumplir las obligaciones promisorias.33 A veces, Fried parece promover la tesis del carácter distintivo por pura convicción, basada en su lectura de la jurisprudencia sobre contratos, de que la formidable variedad de sus contemporáneos se equivocaron al negarla. Pero está claro que la principal motivación de Fried para promover la tesis del carácter distintivo es apoyar su afirmación normativa de que el derecho contractual está moralmente justificado porque hace cumplir legalmente la obligación moral de cumplir promesas.34 La aplicación legal de la obligación moral de cumplir promesas, en opinión de Fried, es esencial para reivindicar la idea de los derechos, central para el individualismo liberal.3

5 La estrategia de Fried para justificar el derecho contractual **(p. 705)** consiste, en primer lugar, en explicar y defender el principio de la promesa moral36 y, a continuación, en demostrar que las obligaciones reconocidas y exigidas por el derecho contractual son obligaciones morales que surgen del principio de la promesa moral. Por tanto, Fried dedica la mayor parte de su segundo capítulo a explicar y defender el principio de la promesa moral antes de dedicarse exclusivamente a su defensa de la tesis de la distintividad en los capítulos restantes. Así, aunque la preocupación central del libro de Fried es defender la tesis de la distintividad, esa defensa está al servicio de su proyecto normativo general de justificar el derecho contractual sobre la base del principio de la promesa moral que, según él, sustenta el individualismo liberal.37

Aunque Fried claramente otorga prioridad a la tarea normativa de la teoría contractual, ese compromiso requiere que dedique la mayor parte de sus esfuerzos a proporcionar una teoría contractual explicativa. Sin embargo, a diferencia de las explicaciones de las teorías contractuales económicas, las explicaciones de Fried no

intentan explicar los resultados de los casos. Para demostrar que el derecho contractual está justificado por el principio de promesa, Fried debe examinar las fuentes del derecho contractual: los casos contractuales, la Restatement (Second) of Contracts (en adelante R2d.) y el Artículo 2 del Código Comercial Uniforme (en adelante UCC).

—para demostrar que se explican mejor como esfuerzos por hacer cumplir las promesas. Como es típico, Fried procede considerando una serie de viñetas estilizadas de casos contractuales clásicos para determinar si constituyen contraejemplos a su tesis. Para cada ejemplo que considera, Fried lo clasifica implícitamente en una de tres categorías. La primera categoría consiste en casos que, según él, se decidieron correctamente sobre la base del derecho contractual. Esos son casos en los que la doctrina contractual invocada se entiende mejor como la imposición de la obligación moral de cumplir las promesas. La segunda categoría consiste en casos que, según él, no se decidieron correctamente sobre la base del derecho contractual. Esos son casos en los que la doctrina invocada no puede entenderse como la imposición de la obligación moral de cumplir las promesas, sino que se explican mejor sobre la base de principios normativos que respaldan otras áreas del derecho, como el derecho de responsabilidad civil. La tercera categoría consiste en casos que, según Fried, se decidieron sobre la base de un derecho contractual incoherente. Se trata de casos en los que la doctrina invocada no puede entenderse como una forma de hacer cumplir la obligación moral de cumplir las promesas **(p. 706)** y no puede reinterpretarse como casos decididos en virtud de un principio defendible que opera en el derecho extracontractual. En suma, la afirmación de Fried es que todos y sólo aquellos casos decididos sobre la base de una doctrina que pueda sustentarse en el principio de la promesa califican como casos contractuales genuinos. Si no pueden sustentarse en el principio de la promesa, son defendibles como casos extracontractuales o indefendibles por ser incoherentes.38

A pesar de su prioridad normativa, la teoría de Fried ofrece una explicación extensa del derecho contractual. Sin embargo, a diferencia de las teorías económicas sobre el

contrato, su teoría no ofrece una explicación de los resultados de los casos. Dos razones explican por qué. En primer lugar, Fried se centra exclusivamente en la defensa de la tesis de la distintividad. Su único objetivo al examinar las doctrinas contractuales es desactivar las doctrinas que constituyen posibles contraejemplos a su afirmación de que el contrato se basa exclusivamente en la promesa. Una vez que Fried ha demostrado que una doctrina dada puede entenderse como la que da efecto al principio de la promesa, o en cambio puede relegarse a otro cuerpo de leyes, esa doctrina ya no constituye una posible

contraejemplo a su tesis del contrato como promesa: o bien es una doctrina contractual que satisface el principio de promesa o bien no es una doctrina contractual en absoluto. Por lo tanto, la doctrina del contraejemplo potencial queda desactivada. Fried no tiene motivos para continuar ofreciendo una explicación de cómo se aplica la doctrina a casos particulares. De manera similar, si el principio de promesa no puede explicar una doctrina contractual dada, y esa doctrina no puede asimilarse fácilmente a otro cuerpo de leyes, la única preocupación de Fried es desactivar la posible importancia de esa doctrina como contraejemplo. En este caso, considera que la doctrina es indefendible porque es incoherente. Si una doctrina contractual es incoherente, ninguna teoría puede explicarla. Por lo tanto, no constituye un contraejemplo a su teoría. Nuevamente, debido a que el único objetivo de Fried es defender la reivindicación de distintividad, su trabajo está hecho una vez que la doctrina del contraejemplo se explica o se explica. No queda ninguna razón para explicar los casos decididos bajo esa doctrina.

La segunda razón por la que la teoría de Fried no logra explicar los resultados de los casos es que está implícitamente comprometido con puntos de vista sobre el estatus y la interpretación de la doctrina que rechazan la crítica realista y de CLS de la doctrina jurídica y, por lo tanto, rechazan los resultados de los casos como fuentes independientes del derecho. Fried trata implícitamente las doctrinas contractuales, en lugar de los contratos **(p.**

707) los resultados de los casos, como fuente primaria del derecho contractual, y asimismo limita implícitamente las interpretaciones permisibles de las doctrinas a su significado llano. Estas opiniones explican el razonamiento que subyace a la conclusión de Fried de que si las doctrinas contractuales no pueden explicarse por el principio de promesa o por el derecho no contractual, deben ser incoherentes. Según el teórico del contrato económico, una doctrina contractual no es necesariamente incoherente simplemente porque ni el principio de promesa ni los principios explícitos en el derecho no contractual pueden explicarla. El teórico del contrato económico afirmaría que algún otro principio, como un principio de eficiencia, podría explicar los casos decididos bajo esa doctrina y, por lo tanto, hacer que la doctrina sea coherente. Pero si la fuente primaria del derecho contractual es la doctrina contractual, y las interpretaciones aceptables de la doctrina contractual deben basarse en su significado llano, entonces las teorías que no brinden interpretaciones plausibles del significado llano de una doctrina contractual quedan descartadas.

Incluso si un principio de eficiencia puede dar sentido a los resultados de los casos alcanzados bajo una doctrina contractual particular, ese principio no calificaría como una explicación del derecho contractual porque no proporciona una interpretación plausible de la doctrina bajo la cual se decidieron esos casos. Y si la doctrina es la fuente primaria del derecho contractual, una teoría que se centra exclusivamente en los resultados de los casos y hace caso omiso por completo del significado llano de la doctrina, no puede constituir una explicación del derecho contractual aplicado en esos casos. Desde esta perspectiva, simplemente hacer que los resultados de los casos sean coherentes bajo un principio, por sí mismo, no califica como una interpretación del derecho aplicado en esos casos. Desde la perspectiva implícita de Fried, los resultados de los casos son resultados, más que fuentes, del derecho. El derecho mismo está contenido en las doctrinas que los tribunales usan para explicar los resultados de los casos. Por lo tanto, los resultados de los casos no pueden usarse para explicar el significado llano de las doctrinas. Por lo tanto, la perspectiva de Fried rechaza, y la perspectiva del analista económico presupone, el legado

interpretativo de las críticas realistas y de CLS a la doctrina.

2.2 Ilustraciones: Las doctrinas de aplicación

Estos compromisos metodológicos se ilustran en el análisis que realiza Fried de las doctrinas de aplicación del derecho contractual.

Según la teoría de Fried, prácticamente todas las promesas que no están destinadas a ser legalmente inaplicables, incluidas las promesas de regalos, deberían ser ejecutadas por el derecho contractual.39 Sin embargo, el derecho contractual estadounidense no hace cumplir todas esas promesas **.**

708) Las doctrinas de la contraprestación, la preclusión promisoria y el beneficio material pasado, por ejemplo, se utilizan rutinariamente para negar el cumplimiento legal de ciertas promesas.40 Por lo tanto, cada una de estas doctrinas representa un contraejemplo potencial de la afirmación de Fried sobre la distinción de que el derecho contractual hace cumplir la obligación moral de cumplir las promesas. En virtud de cada una de estas doctrinas, los tribunales a veces sostienen que, aunque una promesa se haya hecho de manera inequívoca, no es, sin embargo, legalmente ejecutable. Fried aborda cada una de estas doctrinas por separado. Primero considera la doctrina estándar de la contraprestación. Por lo general, el derecho contractual no hará cumplir promesas que no estén respaldadas por una contraprestación. Fried comienza su análisis de esta doctrina parafraseando la "teoría de la negociación" de la contraprestación, como se enuncia en dos secciones críticas de la Restatement (Second) of Contracts que definen y delimitan el requisito de la contraprestación.4

1 Luego sostiene que la teoría de la negociación, interpretada a la luz de su significado claro, no puede proporcionar una explicación coherente de los patrones de ejecución en diez casos representativos decididos bajo la doctrina de la contraprestación:

La teoría de la contraprestación basada en el acuerdo no sólo no explica por qué este patrón de decisiones es justo, sino que no ofrece *ningún* conjunto coherente de principios de los que se derivarían todas estas decisiones. Estos casos en particular no pueden explicarse mediante las dos premisas rectoras de la doctrina de la contraprestación: (A) que sólo las promesas hechas como parte de un acuerdo son exigibles; (B) que si hay o no un acuerdo es una cuestión meramente formal.42

Fried concluye finalmente que "la doctrina estándar de la contraprestación... no plantea un desafío a mi concepción del derecho contractual como arraigado en la promesa, por la sencilla razón de que esa doctrina es demasiado inconsistente internamente para ofrecer una alternativa en absoluto". 43

El análisis que Fried hace de la doctrina de la contraprestación ilustra claramente los tres compromisos metodológicos que se han analizado anteriormente. En primer lugar, como revela su conclusión final **(p. 709)** , la única motivación de Fried para analizar la doctrina de la contraprestación es desarmarla como amenaza a la tesis de la distintividad. Fried admite que el principio de la promesa no puede explicar la teoría de la contraprestación basada en la negociación, pero en lugar de reconocer esta falla como un límite a su teoría explicativa, Fried sostiene que la doctrina de la contraprestación es inexplicable en principio. En segundo lugar, el argumento que Fried presenta se basa implícitamente en la opinión de que el derecho contractual consiste en la interpretación del sentido llano de las doctrinas contractuales en lugar de otros principios que podrían proporcionar una explicación coherente de los resultados de los casos contractuales.

Para Fried, una explicación de la doctrina de la contraprestación requiere una explicación de cómo la teoría de la negociación, interpretada a la luz de su significado llano, explica los resultados en los casos clásicos de contraprestación. Fried comienza

argumentando que las proposiciones doctrinales A y B son inconsistentes: "La matriz de inconsistencia es simplemente la conjunción de las proposiciones A y B. La proposición B afirma el principio liberal de que los acuerdos libres de las personas racionales deben ser respetados. La proposición A, al limitar la clase de acuerdos a las negociaciones, sostiene que la autodeterminación individual no es un fundamento suficiente de obligación legal...".44 Suponiendo que Fried esté en lo cierto al concluir que estas dos proposiciones son inconsistentes, el significado llano de la doctrina de la contraprestación no puede ser interpretado de manera coherente. En su opinión, el principio de promesa explica la proposición B, presumiblemente porque la proposición B

Fried afirma que el cumplimiento de las promesas depende únicamente de la intención de las partes y no del juicio de un tercero sobre la adecuación del intercambio de las partes. Pero, como cualquier principio que explica la proposición B, se contradice necesariamente con la proposición A. Presumiblemente, el requisito de negociación de la proposición A, en opinión de Fried, implica que el cumplimiento de las promesas dependerá del juicio sustantivo de un tercero sobre la adecuación del intercambio de las partes.

intercambio.4

5 Así, puesto que la ley consiste en las proposiciones A y B, y esas proposiciones son inconsistentes cuando se interpretan según su significado llano, la ley en sí misma es incoherente. Una vez que Fried considera que ha demostrado la incoherencia de la teoría de la negociación, su tarea de defender su teoría está completa. El principio de la promesa no logra explicar la teoría de la negociación de la contraprestación porque ningún principio puede explicarla. En opinión de Fried, tanto peor para la doctrina de la contraprestación, no para el principio de la promesa. Dado que su preocupación exclusiva es defender la tesis de la distintividad, no tiene sentido considerar si la doctrina de la contraprestación podría volverse coherente mediante un principio que explica muchos de los resultados de los casos de contraprestación pero ignora el significado llano de la teoría de la negociación.46

El hecho de que Fried no considere explicaciones alternativas de los resultados de los casos de contraprestación se explica en primera instancia por su enfoque unidireccional en la defensa de la tesis de la distintividad **(p. 710)** .47 Pero la resistencia de Fried a las explicaciones alternativas no promisorias de la doctrina de la contraprestación se puede explicar, en parte, por su visión metodológica implícita del estatus y la interpretación de la doctrina contractual. La inferencia de Fried de la incoherencia de la interpretación del significado llano de la teoría de la negociación a la incoherencia de la doctrina de la contraprestación en sí misma presupone implícitamente que el derecho contractual consiste en el significado llano de sus doctrinas, en lugar de en cualquier principio que haga coherente el conjunto de casos decididos bajo rúbricas doctrinales particulares dentro del contrato. En opinión de Fried, si no se puede dar una interpretación coherente al significado llano de la teoría de la negociación, la doctrina de la contraprestación y los casos decididos bajo ella son necesariamente incoherentes. Para el teórico del contrato económico, al igual que los realistas y los teóricos del CLS antes que ellos, el fracaso de la teoría de la negociación para proporcionar una explicación coherente de los resultados de los casos de contraprestación simplemente demuestra que la teoría de la negociación en sí, interpretada de acuerdo con su significado simple, constituye una mala teoría de los casos de contraprestación. La teoría de la negociación en sí no constituye la doctrina de la contraprestación. El verdadero contenido semántico de la doctrina de la contraprestación, para el analista económico, lo proporciona el principio que mejor explica los resultados de los casos de contraprestación. Por lo tanto, para los teóricos del contrato económico, el verdadero contenido semántico de todas las doctrinas contractuales lo proporcionan los principios que explican los resultados de los casos contractuales, independientemente de que correspondan o no al significado simple de las formulaciones doctrinales.

Así, cuando Fried analiza los llamados casos de consideración moral (decididos según la regla del beneficio material (R2d.

§86)),48 los casos de modificación (R2d. §89), y los casos de reactivación de la deuda (decididos bajo R2d. §§82 y 83),49 no concluye que ningún principio puede dar sentido a estos casos. Más bien, afirma que debido a que estos casos no pueden explicarse por el significado claro de la teoría de la negociación, la doctrina de la contraprestación es incoherente. No permite la posibilidad de que el contenido de la doctrina de la contraprestación pueda ser proporcionado por algún principio que dé sentido a los casos de contraprestación pero rechace la interpretación del significado claro de la teoría de la negociación.

Consideremos el análisis que hace Fried de dos casos representativos de recuperación de deudas. En el primero, una viuda promete pagar la deuda de su difunto esposo. En el segundo, un contratista **(pág. 711)** hace una promesa escrita de pagar una deuda cancelada en quiebra y prescrita por el estatuto de limitaciones. Conforme a la doctrina de la contraprestación, el tribunal se negó a hacer cumplir la primera promesa porque el banco no le dio a la viuda nada de valor. En el segundo, el tribunal hizo cumplir la promesa sobre la base de que la obligación anterior del contratista respaldaba su promesa posterior. Fried considera que estos dos casos son irreconciliables conforme a la doctrina de la contraprestación:

Cualquiera que sea el mérito sustantivo de permitir la recuperación en tales casos, la explicación dada es obviamente un galimatías. Para ser coherentes, los tribunales tendrían que concluir que en tales casos no hubo negociación, al igual que en el caso de la viuda, ya que uno no negocia por lo que ya tiene: el contratista arrepentido ya se ha librado de toda obligación, el dinero que posteriormente promete pagar. 50

Fried considera que la teoría de la contraprestación como una teoría de negociación es un galimatías, por lo que rechaza la doctrina de la contraprestación en sí misma como un galimatías. Para él, el fundamento de la doctrina de la contraprestación esgrimido por los tribunales . Si no

se puede explicar, la *ley* aplicable a los casos simplemente no se puede explicar.

Los analistas económicos estarían de acuerdo con Fried en que la lógica *declarada* en virtud de la cual se deciden los casos de contraprestación es un galimatías. Pero para ellos, el objetivo de la teoría jurídica es proporcionar fundamentos coherentes en lugar del galimatías declarado que constituye el significado simple de las doctrinas contractuales invocadas por los tribunales para explicar sus decisiones. Por ejemplo, Charles Goetz y Robert Scott sostienen que la mayoría de los resultados de la doctrina de ejecución de contratos se pueden explicar considerando los casos de ejecución como ocasiones para maximizar la confianza beneficiosa neta.5

1 Por ejemplo, sostendrían

que la promesa de la viuda no debería ser legalmente exigible porque hacerlo en esta clase de casos probablemente disminuiría la confianza beneficiosa neta en general. 52 Con toda probabilidad, la promesa de una viuda de pagar la deuda de su esposo está motivada por convicciones morales o religiosas. Por lo tanto, es probable que sea muy confiable. Poco se ganará al hacerla legalmente exigible. Además, hacerla legalmente exigible probablemente disuadiría a las viudas de hacer tales promesas en el futuro. Si el acreedor de su esposo hubiera tratado de obligarla a hacer una promesa legalmente exigible, probablemente se habría negado. Debido a que es probable que vea su promesa como un acto moralmente supererogatorio, no consideraría que la ejecución legal fuera apropiada. Es probable que hacer cumplir su promesa disuadiría a partes en situaciones similares de hacer promesas similares en el futuro. 53 Por lo tanto, la ejecución legal de promesas en este tipo de contexto conduciría a un aumento relativamente pequeño en la confiabilidad de tales promesas, pero a una disminución relativamente grande en la calidad y cantidad de tales promesas en el futuro. Por lo tanto , es probable que la ejecución disminuya la confianza neta beneficiosa esperada en general. Por el contrario, la promesa del contratista, aunque fiable, no es probable que sea tan fiable como la promesa de la viuda. Es probable que se haga únicamente

por interés propio. El contratista tiene una motivación profesional para cumplir con sus deudas comerciales saldadas. Al hacerlo, proporciona tranquilidad a los posibles acreedores futuros de los que depende su éxito futuro. Si decide abandonar su negocio, o su interés personal entra en conflicto con su promesa, es menos probable que la cumpla. Por lo tanto, hay más que ganar haciendo cumplir su promesa que la promesa de la viuda. Y a diferencia de la ejecución legal de la promesa de la viuda, la ejecución legal de la promesa del contratista no es probable que disuada a partes en situaciones similares de hacer la misma calidad y cantidad de promesas en el futuro. Si su acreedor anterior hubiera insistido en que hiciera una promesa legalmente ejecutable de pagar su deuda, habría sido en el propio interés del contratista aceptar. Su negativa a aceptar que su promesa sea legalmente vinculante socavaría sustancialmente el objetivo probable de hacerla: tranquilizar a sus futuros acreedores acerca de su buena fe.

Por lo tanto, la ejecución legal de las promesas del contratista aumentará la fiabilidad de dichas promesas sin disminuir la calidad y cantidad de las mismas en el futuro. Por lo tanto, la ejecución legal de las promesas en el contexto del contratista maximiza la confianza neta beneficiosa esperada en general.

En suma, el analista económico está de acuerdo con Fried en que la teoría de la negociación no explica los casos de contraprestación, pero a diferencia de Fried, trata la teoría de la negociación como una teoría fallida de la contraprestación que necesita ser reemplazada por una mejor teoría. La teoría de Goetz y Scott explica la doctrina de la contraprestación interpretándola como un dispositivo entre otros que los tribunales utilizan en los casos de contratos para maximizar la confianza neta beneficiosa esperada general. La teoría de Goetz y Scott es solo una de varias teorías económicas que pueden permitir al analista económico explicar por qué los tribunales no hacen cumplir promesas como las de la viuda, pero sí las del contratista. Por lo tanto, Fried utiliza casos para probar la coherencia del significado llano de las doctrinas que los tribunales utilizan para decidirlas. Si el significado llano de una doctrina no pasa esta prueba de coherencia, Fried rechaza

esa doctrina *y los casos decididos bajo ella* . Los analistas económicos también utilizan casos para probar la coherencia del significado llano de las doctrinas. Pero si el significado llano de una doctrina no supera esta prueba de coherencia, los analistas económicos rechazan sólo esa interpretación de la doctrina, pero no necesariamente los casos decididos según ella. En opinión del analista económico, cuando Fried rechaza los casos junto con el significado llano Página 12 de 45

Filosofía del derecho contractual

Al interpretar la doctrina, está tirando al bebé junto con el agua de la bañera.

En definitiva, el desacuerdo más fundamental entre los analistas económicos y los teóricos deónticos como Fried se refiere a las fuentes del derecho. Ambos coinciden en que las formulaciones doctrinales son útiles como punto de partida teórico para analizar el derecho. Para el analista económico, las formulaciones doctrinales son útiles porque proporcionan categorías salientes y convenientes para organizar los resultados de los casos que presuntamente pueden explicarse mediante el mismo conjunto de principios. Además, las interpretaciones del sentido llano de las formulaciones doctrinales proporcionan una teoría inicial del derecho aplicado en los casos decididos en virtud de ellas. Pero para el analista económico, la interpretación del sentido llano **(p. 713)** de una doctrina es sólo una teoría. Como cualquier teoría, puede ser refutada por los datos jurídicos que pretende explicar. Dado que las doctrinas pretenden explicar los resultados de los casos, esos resultados son los datos de la teoría jurídica. Así, para los analistas económicos, los resultados de los casos, no las interpretaciones literales de la doctrina, son fuentes de derecho en sí mismos. 54 En cambio, Fried considera que las doctrinas son algo más que meros dispositivos para categorizar los resultados de los casos y las teorías prima facie del derecho que los decidieron. Para Fried, los resultados de los casos son meros resultados de la aplicación del derecho, no fuentes de derecho en sí mismos. La importancia jurídica del resultado de un caso es, para Fried, completamente derivada de la importancia jurídica del razonamiento doctrinal que el tribunal utilizó

para justificarlo. Si el razonamiento doctrinal aplicado en un caso no es coherente, entonces el resultado del caso por sí solo, desvinculado del razonamiento que el tribunal utilizó para justificarlo, no tiene importancia teórica ni estatus como derecho.

El análisis que hace Fried de la preclusión promisoria confirma claramente su enfoque exclusivo en la defensa de la tesis de la distintividad y confirma la opinión de que no asigna importancia legal alguna a los resultados de los casos en sí mismos.5

5 La explicación de Fried sobre la preclusión promisoria se limita a su afirmación de que constituye un "intento tardío de llenar un vacío en el régimen general de cumplimiento de las promesas, un vacío dejado por la artificial y desafortunada doctrina de la contraprestación".56 Sin apenas analizar la jurisprudencia sobre la preclusión promisoria, Fried afirma que la preclusión promisoria debe entenderse como una respuesta institucional natural, aunque inadecuada, al problema de la falta de cumplimiento de las promesas creado por la doctrina de la contraprestación. Por lo tanto, Fried analiza la preclusión promisoria sólo para reforzar su afirmación de que la doctrina de la contraprestación es anómala.57 Su sugerencia es que el surgimiento de la preclusión promisoria proporciona evidencia de que el derecho contractual mismo ha comenzado a rechazar la doctrina de la contraprestación porque es contraria a los requisitos del principio de promesa que, de otro modo, anima el derecho contractual. Aparte de los méritos de su afirmación, el análisis que hace Fried de la preclusión promisoria ilustra su enfoque exclusivo en la defensa de la tesis de la distintividad y su falta de interés en explicar los resultados de los casos.58 No hace ningún esfuerzo por explicar **(p. 714)** , en virtud del principio de promesa o de cualquier otro principio, qué promesas se hacen cumplir en virtud del artículo 90.59 Una vez que concibe la preclusión promisoria como una contramedida contra la doctrina de la contraprestación, y por lo tanto como una doctrina diseñada para alinear el derecho contractual con el principio de promesa, ya no constituye una amenaza para la tesis de la distintividad. Una explicación de qué

promesas se hacen cumplir en virtud del artículo 90 no viene al caso.60

El único caso de impedimento promisorio que Fried analiza es *Hoffman v Red Owl* Stores.6

1 En *Hoffman* , el demandante,

Hoffman, entabla negociaciones preliminares con el demandado para obtener una franquicia de supermercado. En el curso de extensas negociaciones, Hoffman confía en las garantías del demandado de que se le concederá una franquicia si cumple las condiciones establecidas. Pero cuando las cumple, los demandados cambian las condiciones y no le otorgan la franquicia. El tribunal falla a favor de Hoffman sobre la base de una teoría de preclusión promisoria y otorga daños y perjuicios por confianza. Incluso en la época en que Fried escribía, había un cuerpo sustancial de estudios que discutían *a Hoffman* y la aplicación de la preclusión promisoria en casos de negociación preliminar.62 Esos estudios intentaron explicar cuándo los tribunales permiten o deberían permitir la recuperación por confianza en **(p. 715)** las declaraciones hechas durante las negociaciones preliminares. Sin embargo, el análisis de Fried sobre *Hoffman* se limita al único propósito de defender la tesis de la distintividad. Fried presenta el caso solo para refutar la afirmación de que constituye un contraejemplo a la tesis de la distintividad. Fried presenta *a Hoffman* después de haber adoptado la posición de que el contrato como promesa requiere un remedio basado en expectativas por incumplimiento del contrato. Dado que *Hoffman* otorga daños por confianza por el incumplimiento de la promesa del demandado,63 los críticos de Fried podrían argumentar que demuestra que el derecho contractual no se basa en el principio de promesa. La respuesta de Fried es que *Hoffman* no debe entenderse como un caso de contratos sino como un caso de agravios.64 Fried, por lo tanto, desactiva *a Hoffman* como una amenaza a la tesis de la distintividad reclasificándolo como un caso de derecho de agravios, lo cual es consistente con una adjudicación de daños por confianza, en lugar de un caso de contratos, que requiere, en la opinión de Fried, una adjudicación basada en expectativas. Sin embargo, una vez que ha desactivado *a*

Hoffman , Fried no hace ningún esfuerzo por explicar cuándo corresponderá la preclusión promisoria en un caso de negociación preliminar (o cualquier otro). Su único punto es que cuando corresponde, y se otorgan daños por confianza, suena a agravio en lugar de contrato.6

5 Sin embargo, al analista económico no le interesa si el caso parece ser un caso de agravio o de contrato, sino que le preocupa exclusivamente explicar cuándo se permitirá la recuperación en virtud de una promesa de pago. 66

preclusión.66

2.3 La perspectiva *ex post en la adjudicación*

En su crítica muy influyente de las teorías contractuales deónticas, Richard Craswel sostiene que las teorías deónticas como la de Fried son seriamente deficientes porque no proporcionan ninguna orientación para entender cómo los tribunales deciden o deberían decidir los casos en los que la cuestión relevante cae dentro de un vacío contractual.67 Para Craswel, existen vacíos contractuales siempre que las partes contractuales intenten pero no logren resolver una cuestión **(p. 716)** de manera inequívoca, o ni siquiera consideren una cuestión.68 Sostiene que se requiere una "interpretación creativa" para resolver cualquier disputa contractual sobre cuestiones que caen dentro de un vacío contractual.69 Su punto central es que las teorías deónticas como la de Fried no pueden explicar ni guiar la interpretación necesaria para llenar los vacíos contractuales. La teoría de Fried sostiene que los tribunales en los casos contractuales deben y deben hacer que el promitente cumpla con el contenido de su promesa. Pero en los casos de vacío, la promesa no tiene un contenido inequívoco que tenga relación con la cuestión relevante. Como señala Craswel, la gran mayoría de las disputas contractuales requieren que los tribunales resuelvan cuestiones no previstas en los términos expresos de una promesa.70 Por nombrar sólo algunas, las partes a menudo no especifican el remedio adecuado en caso de

incumplimiento, las condiciones bajo las cuales se excusa el cumplimiento, la información, si la hay, que cada parte debe revelar a la otra, qué parte debe asumir el riesgo de pérdida de bienes en tránsito y qué garantías, si las hay, el promitente está proporcionando al prometido. En resumen, los términos expresos de un acuerdo siempre subdeterminan radicalmente su contenido. Una teoría contractual descriptiva y normativa adecuada proporcionaría un conjunto de reglas de fondo para el derecho contractual para explicar cómo los tribunales interpretan y deberían interpretar tales acuerdos. Estas reglas de fondo incluyen tanto las llamadas "reglas predeterminadas", que imputan términos a todos los acuerdos en ausencia de que las partes especifiquen lo contrario, como las reglas "imperativas", que imputan términos que no se pueden evitar a todos los acuerdos. Craswel sostiene que las teorías deónticas como la de Fried carecen de los recursos necesarios para identificar y evaluar las reglas de fondo del contrato porque son "neutrales en cuanto al contenido". Dan razones por las cuales un individuo que ha prometido hacer φ incurre en algún tipo de obligación de hacer φ, independientemente de cómo se complete φ.'7

1 Como resultado, las teorías contractuales deónticas deben

complementarse con teorías independientes que "realizan virtualmente todo el trabajo involucrado en satisfacer las necesidades del derecho contractual".72

La crítica de Craswel proporciona un contexto vívido para examinar hasta qué punto las teorías deónticas se limitan a la *ex* perspectiva *post* . Si las teorías contractuales deónticas sostienen que el único fundamento de la responsabilidad en el contrato es el acuerdo previo de las partes, entonces las teorías deónticas parecen comprometidas con una perspectiva *ex post* . Sin embargo, siempre que un acuerdo no proporciona fundamentos para resolver una disputa contractual, la perspectiva *ex post* se agota. Ya sea que el problema sea recomendar el contenido de las reglas supletorias legisladas, como las que se encuentran en el artículo 2 del UCC, o describir o evaluar las reglas supletorias del derecho consuetudinario, la

perspectiva *ex post* de las teorías deónticas parece incapacitarlas para proporcionar respuestas. Fried estaría, en gran medida, de acuerdo con esta parte de la crítica de Craswel, aunque no la consideraría una crítica a su teoría. Como señala Craswel **(p. 717)** , Fried rechaza explícitamente la afirmación de que el principio de promesa tiene implicaciones para el llenado de lagunas. Admite fácilmente que otros principios, externos a las partes y su acuerdo, deben entrar en juego para llenar estas lagunas. El único objetivo de Fried es demostrar la prioridad absoluta del principio de promesa *dentro de su dominio* . Cuando ese principio no se aplica, Fried no tiene "ningún interés en la pelea".

Como hemos visto, Fried define el derecho contractual como aquel cuerpo de leyes que puede explicarse y justificarse mediante el principio de promesa. En su opinión, el derecho contractual, por definición, se agota allí donde se agotan los contratos. Para Fried, el derecho contractual y la teoría responden a preguntas sobre cuestiones abordadas por los contratos. Las preguntas sobre cuestiones no abordadas por los contratos pueden ser abordadas, por supuesto, sólo por el derecho y la teoría no contractuales.

Así, por *ipse dixit conceptual* , Fried elimina la cuestión de las reglas supletorias del ámbito de la teoría contractual. Esto es suficiente para demostrar por qué los analistas económicos pueden encontrar la teoría de Fried de interés limitado. Fried está interesado en definir y defender una versión del derecho contractual cuyo dominio está circunscrito por el principio de promesa. Los analistas económicos del derecho contractual están interesados en explicar y justificar el derecho contractual. No puede haber duda de que el problema de las reglas supletorias contractuales es fundamental e importante para el derecho contractual. Al retirarse aparentemente del debate, Fried admite la irrelevancia de su teoría para gran parte del interés de los estudiosos del contrato. Pero para empeorar las cosas (para considerable angustia de analistas económicos como Craswel), Fried se niega a abandonar el escenario después de su canto del cisne. De hecho, Craswel señala que la teoría de Fried es irrelevante para el debate sobre las reglas supletorias, no mostrando que Fried no

aprueba ninguna regla supletoria, sino demostrando que Fried aprueba una serie de reglas supletorias que su teoría no puede justificar. Craswel sostiene que, para cada regla por defecto que Fried apoya, la perspectiva *ex post* de la teoría de Fried le impide describir o evaluar la regla por defecto. En cambio, Craswel sostiene que Fried se sirve de un montón de argumentos que parecen no tener relación con la promesa. Página 14 de 45

Filosofía del derecho contractual

autonomía, o entre sí. Craswel escribe así: 'A veces Fried se basa en las expectativas existentes de la gente; a veces utiliza argumentos económicos; a veces se apoya en principios de "culpa" o "altruismo"; y a veces

... no ofrece justificación alguna. Este enfoque disperso para la selección de normas por defecto no contribuye a mejorar nuestra comprensión del derecho contractual.'73

La afirmación central de Craswel es que la perspectiva *ex post* de las teorías contractuales deónticas las incapacita estructuralmente para identificar y evaluar las reglas contractuales subyacentes. Desafortunadamente, su crítica ilustrativa de Fried procede sobre la base de una combinación entre dos tipos fundamentales de reglas por defecto. Una vez que se toma en cuenta esta distinción, las críticas de Craswel ya no parecen establecer una limitación estructural generalizada de las teorías deónticas. En cambio, revelan un simple desacuerdo sobre la suficiencia de diferentes tipos de evidencia para establecer si las partes contractuales han formado intenciones subjetivas sobre cuestiones particulares. Por lo tanto, incluso si las críticas de Craswel son sólidas, a lo sumo establecen que la teoría de Fried **(p. 718)** es actualmente irrelevante para determinar el contenido de las reglas por defecto particulares que analiza. Pero la teoría de Fried sigue siendo potencialmente relevante para todas las reglas por defecto, y actualmente puede tener implicaciones directas para el contenido de las reglas por defecto que Craswel no analiza. La relevancia de la teoría de Fried para las reglas por defecto resulta ser una cuestión de hecho empírico contingente, en lugar de una incapacidad estructural a priori.

La clave para entender la posición de Fried es que su teoría exige una distinción estricta entre la interpretación del significado de los términos contractuales y el llenado de lagunas no reguladas por los términos contractuales. Craswel agrupa estos problemas en su definición de las reglas supletorias.74 Pero para Fried, las restricciones a una teoría de la interpretación contractual son bastante diferentes de las que rigen el llenado de lagunas. Fried reserva el término "interpretación" para la tarea de determinar el significado subjetivamente pretendido de un término. Así, alguien que ha asignado un significado particular a un acuerdo debe considerarse a sí mismo como que ha *interpretado* el acuerdo sólo si cree que las partes del acuerdo tuvieron la intención subjetiva de que su acuerdo tuviera ese significado. Al proponer una interpretación de un término, el intérprete afirma implícitamente que el significado atribuido al término por la interpretación representa el significado subjetivamente pretendido de las partes. Fried contrasta la interpretación con la "interpolación". Una interpolación describe la tarea de agregar contenido semántico a los términos, o imputar términos completamente nuevos en los acuerdos, que las partes no tenían la intención subjetiva cuando celebraron su acuerdo.7

5 Así pues, alguien que ha asignado una

Un actor que interpreta un acuerdo debe considerarse como si hubiera *interpolado* (a partir de) el acuerdo solo si cree que las partes del acuerdo no tenían la intención subjetiva de dar el significado asignado. La distinción entre interpretar e interpolar acuerdos es crucial para la teoría de Fried porque marca el límite entre el derecho contractual y el derecho no contractual. La tarea de interpretar un término cae directamente dentro del derecho y la teoría contractuales, tal como se conciben en el contrato como promesa. El contrato como promesa requiere fidelidad al contenido de las promesas y las interpretaciones describen ese contenido. La tarea de interpolar un término o acuerdo surge solo si una interpretación es imposible porque las partes no formaron una intención subjetiva relevante para resolver la cuestión en cuestión. La interpolación es necesaria solo si se

determina que la cuestión en disputa cae dentro de una brecha genuina en la interpretación de las partes.

intenciones subjetivas. Por lo tanto, las interpolaciones necesariamente se guiarán por el derecho y la teoría no contractuales.

La combinación que hace Craswel de la distinción entre interpretación e interpolación ayuda a explicar por qué le desconcierta la insistencia de Fried en que el principio de la promesa debe explicar algunas reglas predeterminadas, mientras que no necesita —de hecho no puede—

explicar otras reglas supletorias. Por ejemplo, Craswel no puede entender por qué Fried afirma que el remedio de daños por expectativa por incumplimiento **(p. 719)** es una regla supletoria impuesta por el principio de promesa, pero las reglas supletorias que rigen la impracticabilidad y el error no lo son.76 La respuesta corta es que Fried cree que las partes que celebran contratos que no prevén una cláusula de remedio explícita tienen la intención subjetiva de aplicar el remedio de expectativa.77 Pero cree que las partes que celebran contratos que no prevén una cláusula explícita que rija la excusa y el error no consideraron esas cuestiones y, por lo tanto, no tenían intenciones subjetivas relevantes en absoluto. En el primer caso, el principio de promesa requiere que los tribunales interpreten el acuerdo para respetar su autonomía y hacer cumplir sus obligaciones morales. En el segundo caso, los tribunales deben interpolar utilizando principios no promisorios.78 El principio de promesa (y, por lo tanto, el derecho contractual) no tiene relación con los asuntos en los que las partes no llegaron a un acuerdo. Por supuesto, la plausibilidad de las conclusiones específicas de Fried sobre estas reglas particulares por defecto depende enteramente de su base para decidir que todas las partes que no declaren expresamente lo contrario tienen la intención subjetiva de que sus acuerdos se rijan por daños de expectativa, mientras que las partes que no declaren expresamente lo contrario no han formado una intención subjetiva con respecto a la excusa y el error.79

(p. 720) Lamentablemente, Fried no explica su base para hacer estas determinaciones. Tampoco ofrece una teoría

general sobre cómo deben hacerse tales determinaciones. Sin embargo, el argumento de Fried refuta la tesis de Craswel. Página 15 de 45

teoría de Fried es directamente *relevante* para determinar el contenido de las reglas supletorias para *la interpretación* de los contratos. Cuando hay evidencia persuasiva de que las partes formaron la intención subjetiva relevante, la teoría de Fried requiere que los tribunales interpreten los contratos de acuerdo con esa intención, siempre que también haya evidencia persuasiva de su contenido. Craswel seguramente está justificado al exigir que Fried justifique sus inferencias fácticas **(p. 721)** sobre la intención subjetiva de las partes en varias cuestiones, como los remedios y las excusas contractuales. Pero una demostración de que Fried no proporciona tal justificación no brinda absolutamente ningún respaldo a la afirmación de que la teoría de Fried es *necesariamente* irrelevante para explicar o justificar el contenido de cualquier regla supletoria. Simplemente socava el argumento de Fried sobre la relevancia de su teoría para las reglas supletorias particulares que analiza. La relevancia de la teoría de Fried para determinar el contenido de cualquier regla supletoria particular dependerá de si la cuestión en cuestión está regida o no por la intención subjetiva real de las partes. Puede resultar difícil llegar a esa conclusión, pero la teoría de Fried exige que se haga. La crítica de Craswel señala la necesidad de que Fried desarrolle una teoría sistemática y defendible de cómo debe hacerse esa determinación sin plantear una petición de principio. Pero este es un problema al que necesariamente se enfrenta *cualquier* teoría contractual. La idea misma de las reglas de fondo presupone una distinción metafísicamente firme, aunque evidencialmente suave, entre cuestiones dentro y fuera del ámbito de un acuerdo. De hecho, al comienzo de su artículo, Craswel hace precisamente esa distinción cuando define el ámbito de las reglas de fondo como aquellas reglas necesarias para resolver disputas sobre temas no "explícitamente resueltos" por las partes. Por lo tanto, antes de que podamos decidir si se requiere alguna regla de fondo para resolver una disputa, primero debemos determinar si el acuerdo de las partes resolvió

explícitamente la cuestión en cuestión. Al igual que Fried, Craswel no ofrece ninguna teoría sobre cómo debe hacerse esa determinación.

Por lo tanto, los argumentos de Craswel no respaldan, de hecho, su afirmación de que la teoría de Fried es necesariamente irrelevante para identificar y evaluar las reglas supletorias. Tanto Craswel como Fried coinciden en que, en términos de Fried, la teoría de Fried es relevante para interpretar contratos pero irrelevante para interpolarlos. Dado que Craswel incluye ambos ejercicios bajo la rúbrica de "reglas supletorias", podemos decir que la teoría de Fried es relevante para determinar el contenido de las reglas supletorias interpretativas pero irrelevante para determinar el contenido de las reglas supletorias interpolativas. La crítica de Craswel es que Fried emplea una teoría no articulada y sin defensa para decidir si las partes compartían la intención subjetiva relevante en cualquier disputa dada. La afirmación de Craswel es que necesitamos una regla supletoria que nos diga qué hacer cuando no sabemos si decidir un caso requiere que, en términos de Fried, interpretemos o interpolemos. Para Craswel, el caso de brecha es uno en el que sabemos que las partes no formaron la intención mutua relevante o no sabemos qué intención mutua formaron. En ambos casos, el tribunal debe decidir sin tener en cuenta la intención de las partes. Fried trataría esos casos como verdaderos casos de lagunas que requieren que el tribunal interpole. En la práctica, sería imposible para el tribunal justificar su decisión sobre la base del principio de la promesa porque, por hipótesis, no tiene pruebas suficientes del contenido relevante de la promesa.

Pero sospecho que la verdadera queja de Craswel aquí es que la principal fuente de evidencia de intención subjetiva de Fried es

'convenciones y entendimientos de fondo' que crean expectativas,80 así como 'significados incipientes'.8

1 Cuando

la indeterminación de la intención subjetiva y la necesidad concomitante de un verdadero rellenador de

lagunas. Aunque es posible rellenar las lagunas resultantes recurriendo a las convenciones de fondo, necesitamos una teoría de reglas supletorias de rellenado de lagunas que nos diga si debemos hacerlo. Para Fried, sin embargo, el significado subjetivamente intencionado de los términos está necesariamente informado por las convenciones de fondo. Así que cuando el significado superficial de un término no resuelve un problema, Fried recurre a las convenciones de fondo para determinar si es probable que la intención subjetiva se extienda más allá del significado superficial para resolver el problema.82 Si, a su juicio, lo hace, entonces no hay necesidad de un verdadero rellenador de lagunas: la interpretación estándar de los contratos hace el trabajo por sí sola y, por lo tanto, el caso se rige por el derecho contractual.83 Una verdadera regla supletoria de rellenado de lagunas se requiere solo si Fried cree que las convenciones de fondo no proporcionan evidencia persuasiva de acuerdo subjetivo. En consecuencia, los tribunales deben ir más allá del acuerdo y, por lo tanto, más allá del derecho contractual, para resolver la disputa.84 Por lo tanto, el verdadero desacuerdo entre Craswel y Fried es sobre el estatus de las convenciones de fondo como evidencia de un significado intencional subjetivo, no sobre la relevancia potencial del contrato como promesa para las reglas supletorias que llenan los vacíos interpretativos. Su desacuerdo es sobre la cuestión familiar, aunque compleja **(p. 723)** de la relación entre la teoría semántica, las convenciones y la interpretación, en lugar de la estructura profunda de la teoría deóntica y su relevancia potencial para las reglas supletorias.85

El hecho de que Craswel no tenga en cuenta las opiniones de Fried sobre el significado y la interpretación contractual es típico de la literatura que analiza la teoría de Fried. Por ejemplo, el hecho de no apreciar las opiniones interpretativas de Fried también lleva a Randy Barnett a la conclusión engañosa de que la explicación de Fried de la teoría objetiva de la responsabilidad entra en conflicto con la afirmación de su teoría de que la responsabilidad contractual no puede imponerse a partes que no lo desean.86 La teoría objetiva del contrato

trata a las partes como legalmente obligadas únicamente sobre la base de sus manifestaciones de intención, independientemente de sus intenciones subjetivas. La teoría de Fried claramente requiere que la obligación contractual se base en intenciones subjetivas compartidas y, por lo tanto, rechaza la teoría objetiva del contrato porque impone responsabilidad contractual en ausencia de tales intenciones. Fried sostiene que la teoría objetiva del contrato se originó en un intento equivocado de los defensores del derecho contractual clásico de disfrazar la naturaleza verdaderamente no contractual de la responsabilidad impuesta en ausencia **(p. 724)** de acuerdo subjetivo pero bajo la rúbrica del derecho contractual.87 Pero Fried no rechaza la teoría objetiva de la responsabilidad en general. Su afirmación es que cuando la responsabilidad se impone sobre la base de lo que una persona común habría tenido la intención, la responsabilidad resultante puede caracterizarse como genuinamente contractual solo si las intenciones hipotéticas de la persona común proporcionan motivos suficientes para inferir las intenciones subjetivas reales de las partes. En ese caso, las manifestaciones objetivas de intención sirven simplemente como evidencia persuasiva de la presencia de la intención subjetiva necesaria para una responsabilidad contractual genuina (es decir, la responsabilidad justificada por el principio de promesa), en lugar de como motivos alternativos, no promisorios, para imponer responsabilidad. Por lo tanto, si las intenciones hipotéticas de la persona común no proporcionan evidencia adecuada de la intención subjetiva de las partes, la imposición de responsabilidad basada en la intención objetiva (y decididamente no subjetiva) no es promisoria y, por lo tanto, no contractual.88 Sin embargo, Fried no tiene objeción a decidir tales casos sobre esta base. De hecho, Fried admite fácilmente que hay buenas razones por las cuales los tribunales no deberían permitir que las personas eludan la responsabilidad sobre la base de que no tenían la intención subjetiva de lo que manifestaron objetivamente. Primero, tales afirmaciones podrían justificadamente no ser creídas. Pero incluso si se creyera, un tribunal debería imponer responsabilidad de todos modos para proteger las expectativas razonables del destinatario de la promesa por las que es responsable el promitente, o para salvaguardar la eficacia del derecho contractual al asegurar que las

partes puedan comunicar efectivamente la intención subjetiva con precisión en el futuro. El primer fundamento de la responsabilidad se basa en el valor deóntico de prevenir o compensar el daño ilícito o negligente. El segundo fundamento se basa en el valor consecuencialista de aumentar las oportunidades de incurrir en responsabilidad contractual para personas futuras. En opinión de Fried, ambas justificaciones de la responsabilidad están justificadas, pero ninguna de ellas fundamenta la responsabilidad *contractual* . Por lo tanto, Fried apoya la responsabilidad basada en la teoría objetiva de la intención como casos justificados de obligación extracontractual. Sin embargo, si un tribunal cree que ninguna de las partes tuvo la intención subjetiva de hacer lo que manifestó objetivamente, no debería imponer la responsabilidad a menos que esto socave la confianza en el significado objetivo. Al socavar la confianza **(p. 725)** en el significado objetivo, la decisión pondría en peligro la institución del derecho contractual y la concepción de autonomía y libertad que promueve.

Una vez más, la cuestión de si se debe imponer responsabilidad en este caso depende de un equilibrio de preocupaciones en competencia externas al acuerdo (subjetivo) de las partes. El único punto de Fried es que la imposición de responsabilidad en este caso no sería contractual, aunque podría o no estar justificada.89 Por lo tanto, la única preocupación de Fried aquí es defender su concepción del contrato como promesa contra la afirmación de que la teoría objetiva prueba que la responsabilidad contractual es extracontractual. Como hemos visto, la respuesta estándar de Fried se basa en la estipulación conceptual: toda responsabilidad contractual se basa en la promesa, por lo tanto, cualquier responsabilidad que no se base en la promesa es extracontractual. En pocas palabras, Fried solo quiere que quede claro que las decisiones que imponen responsabilidad por los llamados "acuerdos objetivos" no demuestran que el contrato no se basa en la promesa, sino que demuestran que tales decisiones no se basan en el contrato. Fried respalda la teoría objetiva de la responsabilidad, pero rechaza la teoría objetiva del contrato.

Por lo tanto, la crítica de Craswel no socava la relevancia del contrato como promesa para las reglas interpretativas predeterminadas.

Pero las otras quejas de Craswel siguen en pie. En primer lugar, como admite Fried, el contrato como promesa no tiene relación con las reglas por defecto para la interpolación de acuerdos (verdadero relleno de lagunas). El hecho de que esta concesión no sea una vergüenza para Fried demuestra una diferencia fundamental entre sus objetivos para la teoría de los contratos y los del analista económico. Su proyecto es explicar y defender la singularidad del derecho contractual, no explicar todo el derecho "no contractual" que puede ser relevante para hacer cumplir los acuerdos. Los analistas económicos de los contratos no tienen ningún interés en la tesis de la singularidad. Su objetivo exclusivo es explicar todas las doctrinas jurídicas relevantes para hacer cumplir los acuerdos, independientemente de que esos acuerdos califiquen o no como "contratos" según la teoría de Fried. Esto por sí solo seguramente explica por qué los analistas económicos encuentran que la teoría de Fried es de poca utilidad. En segundo lugar, Fried, no obstante, opina sobre cómo se deben llenar esas lagunas sugiriendo una variedad de consideraciones para llenar diferentes tipos de lagunas. Por ejemplo, Fried invoca consideraciones de equidad para justificar una regla supletoria que llene los vacíos y que requiera compartir en casos de impracticabilidad y error,90 pero se basa en consideraciones de **(p. 726)** "conveniencia" para justificar la regla supletoria del "buzón" que rige la oferta y la aceptación.9

1 Como señala Craswel, Fried no parece ofrecer ninguna razón por la que no se invoque la equidad para regir la oferta y la aceptación, o por la que la conveniencia no sea relevante para las reglas que rigen el error y la impracticabilidad.92 Es claro que Fried no puede llegar a estas conclusiones basándose en el contrato como promesa porque las reglas son, por hipótesis, casos no promisorios. ¿Cuál es la base para la justificación de estas reglas por parte de Fried y cómo, en particular, puede Fried conciliar su uso de principios consecuencialistas, como la conveniencia futura para las partes contratantes potenciales, con los fundamentos deónticos de su teoría?

La respuesta a ambas preguntas se encuentra en las opiniones jurisprudenciales más amplias de Fried sobre la naturaleza del derecho y la adjudicación.93 Fried suscribe la teoría del derecho y la adjudicación de Dworkin, tal como Dworkin la había desarrollado en la época en que Fried escribía. Fried cree que los jueces no tienen discreción para decidir casos difíciles porque existe una respuesta correcta para cada posible cuestión jurídica. Según Fried entiende la opinión de Dworkin, el derecho proporciona una respuesta única y correcta en cada caso porque necesariamente incorpora la moralidad. El derecho consiste en una "elaboración razonada de principios, incluidos los principios morales",94 que juntos son, en principio, suficientes para generar un resultado único y correcto en cada caso. Así, las partes en la adjudicación tienen derechos jurídicos preexistentes que los tribunales están obligados a reivindicar. A este respecto, Fried ve un paralelo entre sus opiniones jurisprudenciales generales y su teoría del contrato.

La resolución de controversias contractuales debe basarse exclusivamente en las intenciones subjetivas previas de las partes.

Según esta concepción, el acuerdo subjetivo previo de las partes crea derechos y obligaciones morales que el tribunal está obligado a hacer cumplir. Por lo tanto, la resolución de disputas contractuales requiere que los jueces adopten una perspectiva exclusivamente *ex post* .

De manera similar, según la perspectiva dworkiniana a la que Fried adhiere, incluso en disputas no contractuales las decisiones deben basarse en los derechos legales preexistentes de los litigantes. Todas las disputas requieren que los jueces identifiquen y defiendan los derechos legales preexistentes de los litigantes. Por lo tanto, la adjudicación de todas las disputas requiere que los jueces adopten una perspectiva exclusivamente *ex post* . Así, mientras que Fried considera que el derecho contractual hace cumplir los derechos morales, comparte la opinión de Dworkin de

que el derecho en sí mismo incorpora la moralidad. Cuando los jueces deciden casos, necesariamente están llamados a hacer cumplir la moralidad. En este sentido, el carácter deóntico de la teoría del contrato de Fried está arraigado en el fundamento deóntico de la teoría jurisprudencial basada en los derechos de Dworkin.

Pero Fried se esfuerza por destacar que el derecho contractual, y el principio de promesa que lo justifica, no imponen restricciones de ningún tipo a las decisiones que no pueden basarse en las intenciones subjetivas de los litigantes. Las restricciones que se aplican a las reglas supletorias de relleno de lagunas (por interpolación), por lo tanto, son generadas por el carácter deóntico de **(p.**

727) La sentencia arbitral. Según Fried, las lagunas deben ser llenadas por "principios residuales del derecho", que incluyen principios morales.9

5 En esta perspectiva dworkiniana, la adjudicación de sentencias está limitada por la obligación de los jueces de respetar los derechos legales preexistentes de los litigantes. Fried sostiene que la idea misma de que los individuos tienen derechos implica que no se los puede sacrificar en aras de objetivos colectivos como la eficiencia, la redistribución o el altruismo. Los derechos se derivan del valor inherente de la autonomía: permiten a los individuos planificar, considerar y perseguir sus propios fines. Como los individuos hacen estos planes en función de las convenciones sociales de fondo, el respeto por los derechos individuales prohíbe a los tribunales socavar estas expectativas sin proporcionar un aviso justo. Este derecho es básico para asegurar la autonomía individual. Sin él, los individuos serían incapaces de planificar y perseguir sus fines. Por lo tanto, cualquier cambio en el contenido de la ley debe hacerse sólo prospectivamente, ya sea a través de legislación o de resoluciones judiciales con un efecto puramente prospectivo.96 Por lo tanto, aunque la teoría de Fried no prohíbe el cambio en las normas supletorias que llenan los vacíos, limita la tasa de cambio y no proporciona una guía directa para la dirección del cambio. Por lo tanto, los compromisos jurisprudenciales subyacentes de Fried incorporan un sesgo normativo a favor del status quo a favor de las reglas predeterminadas para llenar los vacíos.

Los litigantes en los casos de brecha tienen derecho a que se respeten sus expectativas legítimas, y esas expectativas se basan en las convenciones sociales de fondo.97 Se trata de las mismas convenciones de fondo que a veces proporcionan pruebas suficientes de la intención subjetiva real de las partes. Pero en los casos de brecha estas convenciones guían y limitan la decisión, no porque proporcionen pruebas de la intención subjetiva de las partes, sino porque forman la base de las expectativas legítimas y, por lo tanto, legalmente protegidas de las partes. Por lo tanto, las restricciones deónticas de la decisión prohíben a los tribunales adoptar una perspectiva *ex ante* ignorando las expectativas legítimas de las partes. Hacerlo sería contrario a los derechos individuales de los litigantes. Los tribunales no pueden simplemente buscar la eficiencia o cualquier otro valor sin tener en cuenta los derechos de las partes **(p. 728)** , sino que deben respetar las expectativas basadas en entendimientos de fondo.98 Sin embargo, debido a que los derechos de los litigantes están determinados, en parte, por sus expectativas legítimas, que a su vez están determinadas por convenciones de fondo, si las convenciones de fondo *en sí mismas* permiten una perspectiva *ex ante* , entonces los tribunales pueden, *en esa medida,* adoptar también una perspectiva *ex ante .*

En efecto, en tales casos, los litigantes no sólo carecen de motivos para quejarse, sino que tienen derecho a que el tribunal adopte esa perspectiva en virtud de su derecho legal a que no se socaven sus expectativas legítimas. En este caso, su expectativa legítima es que, al decidir su disputa, los tribunales tendrán en cuenta ciertos efectos prospectivos de su decisión sobre otros. Por lo tanto, las convenciones sociales de fondo que permiten que se apliquen consideraciones consecuencialistas para resolver ciertos tipos de cuestiones permiten, de hecho exigen, que los tribunales tengan en cuenta tales consideraciones al decidir disputas. En suma, las opiniones deónticas de Fried sobre el contrato y la jurisprudencia lo comprometen con la idea de que la interpretación de la ley no es una interpretación de la *ley.* La perspectiva *posterior* en el arbitraje, pero esa perspectiva simplemente exige que los jueces reivindiquen los derechos preexistentes de las partes. Las partes en el arbitraje tienen derecho a que sus expectativas legítimas no se vean afectadas, pero si sus

expectativas legítimas no se ven afectadas, la perspectiva posterior en el arbitraje exige que los jueces reivindiquen los derechos preexistentes de las partes.

Filosofía del derecho contractual

Si las expectativas se basan en convenciones de fondo que permiten tener en cuenta los efectos prospectivos a la hora de resolver la cuestión que están litigando, entonces el respeto de sus derechos es coherente con la resolución de su disputa utilizando una perspectiva *ex ante* . Fried proporciona así una justificación deóntica de la posibilidad de la perspectiva *ex ante* en la adjudicación al demostrar cómo la perspectiva *ex post* en sí misma podría requerir un cambio hacia la perspectiva *ex ante* .

En definitiva, la teoría de Fried contempla que tanto la interpretación como la interpolación estarán condicionadas por las convenciones de fondo. Cuando las convenciones de fondo proporcionan la base para interpretar un acuerdo que se está juzgando, la coerción estatal utilizada para hacer cumplir la sentencia está justificada porque hace cumplir la obligación moral de una parte de cumplir una promesa. La concepción de autonomía que fundamenta la teoría liberal de Fried exige que los individuos tengan el poder de incurrir en esta obligación. Cuando las convenciones de fondo proporcionan la base para interpolar un acuerdo que se está juzgando, la coerción estatal utilizada para hacer cumplir la sentencia está justificada porque respeta los derechos de los individuos a que no se vean alteradas sus expectativas legítimas. La coerción está justificada porque la parte vencedora tiene un derecho legal preexistente a que se protejan sus expectativas legítimas. Ese derecho, a su vez, es un corolario del derecho individual a formar, revisar y perseguir un sistema de fines que forma parte de la concepción de autonomía que fundamenta la teoría liberal de Fried. Así, aunque el uso de convenciones de fondo tanto en la interpretación como en la interpolación se justifica en última instancia por el valor fundacional de la autonomía, la autonomía está mediada por la idea de obligación voluntaria en la primera, y las ideas de notificación justa y planificación en la segunda. Tanto en la interpretación como en la interpolación, las convenciones

de fondo son relevantes sólo si **(p. 729)** son consistentes con las intenciones subjetivas de las partes. En la interpretación, las diversas convenciones de fondo serán desplazadas o implícitamente invocadas por las intenciones subjetivas de las partes. En la interpolación, las convenciones de fondo regirán las disputas entre las partes que de otro modo no se regirán por sus intenciones subjetivas. Así, la acusación de Craswel de que, según esta interpretación de la teoría de Fried, "la sociología está haciendo todo el trabajo involucrado en satisfacer las necesidades del derecho contractual"99 suena hueca. Dada la necesaria relevancia del contexto para cualquier empresa interpretativa, todas las teorías contractuales deben, en última instancia, basarse en una combinación de sociología, otras disciplinas afines e intuición ordinaria. La acusación de Craswel, en cambio, debe ser que la teoría de Fried se basa de algún modo objetablemente en exceso en las convenciones de fondo para la interpretación. Pero en ausencia de un argumento que explique por qué y cómo una teoría de interpretación de contratos debería evitar o minimizar su dependencia de las expectativas, no hay base para esta afirmación. Y, en cualquier caso, está claro que en la teoría de Fried, cualquiera que sea el trabajo que esté haciendo la sociología, no está haciendo *todo* el trabajo. De hecho, la sociología no hace *nada* del trabajo normativo. La sociología es relevante para el derecho contractual sólo porque, según la visión jurisprudencial de Fried, los derechos individuales que el individualismo liberal exige que los tribunales respeten en los casos contractuales a veces están informados por las convenciones de fondo de la sociedad.

La visión de Fried, así entendida, todavía enfrenta la cuestión práctica de Craswel de cómo deben determinarse estas convenciones de fondo, especialmente por los tribunales, y la cuestión normativa de cómo tal teoría proporciona una base para criticar y recomendar cambios prospectivos en las reglas supletorias actuales.100 Pero nuestra preocupación no es la viabilidad práctica y la amplitud teórica del enfoque de Fried sobre las reglas supletorias, sino la cuestión de si su teoría tiene alguna implicación para las reglas supletorias y de qué manera. Fried tiene argumentos coherentes para su afirmación de que tanto las reglas supletorias interpretativas como las

interpolativas informadas por las convenciones de fondo están justificadas. Craswel afirmó demostrar que la teoría de Fried necesariamente es irrelevante porque necesariamente adopta una perspectiva *ex post* en la adjudicación.

Craswel tiene razón en que la teoría *contractual de Fried* no tiene implicancias para las verdaderas reglas supletorias de relleno de lagunas y, en cierto sentido, tiene razón en que la teoría de Fried necesariamente adopta una perspectiva *ex post en la adjudicación. Pero se equivoca en que la teoría contractual de Fried no tiene implicancias para las reglas supletorias interpretativas, y en que Fried no tiene una defensa coherente , no basada en la teoría contractual,* de las reglas supletorias de relleno de lagunas que él apoya. En ambos casos, Fried tiene un argumento coherente para usar las convenciones de fondo como reglas supletorias. La teoría contractual de Fried respalda su afirmación de reglas supletorias interpretativas, y sus opiniones jurisprudenciales respaldan su afirmación de reglas supletorias interpolativas. Además, Fried tiene una explicación coherente de cómo ambas teorías podrían permitir a un tribunal adoptar tanto una perspectiva *ex post* como una *ex ante* al adjudicar acuerdos. Y esa explicación explica por qué Fried cree que a veces los tribunales están justificados para resolver disputas sobre acuerdos tomando en cuenta varias consideraciones consecuencialistas. En definitiva, la afirmación de Craswel no revela una característica fundamental de las teorías deónticas que pone las reglas por defecto y las consideraciones *ex ante fuera de su alcance* **(p. 730)** . En cambio, revela que la interpretación de los contratos implica serias cuestiones filosóficas y pragmáticas que trascienden las diferencias metodológicas entre las teorías deónticas y económicas de los contratos.

2.4 Resumen

Los compromisos metodológicos de la teoría deóntica del contrato de Fried explican por qué los analistas económicos

del contrato generalmente la ignoran o la rechazan. Fried otorga prioridad teórica a los objetivos gemelos de justificar el derecho contractual y demostrar su distinción conceptual con respecto a otros cuerpos jurídicos. Esto lo lleva a descartar o ignorar, en lugar de explicar, doctrinas contractuales importantes que no pueden explicarse y, por lo tanto, justificarse mediante el principio de promesa.

Su conceptualismo también alimenta su visión de que el derecho consiste en el significado simple de sus formulaciones doctrinales y que los resultados de los casos no tienen importancia teórica divorciada del razonamiento ofrecido en su apoyo. Sin embargo, los analistas económicos del derecho contractual están principalmente interesados en explicar los resultados de los casos, no las formulaciones doctrinales que pretenden justificarlos. Y no tienen ningún interés en preservar la distinción del derecho contractual respecto de otras áreas del derecho. De hecho, dado que su objetivo es explicar los resultados de los casos, la teoría con mayor poder explicativo, en su opinión, será aquella que proporcione una explicación de los resultados de los casos en áreas aparentemente distintas del derecho, demostrando así la unidad subyacente, en lugar de la distinción, de áreas aparentemente diversas del derecho, como los contratos y los agravios. En lugar de tratar de explicar la distinción del derecho contractual, los analistas económicos quieren explicar su distinción.

Por último, la tesis de la singularidad de Fried, su sutil visión de la relación entre la teoría contractual y la jurisprudencia, y sus opiniones insuficientemente articuladas sobre la semántica y la interpretación invitan a la mala interpretación y a los malentendidos. La concesión de Fried de que su teoría contractual no habla de reglas supletorias que llenen los vacíos parece confirmar la opinión de los analistas económicos de que las teorías deónticas son irrelevantes para este importante debate. Pero, como hemos visto, la teoría contractual de Fried tiene implicaciones directas para las reglas supletorias interpretativas, y sus opiniones jurisprudenciales generales sobre el derecho y los derechos individuales tienen implicaciones igualmente directas para las reglas supletorias interpolativas.

Los malentendidos de las opiniones de Fried sobre la semántica y la interpretación llevan a los analistas económicos y a otros a concluir que sus explicaciones de las doctrinas son inconsistentes, arbitrarias o que plantean cuestiones. De hecho, sus explicaciones reflejan una aplicación consistente de su metodología interpretativa y de sus opiniones jurisprudenciales. En cada tipo de caso, primero determina si el contexto es suficiente para indicar que es probable que las partes en una disputa hayan tenido una intención subjetiva relevante para resolver la cuestión en cuestión. Luego, determina qué expectativas de fondo son relevantes ya sea para interpretar el significado de su acuerdo o para llenar los vacíos que deja abiertos su acuerdo. Los resultados diversos y aparentemente inconsistentes reflejan la diversidad subyacente de las expectativas de fondo que, según la visión jurisprudencial de Fried, necesariamente informan los derechos individuales y **,** por lo tanto, limitan y guían la adjudicación.

2.5 Conclusión

Sin duda, la teoría de Fried se basa en muchas premisas controvertidas y su presentación es indudablemente oscura. Se construye sobre el terreno inestable de varios debates profundos y complejos de la época de Fried: el clásico debate sobre la muerte del contrato en el derecho contractual, el CLS y los ataques comunitaristas emergentes al individualismo liberal, las teorías opuestas de la semántica en la filosofía del lenguaje y el debate jurisprudencial entre los teóricos de los derechos dworkinianos y los positivistas legales hartianos. Inevitablemente, Fried a veces juzga mal la tectónica de placas de estos continentes cambiantes y su teoría se cae por las grietas. Pero es el primer esfuerzo sostenido por alinear el derecho contractual contemporáneo con una teoría normativa que goza tanto de un amplio atractivo intuitivo como de profundas credenciales filosóficas. De hecho, las objeciones más comunes al argumento normativo de Fried no se basan en dificultades con su concepción kantiana subyacente de la autonomía, sino en su adopción irreflexiva de un moralismo jurídico ingenuo: la inferencia de que el Estado está justificado en hacer cumplir coercitivamente todas las obligaciones morales.10

1 Por lo tanto, los teóricos del contrato deóntico en la tradición de Fried,

A menudo, los teóricos deónticos encuentran poco interesante la teoría del contrato económico, que se basa en principios consecuencialistas que son ampliamente considerados contra-intuitivos y filosóficamente objetables. Aunque nadie niega la relevancia del razonamiento consecuencialista para la teoría moral, política y jurídica, sólo recientemente académicos serios han comenzado a revivir la afirmación de que el consecuencialismo puede proporcionar una base normativa adecuada para cualquiera de estas empresas. Además, debido a que los teóricos deónticos otorgan prioridad al proyecto normativo de la teoría jurídica, toman en serio la cuestión de si la ley tal como está escrita proporciona una justificación adecuada para las decisiones tomadas en virtud de ella. Especialmente a la luz de la teoría reciente que enfatiza la importancia de que la justificación política esté disponible para la inspección y el debate públicos, los teóricos deónticos dudan de las teorías que pretenden explicar las decisiones judiciales sobre la base de razones ocultas que descartan el significado claro de las justificaciones ofrecidas en las propias decisiones.102

(p. 732) Las explicaciones de los resultados de los casos que se desvinculan de sus justificaciones aparentes pueden ser útiles para los abogados en ejercicio, los profesores de derecho que organizan los casos en libros de casos e incluso los jueces que intentan tener en cuenta precedentes que de otro modo serían irreconciliables y que los vinculan, pero pueden no tener ningún interés inherente para los teóricos deónticos que buscan

Filosofía del derecho contractual

Justificaciones normativas genuinas para la coerción política ejercida a través del imperio de la ley. Al final, la diferencia metodológica más fundamental entre los teóricos del contrato deóntico y los teóricos del contrato económico no es sólo sus respectivas prioridades en los proyectos normativos y explicativos de la teoría jurídica, sino también sus diferentes concepciones de los objetivos de la explicación jurídica misma.

3 Pedro Benson

En la primera contribución importante de Peter Benson a la teoría contractual, le otorga primacía al proyecto normativo de justificación del derecho contractual y fundamenta esa justificación en la idea del consentimiento como transferencia de un derecho.103 Benson sostiene que las principales doctrinas del derecho contractual se ajustan a esta concepción del contrato. Benson también sostiene que la teoría del derecho contractual se basa en una concepción puramente hegeliana de la autonomía, y que sólo una concepción de ese tipo puede proporcionar una justificación normativa adecuada del derecho contractual. La tesis central de Benson es que todas las teorías contractuales contemporáneas, excepto la suya, incluidas las teorías aparentemente basadas en la autonomía como la de Fried, proporcionan una justificación teleológica del derecho contractual. Como tal, sus justificaciones no derivan de una concepción genuinamente deóntica de la autonomía en la que los individuos tienen libre albedrío. Cada una de estas justificaciones, por lo tanto, como máximo explica cómo el contrato genera una obligación moralmente condicional. Sólo una justificación hegeliana del contrato puede explicar cómo y por qué la obligación contractual es moralmente incondicional. Además, Benson sostiene que las doctrinas centrales y los principios que animan el derecho contractual sólo pueden explicarse y justificarse mediante esta concepción deóntica de la autonomía. Por lo tanto, incluso si los argumentos teleológicos de la teoría contractual contemporánea pudieran proporcionar una base normativa adecuada para algunas instituciones jurídicas, no pueden justificar la institución del derecho contractual contemporáneo.104

(p. 733) Sin embargo, los trabajos más recientes de Benson sugieren que ya no considera que la concepción hegeliana de la autonomía justifique el derecho contractual por derecho propio. En cambio, Benson sostiene que la justificación del derecho contractual debería proceder de manera análoga a la justificación del liberalismo político rawlsiano. Rawls sostiene que una concepción política de la justicia sólo puede justificarse mediante la construcción de principios de justicia a partir de las ideas fundamentales de la cultura política pública. La justificación resultante no

presupone la verdad de ninguna visión moral comprehensiva particular, sino que, en cambio, da cabida a todas las visiones comprehensivas razonables, cada una de las cuales, por definición, respalda el liberalismo político desde su propio punto de vista.10

5 De manera similar, Benson sostiene que la justificación del contrato

El derecho debe construirse a partir de lo que él llama las ideas normativas básicas presentes en nuestra cultura *jurídica pública* en general, y de los principios y doctrinas del derecho contractual en particular.106 La posibilidad de tal "justificación jurídica pública" presupone que "hay presente en el derecho consuetudinario -en las decisiones judiciales- un conjunto de ideas normativas que contienen implícitamente toda una teoría del contrato y, además, que esta teoría es capaz de resolver las mismas cuestiones que el derecho debe responder para resolver disputas contractuales".107 Por lo tanto, la afirmación de Benson es que este conjunto de ideas proporciona el fundamento normativo para la justificación del derecho contractual. Aunque la autonomía hegeliana puede de hecho proporcionar una verdadera justificación moral para el derecho contractual, su verdad es irrelevante a los efectos de proporcionar la justificación pública que es "esencial para hacer legítima la operación coercitiva de la ley" en una concepción liberal de la justicia.108 En cambio, el concepto hegeliano de contrato simplemente proporciona un marco conceptual heurístico para unificar el conjunto, por lo demás diverso, de ideas normativas básicas implícitas en el derecho consuetudinario de los contratos.109 La teoría moral y política hegeliana, entonces, no juega un papel normativo fundacional en la justificación pública del **derecho** contractual, excepto en la medida en que se deriva de, o proporciona una representación justa de, las ideas normativamente fundamentales en la cultura jurídica pública del derecho contractual.

Al adoptar un enfoque rawlsiano para la justificación del derecho contractual, Benson convierte en efecto el proyecto justificatorio de la teoría contractual en un proyecto explicativo. El proyecto inicial de Benson es

justificar el derecho contractual defendiendo el concepto hegeliano de autonomía y demostrando cómo ese concepto explica y, por lo tanto, justifica el derecho contractual.110 Pero su enfoque actual ya no le exige defender el concepto hegeliano de autonomía. En cambio, debe identificar de forma independiente las ideas normativamente fundamentales implícitas en la cultura jurídica pública del derecho contractual y luego construir a partir de esas ideas una teoría coherente del derecho contractual que sirva como base para arbitrar todas las disputas contractuales. No sorprende que Benson afirme que el concepto hegeliano de contrato es la mejor teoría del contrato que puede construirse a partir de las ideas fundamentales de la cultura jurídica pública del derecho contractual. Pero en este enfoque rawlsiano de la justificación, la fuerza normativa del concepto hegeliano de derecho contractual deriva enteramente de su afirmación de estar integrado en las ideas normativamente fundamentales del derecho consuetudinario de contratos. La afirmación de que la teoría hegeliana del contrato deriva del concepto hegeliano de autonomía y, por lo tanto, reivindica una concepción metafísica y profunda del libre albedrío, no tiene relación con su fuerza justificativa.

Filosofía del derecho contractual

Benson comienza su esbozo de una justificación pública del derecho contractual identificando tres ideas normativas fundamentales para el derecho privado y un punto fijo provisional del derecho contractual. Las tres ideas normativas se encuentran en el principio de que puede haber responsabilidad por mala conducta, pero no responsabilidad por mera falta de conducta,11

1 el 'jurídico

concepción' de las personas, definidas independientemente de sus capacidades para perseguir el bien y como poseedoras de una capacidad para tener, adquirir y ejercer posesión legítima para y por sí mismas como libres e iguales,112 y la idea de transacciones privadas entre dos personas: **(p. 735)** que a través de sus interacciones, una

parte adquiere posesión legítima de algo de la otra o, alternativamente, sufre una interferencia con su posesión legítima por la otra.113 El punto fijo provisional del derecho contractual es que la ley debería, en principio, proteger el interés de expectativa del demandante.114 Benson no pretende justificar estas ideas normativas o el punto fijo provisional del derecho contractual. En cambio, su afirmación es que constituyen puntos de partida ampliamente compartidos, naturales y apropiados a partir de los cuales construir una teoría del derecho contractual. Por lo tanto, se presentan como hechos sobre la cultura jurídica pública del derecho contractual, en lugar de como ideas o características defendibles del derecho contractual. Cualquier teoría del derecho contractual debe comenzar por tratar de tenerlas en cuenta. Se supone que la teoría del contrato se construye, de la misma manera que Rawls construye los principios de justicia, mediante el proceso de equilibrio reflexivo. La tarea justificatoria exige que el teórico del contrato intente comprender las ideas normativamente fundamentales y los puntos fijos del derecho contractual dentro de una teoría coherente.

Cada idea normativa fundamental y punto fijo provisional del derecho contractual puede ser rechazado sólo si no puede hacerse consistente con la teoría máximamente consistente disponible. La afirmación de Benson es que la teoría hegeliana proporciona la mejor teoría disponible para explicar la coherencia y unidad de estas ideas normativas fundamentales y el punto fijo provisional del derecho contractual.

Así, la teoría original del contrato de Benson se basa en la plausibilidad de la teoría de la autonomía y el contrato de Hegel, y en el éxito de los esfuerzos de Benson por demostrar una alineación sustancial entre la concepción de Hegel del contrato y los principios y doctrinas centrales del derecho contractual contemporáneo. El nuevo enfoque de Benson, sin embargo, constituye una síntesis creativa y original de la teoría política rawlsiana y la teoría hegeliana de la autonomía y el contrato. Su defensa final dependerá, en gran medida, de la posibilidad de defender la aplicación de la justificación política rawlsiana a una institución jurídica específica y a su "cultura jurídica pública", así como del éxito del esfuerzo de Benson por demostrar una

alineación sustancial de los principios y la doctrina del contrato con el ideal contractual hegeliano. El presente propósito de examinar la teoría de Benson, sin embargo, no es evaluar sus méritos, sino más bien identificar hasta qué punto evidencia los compromisos metodológicos que he sostenido que están asociados con las teorías deónticas del contrato.

3.1 Primacía normativa, distinción y doctrina como datos

El proyecto de Benson se dedica, en primer lugar, a establecer la justificación moral y política del derecho contractual.

Benson comienza rechazando la ecuación de Fried entre obligación moral y obligación legal, y fundamenta la obligación legal en el consentimiento más que en la promesa. La teoría inicial de Benson justifica el derecho contractual como moralmente necesario para reivindicar la concepción hegeliana de autonomía y libre albedrío. Benson sostiene que una mera promesa, sin oferta ni aceptación, genera lo que Kant llama un "deber de virtud". Los deberes de **virtud** son obligaciones morales genuinas, pero no se deben a nadie en particular. Tales obligaciones morales no pueden explicar ni justificar el uso de la coerción estatal para exigir una compensación a un prometido decepcionado porque no le confieren un derecho moral correlativo al cumplimiento del promitente. Pero cuando un oferente hace una oferta que es aceptada, la aceptación da lugar tanto a la obligación moral del promitente de cumplir como al derecho moral correlativo del prometido al cumplimiento prometido. Kant llama "jurídicas" a las obligaciones morales que generan derechos correlativos.11

5 Para Kant y Hegel,

Las promesas hechas como parte de una oferta transfieren efectivamente al destinatario de la promesa el derecho moral a la prestación prometida en el momento de la aceptación. Benson sostiene que este derecho constituye la propiedad de lo que se promete. Por lo tanto, la coerción estatal para hacer cumplir las obligaciones jurídicas está

justificada para proteger la propiedad individual. El incumplimiento de una promesa hecha como parte de una oferta aceptada constituye una negativa a respetar una transferencia de propiedad (de la prestación prometida) que era efectiva en el momento de la aceptación. En la teoría hegeliana de Benson, el derecho moral de propiedad está implícito en la concepción hegeliana de autonomía y libre albedrío, y como tal, es inalienable. 116 Por lo tanto, la coerción estatal para hacer cumplir las obligaciones jurídicas creadas por las ofertas aceptadas está moralmente justificada (de hecho, es moralmente requerida) para proteger los derechos morales inalienables que poseen los individuos concebidos como poseedores de un libre albedrío genuino (metafísico e indeterminado). 117 Y como hemos visto, incluso en la versión rawlsiana de la teoría de Benson, este marco hegeliano para entender la autonomía juega un papel crucial en la justificación del derecho contractual. Proporciona la teoría unificadora que explica cómo las ideas normativamente fundamentales del derecho contractual se cohesionan entre sí y con el remedio de la expectativa, el punto fijo provisional del derecho contractual. En otras palabras, la opinión de Benson es que las ideas y elementos normativos más básicos del derecho contractual se ven mejor como implicancias de la teoría hegeliana de la autonomía.

La agenda explicativa de Benson, entonces, está enteramente al servicio de su afirmación de que el derecho consuetudinario de contratos incorpora el concepto hegeliano de derecho contractual. El concepto hegeliano **(p. 737)** de derecho contractual se basa en distinciones claras entre derecho público y derecho privado, y dentro del derecho privado, entre propiedad, agravio y contrato. Así, al igual que el proyecto de Fried, el proyecto hegeliano de Benson lo lleva a defender la tesis de la distintividad.118 Benson sostiene que el derecho contractual se distingue de otros cuerpos de derecho debido a su lugar único en el derecho privado. El derecho privado en sí, sostiene Benson, se basa en el principio de no responsabilidad por el mero incumplimiento.119 Ese principio marca al derecho privado

como el dominio exclusivo de la autonomía. En el derecho privado, la única base para la responsabilidad legal es el respeto a la autonomía. El derecho de propiedad respeta la autonomía al reivindicar el derecho moral de propiedad a través de la adquisición inicial que implica la autonomía. El derecho de agravios respeta la autonomía al exigir una compensación por el daño injustificado a la propiedad de otros (que incluye sus cuerpos). Y el derecho contractual respeta la autonomía al facilitar y hacer cumplir la transferencia voluntaria de la propiedad. Toda responsabilidad legal en el derecho privado se impone para reivindicar y proteger la autonomía individual al reivindicar y proteger el derecho individual a poseer y transferir la propiedad. Fuera del derecho privado, la justicia puede exigir que los individuos acudan en ayuda de otros y tengan en cuenta los intereses, deseos y necesidades de los demás. Pero dentro del derecho privado, "nadie es responsable por no atender las necesidades, deseos o propósitos de otro. Uno no necesita ayudar a otros a adquirir o preservar la posesión legítima de algo. Lo que una persona no debe hacer es interferir, dañar o afectar negativamente la posesión legítima de otro, ya sea innata o adquirida. El principio de no responsabilidad por incumplimiento estipula solo prohibiciones". 120 Este principio de responsabilidad limitada, que Benson caracteriza como el "punto de vista moral" del derecho privado,12

1 constituye la primera de las tres ideas normativamente fundamentales del derecho privado.

(p. 738) La segunda idea normativamente fundamental del derecho privado es "el concepto jurídico de persona".

Benson sostiene que el derecho privado presupone que "los individuos deben ser vistos como, y *sólo* como, sujetos con capacidad de tener, adquirir y ejercer posesión legítima para sí mismos y por sí mismos. Sus características y actividades personales son normativamente significativas sólo en la medida en que puedan ser interpretadas en términos de esta característica central y definitoria". 122 Además, los individuos son concebidos como libres e iguales, en el sentido de que cada individuo tiene el mismo derecho a los derechos de propiedad salvaguardados por el derecho privado. 123 La tercera idea normativamente

fundamental del derecho privado es la idea de una transacción privada entre dos personas. En el derecho privado, la responsabilidad se asigna únicamente sobre la base de "que a través de su interacción, una parte adquiere la posesión legítima de algo de la otra o, alternativamente, sufre una interferencia con su posesión legítima por parte de la otra. Sólo en la medida en que la interacción tiene esta característica cuenta como una transacción.'124 Así, Benson afirma que el principio de no responsabilidad por incumplimiento, el concepto jurídico de persona y la idea de una transacción juntos forman una teoría unificada y coherente de la responsabilidad moral que respalda la responsabilidad en el derecho privado y distingue al derecho privado de todas las demás áreas del derecho.

El derecho contractual, a su vez, se distingue del derecho de propiedad y del derecho de responsabilidad civil en virtud del tipo de responsabilidad que impone. Mientras que el derecho de propiedad simplemente asigna derechos de posesión exclusiva y el derecho de responsabilidad civil protege esos derechos de daños ilícitos, el derecho contractual asigna responsabilidad por daños por expectativas para proteger los derechos de propiedad de las personas. Mientras que la responsabilidad civil por daños ilícitos se refiere a daños ilícitos a la propiedad, la responsabilidad contractual no requiere que haya habido daños ilícitos. De hecho, se puede otorgar una indemnización por expectativas incluso en ausencia de cualquier confianza por parte del beneficiario de la promesa. La indemnización por expectativas, única en el derecho privado, demuestra que la responsabilidad en el contrato se basa en la premisa de que el promitente transfiere la propiedad legítima en el momento en que se acepta su oferta, en lugar de en el momento en que realmente cumple. Según esta perspectiva, el cumplimiento en sí no efectúa una transferencia de propiedad. Más bien, el cumplimiento es necesario para respetar los derechos de propiedad *previamente* transferidos al beneficiario de la promesa en el momento en que se aceptó la oferta del promitente. Por lo tanto, la demostración de una confianza perjudicial en una promesa no es más relevante para la responsabilidad contractual que la demostración de un daño en una acción de conversión por robo. En ambos

casos, la recuperación del demandante requiere que reciba el valor de lo que ya era suyo.

Así como el ladrón interfiere ilícitamente con el derecho del propietario al uso exclusivo de su propiedad personal, el oferente incumplidor interfiere ilícitamente con el derecho del destinatario de la promesa al cumplimiento prometido.125

(p. 739) Benson reivindica así la tesis de la distinción al realizar un análisis abstracto de los principios generales y demostrar la coherencia conceptual entre el remedio de la expectativa y el concepto hegeliano de contrato. Su explicación de la doctrina de la oferta y la aceptación es abstracta también, y nunca desciende al nivel de los detalles doctrinales (por ejemplo, nunca intenta explicar o justificar los detalles de la oferta y la aceptación, como la regla del buzón). Además, la teoría de Benson prácticamente nunca pretende explicar cómo se aplican las doctrinas para generar resultados particulares en los casos. La teoría de Benson se basa en la idea de que una explicación del derecho contractual debe explicar el lenguaje y los conceptos del derecho contractual, no simplemente los resultados de los casos contractuales. Tanto su explicación inicial como su explicación de la doctrina de la oferta y la aceptación son abstractas.

Filosofía del derecho contractual

La teoría hegeliana, y su posterior teoría rawlsiana-hegeliana, toman el significado llano de la doctrina al pie de la letra y buscan una teoría que unifique y justifique esas doctrinas en sus propios términos. En particular, la opinión de Benson es que un área del derecho, como el derecho contractual, debe explicarse desde el punto de vista del derecho mismo, tal como se evidencia en el significado llano del lenguaje doctrinal.126 De hecho, Benson rechaza de manera bastante explícita como una no-teoría del contrato cualquier teoría que pretenda simplemente explicar los resultados de los casos contractuales, divorciada del significado llano de las doctrinas utilizadas por los tribunales para decidirlos. Esta es, de hecho, una de las críticas centrales de Benson a las teorías económicas del derecho contractual:

En ningún momento el análisis económico hace del punto de vista jurídico con sus ideas normativas el objeto inmediato de su análisis. ... En cambio, comienza con los intereses y preferencias y su único principio normativo es la maximización del bienestar. A lo sumo, el análisis económico aplica este marco directamente *a las conclusiones desnudas. de la doctrina contractual desprendida de las ideas normativas que les dan vida y significado desde un punto de vista jurídico. punto de vista* . Se espera demostrar que estas conclusiones coinciden con lo que la economía exige *de su propia punto de vista* . Incluso si el análisis económico se volviera completo en sus propios términos, es dudoso que pudiera legítimamente afirmar que es una teoría del derecho contractual en oposición a una economía de las transacciones.127

(p. 740) El hecho de que Benson no considere los resultados de los casos refleja su compromiso metodológico de tomar en serio el lenguaje y los conceptos doctrinales como fuentes del derecho. Según esta perspectiva, los resultados son simplemente resultados cuya explicación consiste en elaborar el significado llano de la doctrina. Benson no muestra ninguna aspiración a explicar cómo las doctrinas que analiza se aplican para generar resultados definidos en situaciones fácticas específicas. Esto se ve en sus explicaciones de la oferta y la aceptación, la contraprestación y la teoría objetiva de la intención.128 En cada caso, su única preocupación es explicar cómo el significado llano de estas doctrinas es coherente con el concepto hegeliano de contrato. No hace ningún esfuerzo por explicar, por ejemplo, por qué los tribunales han encontrado que se debe hacer una contraprestación en ciertos casos pero no en otros. En general, la opinión de Benson parece ser que una vez que el significado llano de las doctrinas contractuales se ha unificado bajo una rúbrica hegeliana, el trabajo pesado de la teoría contractual está hecho. Se sugiere que una teoría que proporcione una justificación pública completa del derecho contractual contendría todos los recursos necesarios para resolver cualquier disputa contractual.129 Pero los extensos esfuerzos teóricos de Benson hasta el momento aún no han producido explicaciones de los resultados de los casos contractuales.

La preocupación de Benson por reivindicar la tesis de la distinción se deriva de su opinión de que el derecho contractual consiste en el significado simple de la doctrina. Para Benson, la tarea tanto de una teoría explicativa como normativa del derecho contractual es proporcionar un principio normativo que *limite inherentemente* la responsabilidad a las transferencias voluntarias. Así, una de las principales críticas de Benson a las teorías económicas del derecho contractual es que el principio normativo que ellas respaldan es "inherentemente expansivo": por sí solo no puede explicar los límites doctrinales de responsabilidad esenciales para el derecho contractual.130 Por ejemplo, el principio de maximización del bienestar no puede explicar por sí solo por qué sería inadmisible forzar transferencias involuntarias que maximizaran el bienestar esperado. Los analistas económicos típicamente explican el requisito de voluntariedad del derecho contractual como el mejor mecanismo institucional disponible para asegurar que las transferencias de propiedad maximicen el bienestar esperado **(p. 741)** dadas las dificultades contingentes y empíricas de identificar transferencias que mejoran el bienestar sin consentimiento. Pero el principio de bienestar en sí mismo no conlleva una prohibición inherente contra las transferencias forzadas. Por el contrario, la concepción deontológica hegeliana de la autonomía que Benson respalda explica por qué el requisito de voluntariedad es una característica moralmente necesaria, en lugar de empíricamente contingente, del derecho contractual.131

El rechazo de Benson a la explicación y justificación económicas del requisito de voluntariedad refleja dos compromisos metodológicos. El primero es que sólo una concepción deontológica de la autonomía puede proporcionar una justificación adecuada de la coerción estatal. Por lo tanto, demostrar que el derecho contractual es sólo una variante institucional entre otras para promover el objetivo de maximizar el bienestar esperado no proporciona, en su opinión, ninguna justificación en absoluto.

El objetivo de maximizar el bienestar esperado no es normativamente defendible como principio fundamental para justificar la coerción estatal.132 En segundo lugar,

una condición de adecuación de cualquier explicación del derecho contractual es que el principio explicativo demuestre por qué las características esenciales del derecho contractual son esenciales para el derecho contractual. Las teorías económicas explican por qué las características esenciales del derecho contractual están justificadas de manera contingente, mientras que las explicaciones genuinamente deontológicas, como la de Benson, explican por qué esas características esenciales están justificadas necesariamente. La opinión de Benson es que sólo este tipo de explicación y justificación del derecho contractual explica el concepto de responsabilidad contractual que es tanto implícito como explícito en la interpretación del sentido llano de las doctrinas contractuales. Por lo tanto, una explicación y justificación adecuadas del derecho contractual deben explicar por qué la responsabilidad contractual es esencialmente y no meramente contingente, diferente de la responsabilidad extracontractual, y por qué la responsabilidad en el derecho privado en general es esencialmente y no meramente contingente, diferente de la responsabilidad fuera del derecho privado. El principio de maximización del bienestar proporciona precisamente el tipo opuesto de explicación. Página 24 de 45

y justificación. Explica cómo áreas conceptualmente distintas del derecho pueden explicarse y justificarse como variantes institucionales dedicadas a la maximización del bienestar esperado. Para los analistas económicos, el concepto "inherentemente expansivo"

La naturaleza del principio de maximización del bienestar es una virtud que afirma su poder explicativo. Para Benson, la visión económica de los límites de áreas conceptualmente distintas del derecho como justificadas de manera contingente, en lugar de necesariamente, demuestra su fracaso manifiesto a la hora de proporcionar una explicación adecuada del cuerpo de leyes que pretende explicar. En resumen, las teorías deónticas explican, y las teorías económicas explican, la aparente distinción del derecho contractual.

La crítica de Benson a las teorías de los contratos económicos que se basan en las nociones de eficiencia de Pareto y de Kaldor-Hicks también ilustra cómo los desacuerdos entre los teóricos de los contratos deónticos y económicos a menudo surgen de las diferentes prioridades que cada uno asigna a los objetivos normativos y explicativos de la teoría de los contratos. Benson sostiene que los conceptos de eficiencia de Pareto y de Kaldor-Hicks **(p. 742)** son herramientas explicativas inherentemente inadecuadas porque ambos pueden aplicarse para evaluar la eficiencia de una transacción *ex ante* o *ex post.133* Por ejemplo, una transacción que es eficiente en términos de Pareto *ex ante* , porque cada parte prefiere el intercambio en el momento en que lo acepta, puede no ser eficiente en términos de Pareto *ex post* , en el momento de la ejecución. La eficiencia de Pareto en sí misma no puede explicar por qué el resultado de Pareto *ex ante* que argumenta a favor de hacer cumplir el acuerdo debe ser privilegiado sobre el resultado de Pareto *ex post* que argumenta en contra de hacer cumplir el acuerdo. Es necesario algún principio normativamente previo para justificar la indexación de la investigación de Pareto a la perspectiva *ex ante* o *ex post* . Las teorías de la eficiencia que se basan en el criterio de Pareto son, por lo tanto, normativamente incompletas. Sin embargo, los teóricos de la eficiencia suelen privilegiar el resultado de Pareto *ex ante* sin defensa, y proceden a demostrar cómo se pueden explicar diversas doctrinas jurídicas considerándolas como promotoras de transacciones eficientes *ex ante en el sentido* de Pareto. Estos analistas económicos se contentan con estipular la primacía del resultado de Pareto *ex ante* simplemente porque al hacerlo pueden explicar los resultados de los casos. Tienen poco interés en defender el criterio de Pareto en sí, y mucho menos la primacía normativa del resultado de Pareto *ex ante* . Los teóricos deónticos como Benson rechazan el criterio de Pareto por ser normativamente inadecuado desde el principio, y por lo tanto no muestran interés en poner a prueba sus poderes explicativos. Para ellos, no tiene sentido un ejercicio de ese tipo porque no hará avanzar la comprensión de la justificación normativa del derecho contractual. Para los teóricos económicos interesados en explicar los resultados de los contratos, la prueba está en el pudín (o tal vez, cualquier puerto en una tormenta lo hará). El criterio de Pareto es atractivo si y

solo si puede explicar y predecir los resultados de los casos. Una demostración de cómo el principio de Pareto (*ex ante*) puede unificar un conjunto de resultados que de otro modo parecerían arbitrarios es útil para los abogados. Además, contribuye potencialmente a la justificación del derecho contractual porque demuestra que los resultados de los casos contractuales pueden volverse coherentes y mutuamente consistentes.

Presumiblemente, esto es lo que se exigirá de cualquier justificación mínima y adecuada del derecho contractual.

La teoría de Benson es mucho más filosóficamente sofisticada que la de Fried. Su principal objetivo es demostrar cómo todas las teorías contractuales contemporáneas, incluso aquellas que aparentemente se basan en la autonomía, son en última instancia de carácter teleológico y, por lo tanto, no pueden reivindicar el concepto de autonomía como ejercicio del libre albedrío. Rechaza la teoría de Fried por teleológica porque, en última instancia, basa la obligación moral de cumplir una promesa en el deseo contingente de maximizar la libertad individual.134 Y demuestra de manera efectiva cómo todas las demás teorías contractuales contemporáneas, en última instancia, basan la responsabilidad contractual en fundamentos teleológicos.13

5 En su lugar, presenta **(p. 743)** la obra de Hegel .

La teoría de Hegel como una teoría verdaderamente deontológica del contrato. La teoría de Hegel proporciona un argumento expreso a favor de la necesidad moral del derecho contractual como encarnación de la autonomía y reivindicación de una voluntad verdaderamente indeterminada y libre.

Aunque Benson tiene una sólida comprensión de los fundamentos normativos de la teoría contractual contemporánea y su crítica hegeliana es bastante eficaz, no es su ambición explicar cómo la doctrina contractual produce resultados particulares en casos particulares, como tampoco es, evidentemente, la ambición de las teorías económicas proporcionar una explicación y

justificación genuinamente deónticas del significado llano de la doctrina contractual.

3.2 La perspectiva *ex post*

Benson sostiene que el derecho privado en general, y el derecho contractual en particular, evidencian la "orientación retrospectiva del punto de vista legal al resolver los derechos y deberes de las partes en una transacción pasada particular que ahora está ante un tribunal".136 Como hemos visto, Craswel afirma que esta orientación retrospectiva impide que las teorías de la autonomía resuelvan disputas sobre lagunas contractuales.137 Recordemos que Fried permite que la técnica de relleno de lagunas tenga en cuenta los efectos prospectivos porque la técnica de relleno de lagunas queda fuera del ámbito del derecho contractual y se rige por principios generales del derecho no contractual. Por lo tanto, Fried sostiene que el objetivo de facilitar la contratación futura califica como una justificación aceptable para adoptar una regla particular de relleno de lagunas. Benson, sin embargo, parece rechazar categóricamente cualquier razonamiento teleológico en el derecho contractual, y por lo tanto rechaza todas las justificaciones de las decisiones judiciales en casos contractuales basadas en la teoría de la autonomía.

Filosofía del derecho contractual

En cuanto a sus efectos prospectivos, Benson rechaza el argumento de Fried y Barnett de que las lagunas contractuales deberían llenarse de acuerdo con reglas que reducirán los costos esperados de la contratación al disminuir la frecuencia esperada de lagunas en contratos futuros. Este razonamiento es de carácter teleológico y, por lo tanto, incompatible con la explicación de Benson sobre la obligación contractual **(p. 744) .** Por lo tanto, Benson debe negar la existencia de lagunas contractuales o explicar cómo los tribunales deberían llenarlas basándose únicamente en consideraciones *ex post* de autonomía.

La primera estrategia de Benson es argumentar, como Fried, que los casos que Craswel cree que constituyen lagunas contractuales no son, de hecho, verdaderos casos

de lagunas. Benson afirma que Craswel genera casos de lagunas sólo al invocar una teoría ampliamente desacreditada que limita la interpretación a la expresión del significado y no considera el significado implícito del contexto.138 Por ejemplo, Benson sostiene que una vez que se tiene en cuenta el significado contextual implícito, las doctrinas de no divulgación, error y frustración pueden justificarse sobre la base del consentimiento real y, por lo tanto, no constituyen, como afirma Craswel, reglas de fondo para llenar lagunas.139 Benson afirma que cada una de estas doctrinas se aplica cuando "una parte pretende liberarse de su deber de cumplir sobre la base de que no habría celebrado el acuerdo si hubiera sabido en ese momento lo que sabe ahora".140 Si deben ser liberadas depende, en opinión de Benson, de si su contrato excusa explícita o implícitamente el cumplimiento en las circunstancias pertinentes. En ausencia de un lenguaje expreso que aborde una condición de exención particular, Benson sostiene que se debe considerar que las partes han consentido implícitamente a los principios generales que subyacen a la obligación contractual. En particular, se debe considerar que las partes han consentido implícitamente (pero no por ello menos efectivamente) al principio de no responsabilidad por incumplimiento. Dado que las partes aceptan tácitamente los principios básicos del derecho contractual cuando asumen intencionalmente la responsabilidad contractual, y el principio de no responsabilidad por incumplimiento es uno de esos principios básicos, todas las partes contractuales deben, prima facie, interpretarse como si hubieran "asumido el riesgo de tales pérdidas".14

1 Esta interpretación prima facie puede ser refutada por evidencia de que una de las partes, expresa o implícitamente, hizo que los derechos y deberes contractuales de la otra "en efecto estuvieran condicionados a la ausencia de ciertas imperfecciones de la información".142

(p. 745) ¿Cómo deben determinar los tribunales si las partes acordaron implícitamente que una falta de divulgación, un error o una frustración de propósito en particular constituirían una excusa para el cumplimiento? Benson sostiene que un tribunal debe determinar

La intención común de las partes se puede interpretar retrospectivamente sobre la base de sus actos o voluntades manifestados, interpretados razonablemente de acuerdo con un estándar objetivo. La prueba es la siguiente: si se examinan los términos y el objeto de un contrato a la luz de las circunstancias que lo rodean, ¿podemos inferir que las partes consideraron, o debieron haber considerado, como personas razonables, que el deber de cumplir dependía tan obviamente de la no ocurrencia de una contingencia que, si se les hubiera informado de la contingencia, habrían considerado innecesario preverla explícitamente en su acuerdo? Si es así, un tribunal está justificado para encontrar una condición implícita que hace que ese deber de cumplir dependa de la ausencia de la contingencia.143

El análisis de Benson, en efecto, trata el principio de no responsabilidad por incumplimiento como una regla de fondo "interpretativa" con respecto a la cual se interpretarán las intenciones de las partes en ausencia de evidencia en contrario. Su afirmación es que este principio es de conocimiento público y, por lo tanto, constituye una fuente objetiva para interpretar el significado de los contratos. El hecho de que las partes contractuales no manifiesten una intención en contrario justifica la inferencia de que tenían la intención de que el entendimiento de fondo rigiera. A menos que la evidencia contextual establezca una intención en contrario, todas las partes realmente, aunque implícitamente, consienten en estar legalmente obligadas a cumplir independientemente de cualquier falta de divulgación, error o frustración del propósito. Por lo tanto, la teoría de Benson, como la de Fried, se basa en la distinción entre ambigüedad interpretativa y lagunas contractuales genuinas, la diferencia entre la interpretación de Fried y la interpolación. Benson sostiene que todos los casos de excusa por falta de divulgación, error y frustración pueden resolverse mediante una mera interpretación, en lugar de una interpolación, porque las partes siempre tienen la intención implícita de estar obligadas a cumplir a menos que los términos expresos o el contexto indiquen lo contrario, en cuyo caso tienen la intención implícita de que el cumplimiento esté condicionado. De cualquier manera, la cuestión es determinar la intención contractual, no llenar un vacío donde no existe intención contractual. La teoría

contractual de Benson puede, por lo tanto, resolver cuestiones de falta de divulgación, error y frustración sin adoptar una perspectiva *ex ante* que tenga en cuenta los efectos prospectivos. Estos casos, en cambio, se basan exclusivamente en una investigación *ex post* de la intención contractual de las partes, ya sea implícita o tácita. Por lo tanto, estas doctrinas no requieren que la teoría de Benson sacrifique su carácter exclusivamente teleológico.

Ahora bien, los analistas económicos como Craswel probablemente considerarían insatisfactoria esta respuesta por dos razones. En primer lugar, aunque esta visión de estas doctrinas demuestra cómo se pueden resolver estas disputas utilizando la perspectiva *ex post* , Página 26 de 45

Filosofía del derecho contractual

Benson no proporciona ninguna orientación para determinar las circunstancias en las que los tribunales permitirán o no estas excusas. En opinión de Benson, depende de la determinación por parte del tribunal de la intención real de las partes, que a su vez se descubre respondiendo a la pregunta hipotética de si las partes habrían aceptado la excusa si se les hubiera informado de ella. Benson no proporciona ninguna explicación de las circunstancias en las que los tribunales responderán a esta pregunta hipotética de forma negativa o afirmativa **(pág. 746)** . Por el contrario, los análisis económicos de estas doctrinas pretenden identificar características estructurales de las circunstancias de las partes que llevarán a un tribunal a excusar o exigir el cumplimiento.

Dado que algunas de estas teorías económicas comienzan planteando exactamente la misma pregunta hipotética que Benson, podría ser posible combinar la visión de Benson con las explicaciones más detalladas que proporciona el análisis económico. Los análisis económicos a menudo sostienen que los tribunales encuentran excusas en las circunstancias particulares que identifican porque esas son las circunstancias en las que las partes habrían aceptado esas excusas si las hubieran considerado.

Pero el análisis económico no sostiene que este acuerdo hipotético proporcione evidencia convincente de que las

partes, de hecho, aunque implícitamente, acordaron tal excusa. Justifica la práctica de excusar el cumplimiento en esas circunstancias sobre la base de que al hacerlo es probable que las partes maximicen el valor conjunto esperado de los contratos en el futuro. Pero Benson afirmaría que esas son las circunstancias en las que las partes en la disputa realmente acordaron que se excusaría el cumplimiento. Para los analistas económicos, esta inferencia es innecesaria, por lo que el análisis de Benson no agrega nada de valor a la tarea explicativa. Para Benson, sin embargo, la inferencia a la intención real es fundamental para mantener la inadmisibilidad de las consideraciones *ex ante* en la adjudicación de contratos.

La segunda razón por la que los analistas económicos probablemente consideren insatisfactoria la explicación de Benson es que estipula, en lugar de demostrar, que todas las partes realmente tienen la intención de que sus contratos no contengan excusas, a menos que exista evidencia expresa o contextual de lo contrario. La intuición de Craswel es que, al menos en algunos casos, las partes simplemente no consideran, tácitamente o de otro modo, la cuestión de si el cumplimiento debe ser excusado por una condición particular.

Benson afirma que el principio de no responsabilidad por incumplimiento es básico para el derecho contractual y que, por lo tanto, en igualdad de condiciones, todas las partes lo aceptan tácitamente. Pero la inferencia que hace Benson del principio de no responsabilidad por incumplimiento a una presunción contra la excusa plantea la cuestión. La distinción entre incumplimiento y mala conducta presupone una determinación lógica previa de las obligaciones de una parte. El que la conducta de una parte constituya mala conducta o incumplimiento depende enteramente de lo que esa parte esté obligada a hacer. Si un contrato contiene una excusa, entonces el incumplimiento constituye incumplimiento, no mala conducta. Por definición, si el cumplimiento de una parte está excusado, no tiene obligación de cumplir. Excusar el cumplimiento es, por lo tanto, perfectamente coherente con el principio de no responsabilidad por incumplimiento. De hecho, la imposición de responsabilidad ante una excusa válida violaría en sí misma el principio de no

responsabilidad por incumplimiento. Sin embargo, si un contrato no contiene una excusa, entonces, por definición, el incumplimiento constituye una mala conducta, en lugar de un incumplimiento. La imposición de responsabilidad en el caso de un cumplimiento injustificado es, por lo tanto, también coherente con el principio de no responsabilidad por incumplimiento. Por lo tanto, el principio de no responsabilidad por incumplimiento hace que la imposición de responsabilidad dependa de una determinación lógica previa e independiente de las obligaciones de las partes. El principio en sí mismo puede aplicarse solo si las obligaciones de las partes ya han sido determinadas. Por lo tanto, es lógicamente irrelevante para hacer esa determinación en primera instancia **(p. 747)** . Por lo tanto, la afirmación de Benson de que las partes tienen la intención tácita de que sus contratos no contengan excusas para el cumplimiento se basa en un argumento de petición de principio. Dado que el principio de no responsabilidad por incumplimiento no proporciona fundamentos para inferir una intención real en cuestiones de excusa, la afirmación de Benson se reduce a una mera afirmación basada, a lo sumo, en una intuición que Craswel no comparte.

Como era de esperar, el argumento de Benson no logra demostrar la imposibilidad lógica de una laguna contractual. Incluso si hubiera alguna razón para creer que la mayoría de las partes acuerdan tácitamente que el cumplimiento no será excusado, aún es posible que en algunas circunstancias, las partes no estén de acuerdo en ninguno de los dos sentidos (como una cuestión de intención subjetiva u objetiva). Fried enfatiza que el consentimiento real, incluso el meramente tácito o implícito, tiene sus límites. En su opinión, siempre serán posibles lagunas contractuales en principio. Benson evita poner a prueba su compromiso deóntico al negar la posibilidad de lagunas contractuales. Pero su argumento para esa afirmación no prospera. Benson podría afirmar que hay otros principios básicos en la cultura jurídica pública del derecho contractual a los que las partes consienten tácitamente y, por lo tanto, evitan lagunas contractuales. Este enfoque recuerda la estrategia de Fried de recurrir a principios generales del derecho para llenar lagunas contractuales. Pero como Fried reconoce las

lagunas contractuales, afirma que estos principios no forman parte del derecho contractual y, por lo tanto, evita la necesidad de afirmar que las partes consienten tácitamente en ellos. Como Benson está comprometido a encontrar tales principios dentro del derecho contractual, y sin embargo rechaza las justificaciones teleológicas dentro del derecho contractual, se ve obligado a argumentar que todos necesariamente dan su consentimiento tácito a todos los principios subyacentes al derecho contractual. Fried se resiste a la afirmación de que el consentimiento puede extenderse hasta ese punto. Al afirmar esa afirmación, Benson corre el riesgo de diluir la normativa.

Filosofía del derecho contractual

Importancia del consentimiento.

El análisis que Benson hace de los daños por expectativa ilustra la misma tendencia a eludir la cuestión de las lagunas contractuales definiéndolas. Craswel sostiene que la cuestión de qué remedio tiene derecho una parte en caso de incumplimiento no suele abordarse en los contratos y, por lo tanto, constituye una laguna que debe llenarse. Benson sostiene que los daños por expectativa, al igual que el principio de no responsabilidad por incumplimiento, son simplemente una parte constitutiva del derecho contractual. Pero a diferencia de su análisis de las doctrinas de error, divulgación y frustración, Benson no sugiere que la regla de la expectativa constituya, por lo tanto, una regla de fondo "interpretativa" que cree un caso prima facie para los daños por expectativa en ausencia de manifestación contraria de intención de las partes. En cambio, parece argumentar que la mejor justificación pública del derecho contractual incluirá necesariamente los daños por expectativa en todos los contratos porque es el único remedio coherente con las ideas normativamente fundamentales que subyacen al derecho contractual. Desde este punto de vista, los daños por expectativa son indispensables para mantener y explicar la estructura distintiva del derecho contractual porque cualquier otro remedio sería incompatible con la idea exclusivamente contractual de que la transferencia de propiedad tiene lugar en el momento de la formación, en lugar de en el momento de la ejecución.144 La defensa de Benson de la

medida de los daños por expectativa **(p. 748)** equivale a afirmar que el destinatario de la promesa que aceptó una oferta tiene necesariamente derecho al cumplimiento prometido o su equivalente. Por lo tanto, la afirmación de Benson es que Craswel malinterpreta la cuestión del remedio contractual como una laguna contractual, no porque las partes acuerden implícitamente el remedio por expectativa, sino porque el derecho a los daños por expectativa es analítico: la idea misma de un contrato lo implica. Pero en lugar de evitar la cuestión de Craswel, al interpretar el remedio por expectativa como analítico, Benson simplemente lo vuelve a plantear en un nivel más alejado.

La afirmación de Benson es que cuando *A* promete *a B* "hacer X", esa promesa implica el derecho de *B al cumplimiento de X por parte de A* o su equivalente. Cualquier otro remedio sería incompatible con la idea de que el contrato transfiere de *A* a *B* en el momento de la formación el derecho al cumplimiento de X por parte de *A.* Pero la pregunta de Craswel puede reformularse en el marco analítico de Benson. La pregunta de Craswel es cómo interpretar la promesa de *A a B.* Es posible que la promesa de *A* sea "hacer X", sujeta a la calificación implícita de que en caso de que no haga X, su única obligación será reembolsar *a B* por cualquier daño sufrido debido a la confianza perjudicial de *B en* la promesa de *A.* Alternativamente, también es posible que *A* haya hecho su promesa sin considerar si *B* debería tener derecho a una indemnización por expectativas o por confianza por su incumplimiento de X. En ambos casos, la afirmación de Benson de que las indemnizaciones por expectativas son analíticas no ofrece ninguna garantía sobre la cantidad que *A* debe pagar *a B* en caso de incumplimiento. Si un tribunal determina que la promesa de *A* era "hacer X o pagar una indemnización por confianza", entonces, en términos de Benson, un tribunal concede una indemnización por expectativas al exigir *a A* que pague la indemnización por confianza de *B , no* la expectativa de *B (es decir, el valor que B* habría recibido si *A* hubiera hecho X). Si un tribunal determina que *A* simplemente no consideró, tácitamente o de otro modo, el remedio adecuado por su incumplimiento de X, entonces exigir *a A* que pague la expectativa de *B* no

puede justificarse sobre la base de que la expectativa es analítica para el contrato. Así definida, la expectativa simplemente requiere que el promitente le dé al destinatario de la promesa su expectativa. Pero la expectativa del destinatario de la promesa depende de lo que se prometió. En un caso de brecha real, la promesa no dice nada sobre qué remedio se prometió, por lo que el remedio de expectativa, como lo concibe Benson, no puede proporcionar ninguna orientación sobre lo que *A* debería estar obligado a pagar *a B.* La expectativa simplemente requiere que *A* pague *a B* el valor de su promesa, pero no proporciona ninguna ayuda para determinar el contenido de la promesa de *A.* Por lo tanto, el problema con el análisis de expectativa de Benson es exactamente el mismo que el problema con su análisis de no divulgación, error y frustración. En ambos casos, los principios que invoca presuponen la respuesta a la pregunta que los usa para responder. Así como el principio de no responsabilidad por incumplimiento presupone, y por lo tanto no puede determinar, una determinación previa **(p. 749)** de las obligaciones de las partes, la concepción analítica de expectativa en la que se basa Benson presupone una determinación previa de, y por lo tanto no puede determinar, el contenido de la promesa. Como las promesas pueden contener una cláusula que regule la obligación del promitente en caso de incumplimiento, la concesión de una reparación basada en la expectativa, tal como la concibe Benson, requiere una determinación previa de la reparación prometida a la que tiene derecho el destinatario de la promesa. En resumen, la concepción analítica de la expectativa de Benson es independiente del contenido. Ordena a un tribunal que haga cumplir el acuerdo de las partes, pero no proporciona ninguna orientación para interpretar el contenido de ese acuerdo. Y es precisamente esa determinación la que lleva a Craswel a buscar una regla interpretativa supletoria.

Benson evita esa búsqueda sólo estipulando una definición analítica y vacía de expectativa que descarta el problema de una brecha contractual genuina.

Así, la respuesta de Benson a la crítica de Craswel insiste en mantener la perspectiva *ex post* , pero lo hace al no explicar los resultados de los casos y descuidando explicar

cómo los tribunales resuelven o deberían resolver las lagunas contractuales genuinas.

Sin embargo, a diferencia de Fried, Benson no puede valerse de las diversas justificaciones teleológicas para adoptar reglas de relleno de brechas. Presumiblemente, Benson se siente obligado a rechazar la lógica de Fried para el relleno de brechas, como la maximización de la libertad individual y el objetivo análogo de minimizar la brecha entre la intención subjetiva y objetiva para el futuro. Página 28 de 45

Las partes, ambas inadmisiblemente teleológicas. Una vez que se admite que las lagunas contractuales genuinas son posibles y no se pueden eliminar por definición mediante técnicas analíticas, Benson se enfrenta a la misma encrucijada que Fried al ceder terreno a los argumentos teleológicos. Pero una vez que admite la posibilidad de lagunas contractuales genuinas, es difícil ver cómo puede adoptar la posición de que (a diferencia de la opinión de Fried), la subsanación de lagunas debe tener lugar dentro del derecho contractual y que no se pueden utilizar argumentos teleológicos para justificar las normas de subsanación de lagunas. Si el consentimiento se agota, algo más debe reemplazarlo. Sin embargo, no es fácilmente evidente qué otros hechos sobre las partes y su transacción serían relevantes para subsanar una laguna desde una perspectiva *ex post* en la adjudicación. A menos que Benson finalmente esté de acuerdo con Fried en que las lagunas genuinas caen fuera del dominio del derecho privado, el compromiso de su teoría con la perspectiva *ex post* parece incapacitarla para abordar el problema de las lagunas contractuales.

4 Conclusión

Las teorías contractuales contemporáneas comparten la ambición de descubrir una coherencia y consistencia internas en el derecho contractual. Tal descubrimiento promueve tanto los objetivos pragmáticos de la abogacía, el diseño jurídico y la adjudicación, como el objetivo normativo de justificar la coerción ejercida a través del

derecho contractual. A pesar de esta ambición compartida, las teorías contractuales económicas y deónticas parecen estar en desacuerdo en todo momento. **(p. 750)** Muchos de los desacuerdos aparentemente de primer orden entre las teorías contractuales económicas y deónticas reflejan de hecho desacuerdos implícitos de segundo orden sobre el estatus como derecho de los enunciados doctrinales y los resultados de casos puros, las prioridades relativas de las empresas normativas y explicativas de la teoría contractual, y la importancia y naturaleza de las explicaciones de los límites conceptuales entre el derecho contractual, las otras áreas del derecho privado y el derecho público. He sugerido que las teorías contractuales deónticas tienden a tratar las declaraciones doctrinales, en lugar de los resultados de los casos, como la esencia del derecho contractual, otorgan primacía al proyecto normativo de la teoría contractual y, en relación con ello, consideran que la necesaria distinción del derecho contractual respecto de otros cuerpos jurídicos es una característica esencial del derecho contractual que cualquier teoría contractual adecuada debe explicar. En contraste, las teorías económicas del contrato tienden a tratar los resultados de los casos simples como la esencia del derecho contractual, otorgan primacía al proyecto explicativo de la teoría contractual e intentan explicar afirmativamente, en lugar de explicar, la distinción conceptual aparentemente necesaria del derecho contractual.

Sin embargo, no he sostenido que ninguna de estas tendencias metodológicas sea en sí misma un compromiso necesario de las teorías deónticas o económicas del contrato. Mi postura es que las teorías mejor desarrolladas de cada tipo evidencian estas tendencias, y que prestarles atención ayuda a entender por qué los teóricos deónticos y económicos a menudo tienen objetivos contrapuestos, en lugar de estar enfrentados. Sorprendentemente, la única cuestión metodológica que parece más probable que implique compromisos lógicamente opuestos en las teorías deónticas y económicas del contrato resulta no explicar ninguna diferencia sistemática entre estos enfoques. Por lo tanto, la fuerte asociación entre las teorías deónticas y la perspectiva *ex post* , y las teorías económicas y la perspectiva *ex ante* , no explica las diferentes posiciones

normativas y explicativas que estas teorías proponen. Si bien Benson profesa un compromiso deontológico contra el relleno de lagunas, porque se basa en argumentos infructuosos para negar la posibilidad de lagunas contractuales, no está claro que tenga una posición *ex post sostenible* sobre las lagunas contractuales. Puede que, en última instancia, se vea obligado a permitir que se incluyan consideraciones teleológicas, por ejemplo, siguiendo a Fried y relegando las lagunas al derecho no contractual. Pero está claro que, para Fried, lo que parecen ser profundos desacuerdos de segundo orden sobre cuál de estas perspectivas es la más apropiada para la adjudicación resultan, en la mayoría de los casos, desacuerdos de primera orden de buena fe sobre cómo deben interpretarse determinados contratos. Los teóricos deónticos tienden a contentarse con dejar la interpretación a los caprichos del contexto y a las "interpretaciones de fondo compartidas", mientras que los economistas tienden a exigir criterios más firmes y operativos para la interpretación de los contratos. En este sentido, ambas empresas se beneficiarían de los esfuerzos por aclarar el significado de los términos expresos, así como las interpretaciones de fondo particulares en varios contextos comerciales comunes. La diferencia entre los teóricos deónticos y económicos en este sentido probablemente se explica mejor por la aspiración histórica del análisis económico del derecho a ser una ciencia cuasi-empírica y el desarrollo histórico de las teorías deónticas del derecho como aplicaciones directas de la teoría puramente filosófica. Es fácil entender, por tanto, por qué los analistas económicos se esforzarían en sustituir las vagas investigaciones interpretativas **(p. 751)** por pruebas operacionales predictivamente válidas, mientras que los teóricos deónticos, familiarizados y cómodos con las preguntas perennes de la filosofía del lenguaje, no verían razón o forma de evitar conclusiones que dejan la ley sujeta a la profunda complejidad y la indeterminación última del significado.

Los compromisos metodológicos que subyacen a los análisis de la teoría contemporánea de los contratos pueden no ser lógicamente obligatorios, pero se evidencian sistemáticamente, en diversos grados, en las principales teorías que he considerado.

Al prestar atención a estas diferencias, los teóricos contractuales pueden reemplazar los debates inútiles por investigaciones más fructíferas sobre los puntos genuinos de desacuerdo y comenzar a evaluar las teorías de los demás según los criterios que les resulten más apropiados. En última instancia, la esperanza es que al exponer estas diferencias metodológicas, se pueda desarrollar una teoría contractual más completa que articule y defienda claramente sus compromisos metodológicos y proporcione una explicación y justificación más integrales del derecho contractual.

Notas:

Agradezco a Barry Adler, Jules Coleman, John Goldberg, Steve Hetcher, Chris Kutz, Stephen Perry, Bob Rasmussen, Alan Schwartz, Bob Scott y Scott Shapiro por sus útiles comentarios. También agradezco a los participantes en los talleres realizados en el seminario GALA de la Universidad de California en Berkeley, la Facultad de Derecho de la Universidad George Mason, la Facultad de Derecho de la Universidad de Vanderbilt, la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia y la Sexta Conferencia Anual de Filosofía Jurídica Analítica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

(1) Michael Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993) (en adelante, *Limits*). Sigo a Trebilcock al centrarme casi exclusivamente en las teorías contractuales de valor único o "monistas", y no considero las teorías contractuales de valor múltiple o "pluralistas". Las teorías contractuales pluralistas invocan la autonomía, la eficiencia, la moralidad, las normas sociales, la política, la experiencia y otros valores para explicar y justificar las doctrinas contractuales. Trebilcock, en última instancia, respalda este enfoque, al igual que Melvin Eisenberg. El desafío para estas teorías, como el desafío para las teorías normativas pluralistas en general, es explicar cómo se pueden defender sus explicaciones y justificaciones en ausencia de un principio maestro para ordenar los valores en competencia que invocan.

Las teorías que aquí analizo pretenden ofrecer explicaciones y justificaciones derivadas del valor único de la autonomía o del bienestar, cualquiera sea su definición. Por lo tanto, pretenden explicar y justificar el derecho contractual haciéndolo coherente en virtud de un principio explicativo/justificativo único.

(2) ibid. en 22. La principal fuente de Trebilcock para la afirmación es la famosa declaración de Milton Friedman de que '[l]a posibilidad de coordinación a través de la cooperación voluntaria se basa en la proposición elemental -aunque frecuentemente negada- de que ambas partes de una transacción económica se benefician de ella, *siempre que la transacción sea bilateralmente voluntaria y informado* '. Milton Friedman, *Capitalismo y libertad* (Chicago: University of Chicago Press, 1962), 13.

(3) En el lenguaje del filósofo, la convergencia sostiene que las teorías contractuales de autonomía y bienestar son intencionalmente incompatibles pero extensionalmente equivalentes.

(4) Richard Craswel, 'Derecho contractual, reglas predeterminadas y la filosofía de la promesa', *Michigan Law Review* , 88

(1989), 395 (en adelante, 'Reglas por defecto').

(5) Sin embargo, Trebilcock sostiene que tanto las teorías deónticas como las consecuencialistas son "válidas por derecho propio". Como carece de una "metateoría que pondere y clasifique estos diversos valores", sostiene que ambos valores deberían perseguirse en diversas instituciones sociales y jurídicas según la competencia relativa de esas instituciones. Trebilcock, *Limits* , supra n. 1, pág. 248.

(6) Esbozo la estructura que podría adoptar un esfuerzo teórico de este tipo en Jody S. Kraus, 'Reconciling Autonomy and Efficiency in Contract Law: The Vertical Integration Strategy', *Philosophical Theory* , suppl. to *Nous* (próximamente en 2001); Jody S. Kraus, 'Legal Theory and Contract Law: Groundwork for the Reconciliation of Autonomy and Efficiency', *Journal of Social, Political, and*

Legal Philosophy (próximamente en 2002). Para intentos de proporcionar una justificación rawlsiana limitada para elegir reglas eficientes en contextos legales particulares, véase también Daniel A. Farber, 'Economic Efficiency and the Ex Ante Perspective', *The Jurisprudence of Corporate and Commercial Law* , ed. Jody S. Kraus y Steven D. Walt (Cambridge [Inglaterra]; Nueva York: Cambridge University Press, 2000); Alan Schwartz,

'Propuestas para la reforma de la responsabilidad por productos: una síntesis teórica', *Yale Law Journal* , 97 (1988), 353, 357–67.

(7) Randy Barnett también tiene una teoría bien desarrollada del derecho contractual, pero tal como se ha desarrollado ya no califica claramente como una teoría puramente deóntica. Explico las opiniones de Barnett y evalúo hasta qué punto evidencian los compromisos metodológicos discutidos aquí, en 'Theories of Contract' que aparecerá en E. Zalta (ed.), *The Stanford Enciclopedia de Filosofía* (en línea), ed. L. Murphy y J. Raz, secciones sobre filosofía del derecho (próximamente, 2002).

(8) Irónicamente, es la asociación de la perspectiva *ex post* en la adjudicación con las teorías deontológicas, y la *ex* La perspectiva *ante* , en comparación con las teorías económicas, es la que ofrece más promesas por ser lógica y

Filosofía del derecho contractual

La oposición metodológica entre teorías de la autonomía y teorías económicas del contrato se ve obligada por el principio fundacional de cada teoría. Sin embargo, esta es la única oposición metodológica que, tras el análisis, resulta explicar los desacuerdos sustantivos entre las teorías de la autonomía y las teorías económicas del contrato sólo para tipos particulares de teorías de la autonomía, como la de Benson. Las objeciones económicas a las afirmaciones de primer orden de las teorías de la autonomía más prevalecientes, como la de Fried, no pueden rastrearse hasta el conflicto entre las teorías económicas del contrato y las teorías económicas del *contrato.* Perspectivas *post* y *ex ante* en la adjudicación.

(9) Véase Brian Leiter, 'Repensando el realismo legal: hacia una jurisprudencia naturalizada', *Texas Law Review* , 76

(1997), 267.

(10) En este sentido, el análisis económico comparte la visión del derecho que Dennis Patterson atribuye a Langdel: que "el estado del derecho puede adivinarse a partir de los principios subyacentes". Dennis Patterson, "Symposium on Taking Legal Argument Seriously: Taking Commercial Law Seriously: From Jurisprudence to Pedagogy", *Chicago-Kent Law Review* , 74 (1999), 625, 626. Sin embargo, aunque esta visión respaldó el primer intento de Langdel de identificar (o quizás imponer) el conjunto de principios que definen el derecho contractual, el éxito de su intento tuvo el efecto de canonizar esos principios en doctrinas que llegaron a ser consideradas como el derecho en sí. Así, incluso mientras Langdel subordinaba las declaraciones doctrinales a los resultados al adivinar el derecho de los contratos, el acto mismo de enunciar los principios subyacentes sirve para subordinar los resultados posteriores (y los resultados inconsistentes previos) al mismo tiempo que fundamenta su propia afirmación de autoridad en los resultados de los casos, en lugar de las declaraciones doctrinales.

(11) Así, según el primer enfoque, los analistas económicos pueden afirmar plausiblemente que sus interpretaciones proporcionan una explicación rigurosa y operativa, pero aún así fiel, de lo que la mayoría de la gente entendería que significan esos términos. Pero según el segundo enfoque, los analistas económicos proporcionan análisis de casos que simplemente no pueden calificar como interpretaciones plausibles del significado claro del lenguaje de la doctrina. Un claro ejemplo de tal análisis es la interpretación económica de la teoría de negociación de la contraprestación, que se analiza en la siguiente sección. La teoría económica interpreta el requisito de que la contraprestación sea efectivamente negociada como un requisito de que la promesa se haga en un

'contexto de negociación', incluso si no se lleva a cabo ninguna negociación real.

(12) Como dice un teórico deóntico: “Afirmo, sin tomarme el tiempo de demostrarlo, que la mayoría de los economistas legales tienen poco o ningún respeto teórico por el razonamiento del common law. Para la mayoría, el common law es una caja negra que produce material para el millar de eficiencia. El hecho de que las normas del common law parezcan tan a menudo eficientes sigue siendo un misterio y los economistas han dejado de intentar explicarlo desde hace mucho tiempo”. Randy E. Barnett, “... And Contractual Consent”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal* , 3 (1993), 421, 437.

(13) El análisis económico utiliza enunciados doctrinales como mecanismos para clasificar casos fácticamente similares en categorías de casos que probablemente compartan la misma explicación de principios. Esta opinión fue expresada a veces por Karl Llewel yn, el principal redactor del Artículo 2 del UCC, quien elogió el Artículo 2 por su utilidad como " *una forma fácil de y un sistema de archivo eficaz* para los casos. Karl Llewel yn, 'Por qué necesitamos el Código Comercial Uniforme', *Universidad de Florida Law Review* , 10 (1957), 367 en 369.

(14) Ronald Dworkin, *El imperio del derecho* (Nueva York: Columbia University Press, 1986).

(15) Véase John Rawls, *Political Liberalism* (1993) (en adelante *Political Liberalism*). Por supuesto, la idea de justificación pública y razón pública es mucho más rica que esto. El núcleo de la idea es que las justificaciones públicas pueden invocar sólo aquellas afirmaciones normativas con las que todas las personas razonables están de acuerdo. Véase ibíd., cap. VI.

(16) Sin embargo, un teórico deóntico podría rechazar la significación jurídica de los resultados incorpóreos sin adoptar una interpretación de las doctrinas en sentido claro. Aunque la mayoría de los teóricos deónticos apoyan implícitamente una interpretación de las doctrinas en sentido claro, la esencia de su desacuerdo con las teorías económicas radica en su rechazo de la significación jurídica de los resultados incorpóreos y su opinión de que el derecho consiste en las doctrinas invocadas en las

opiniones judiciales, independientemente de cómo se interpreten.

(17) La presentación que hace Richard Posner del análisis económico del derecho constituye un ejemplo clásico de su prioridad explicativa: «En contraste con el énfasis fuertemente normativo de la mayoría de los escritos, tanto jurídicos como económicos, sobre el derecho, el libro enfatiza el análisis positivo: el uso de la economía para arrojar luz sobre los principios del sistema jurídico en lugar de para cambiar el sistema». Richard Posner, *Economic Analysis of Law* , 3.ª ed. (Boston: Little, Brown, 1986).

(18) Un ejemplo reciente notable es el esfuerzo reciente de Lewis Kaplow y Steven Shavel por defender un análisis económico puramente normativo del derecho, incluido el derecho contractual. *Véase* Lewis Kaplow y Steven Shavel, 'Principles of Fairness Page 31 of 45

Versus Human Welfare: On the Evaluation of Legal Policy', *Harvard Law Review* , 114 (2001), 961. Para una evaluación de su proyecto, véase Jules L. Coleman y Jody S. Kraus, 'Review of Kaplow and Shavel's *Principles of* '*Justicia versus bienestar humano: sobre la evaluación de la política jurídica* ' (manuscrito) (próximamente, 2002).

(19) Los analistas económicos suelen explicar y justificar las distinciones entre las distintas áreas del derecho basándose en la competencia institucional comparativa. Para una excelente descripción general de este tipo de análisis, *véase* Neil Komesar, *Imperfect Alternativas: elección de instituciones en derecho, economía y políticas públicas* (Chicago: University of Chicago Press, 1994).

(20) Cabe señalar también que los analistas económicos suelen ser escépticos respecto de la capacidad normativa del principio de autonomía en el derecho contractual, porque la gran mayoría de los participantes en las transacciones son corporaciones y no individuos. Los intereses de autonomía en las transacciones corporativas son, como mínimo, menos directos en los contratos entre personas que actúan como agentes de corporaciones que

en los contratos entre personas que actúan en su capacidad individual. Pero esto no quiere decir que los valores de autonomía no estén en juego cuando actúan las corporaciones. Tanto la autonomía de los agentes como la de los individuos representados por las corporaciones pueden estar en juego. No obstante, los teóricos deónticos tienen la carga de explicar cómo se aplican los principios de autonomía en los contratos entre corporaciones.

(21) Los teóricos deónticos conceden uniformemente prioridad a la tarea normativa de la teoría de los contratos, que consiste en evaluar si el derecho contractual está justificado. En principio, esta tarea es neutral en cuanto a la cuestión de si el derecho contractual está justificado. Sin embargo, la mayoría de las teorías deónticas del derecho contractual bien desarrolladas se ocupan de esta tarea normativa al plantear un argumento afirmativo para la justificación del derecho contractual. Por ejemplo, tanto Fried como Benson ofrecen una justificación afirmativa del derecho contractual. Pero en sí misma, la prioridad de la tarea normativa de la teoría de los contratos no tiene necesariamente que ver con demostrar que el derecho contractual está de hecho justificado. La tarea normativa simplemente busca la respuesta correcta a la pregunta de si el derecho contractual está justificado.

(22) Véase Charles J. Goetz y Robert E. Scott, 'Cumplimiento de promesas: un examen de la base del contrato', *Yale Law Journal* , 89 (1980), 1261 (en adelante, 'Cumplimiento de promesas').

(23) Grant Gilmore, *The Death of Contract* , 2.ª ed. (Columbus: Ohio State University Press, 1995), 15. Gilmore puede estar un poco en broma aquí.

(24) ibíd., págs. 22-3.

(25) ibíd., págs. 47-49.

(26) La sugerencia de que los defensores de las teorías morales deontológicas podrían haberse sentido atraídos por el derecho contractual debido a los orígenes del derecho contractual en el formalismo de Langdel no pretende, sin embargo, sugerir que los teóricos deontológicos del

contrato aceptarían las características formalistas particulares que Langdel atribuyó al derecho contractual. Por ejemplo, Fried, un teórico kantiano del contrato, rechaza la doctrina de la contraprestación a pesar de que es un pilar central en el edificio formalista del derecho contractual de Langdel. Es la aspiración a la coherencia interna formal lo que podría invitar a la aplicación de los sistemas normativos formalistas deontológicos, no necesariamente todas las características formalistas particulares que ha adquirido el derecho contractual.

(27) Para un análisis de la autoconcepción científica del análisis económico, véase Brian Leiter, 'Holmes, Economics, and Classical Realism', en *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* , ed. SJ.

Burton (Cambridge, Nueva York: Cambridge University Press, 2000), 285–325 (con una respuesta de Jody S. Kraus en 326–

32).

(28) El debate clásico entre estas posiciones tuvo lugar hace veinte años, cuando Richard Posner se enfrentó a Ronald Dworkin. Posner sostuvo que los jueces deberían decidir casos difíciles creando una regla que fuera en el mejor interés de la mayoría de las partes en el futuro. Dworkin sostuvo que esa regla era injusta porque no respetaba los derechos de los litigantes. La objeción de Dworkin era, en esencia, la objeción de Kant a tratar a las personas como meros medios en lugar de fines en sí mismas. Dworkin admitió que la posición de Posner era perfectamente defendible en el contexto de la legislación, que sólo tiene efectos prospectivos. Pero como el propósito de la adjudicación es resolver disputas, sus efectos son, ante todo, retrospectivos. Véase, por ejemplo, Ronald Dworkin, '¿Es la riqueza un valor?', *Journal of Legal Estudios* , 9 (1980), 191; Ronald Dworkin, '¿Por qué la eficiencia?', *Hofstra Law Review* , 8 (1980), 563; Richard Posner,

'La base ética y política de la norma de eficiencia en la adjudicación de casos en el derecho consuetudinario',

Hofstra Law Review , 8 (1980), 487; Richard Posner, 'Utilitarismo, economía y teoría jurídica', *Journal of Legal Studies* , 8 (1980), 191.

(29) Véase más adelante, Secc. 2.4.

(30) 'Comienzo con una exposición de la concepción central del contrato como promesa. Esta es mi versión de la visión clásica del contrato propuesta por la teoría de la voluntad e implícita en la afirmación de que el contrato ofrece un fundamento distinto y obligatorio de obligación.' Charles Fried, *Contract as Promise* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981), 5–6.

(31) ibíd., pág. 6.

(32) Fried es muy claro al afirmar que su teoría es, en primer lugar y sobre todo, una respuesta a tres tipos de ataques extendidos a la coherencia interna y la singularidad del derecho contractual que eran entonces corrientes en la literatura sobre contratos (los ataques son de Atiyah, Friedman, Gilmore, Horwitz, Kennedy, Kronman y Macneil). De hecho, al comienzo de su proyecto Fried escribe: "Simplemente expondré [la idea central de las opiniones de estos críticos] para que mis lectores tengan claro contra qué estoy reaccionando" (ibid. en 3). Cada ataque niega que el derecho contractual pueda ser distinto y coherente internamente mediante cualquier principio, incluido el principio de la obligación autoimpuesta de la teoría de la voluntad. El primer ataque se basa en el análisis histórico para demostrar la historia tanto distante como reciente del control colectivo sobre una amplia gama de cuestiones que deberían estar libres de dicho control según la teoría de la voluntad del contrato. Fried responde a este ataque defendiendo las credenciales normativas, en lugar de explicativas, del contrato como promesa. Fried afirma que no se trata de un contrato como promesa, sino del principio de promesa en sí mismo. Luego sostiene que la vacilación histórica y contemporánea en la aceptación social del principio de promesa no tiene relación con su

validez moral. El segundo ataque rechaza la teoría de la voluntad porque no puede explicar la recuperación contractual basada en la confianza o en los beneficios pasados. Fried responde relegando los casos basados en la confianza o en los beneficios pasados a áreas distintas del derecho contractual, como el derecho de responsabilidad civil. El tercer ataque sostiene que la noción de una obligación autoimpuesta es en sí misma incoherente. Fried defiende la coherencia del principio de obligación autoimpuesta al respaldar una teoría kantiana de los derechos basada en el significado moral de la confianza (ibid., págs. 83-91). Cada una de las respuestas de Fried refleja su opinión de que el derecho contractual puede y debe concebirse como un área internamente coherente y distinta del derecho dedicada exclusivamente a reivindicar las obligaciones morales generadas por el principio de promesa.

(33) Fried afirma de diversas maneras que proporciona una explicación de doctrinas contractuales particulares (por ejemplo, Fried escribe que el contrato como promesa "genera la estructura y explica las complejidades de la doctrina contractual", ibíd. en la pág. 6), que proporciona una justificación moral para el derecho contractual (por ejemplo, Fried afirma que el principio de promesa es "la base moral del derecho contractual", ibíd. en la pág. 1), y que ofrece soluciones "a los enigmas perennes" del derecho contractual (ibíd. en la pág. 132). Pero su afirmación central es que el contrato como promesa explica la "unidad esencial" del derecho contractual (ibíd. en la pág. 6), y "que el contrato ofrece un fundamento distinto y obligatorio de obligación" (ibíd.). Véase también Peter Benson, "Contract", en *A Companion to Philosophy of Derecho y teoría jurídica* , ed. Dennis Patterson (Cambridge, Mass.: Blackwel Publishers, 1996), 24, pág. 37 ('El objetivo central de Fried es reivindicar el carácter distintivo del contrato y la primacía del interés de la expectativa').

(34) La tesis de Fried sostiene que el derecho contractual, *y sólo el derecho contractual* , hace cumplir la obligación moral de cumplir las promesas. Por lo tanto, es propiamente una forma de la tesis de la distintividad. Pero para el propósito normativo que motiva a Fried, sólo necesita plantear la afirmación de que el derecho

contractual hace cumplir la obligación moral de cumplir las promesas. Una defensa adecuada de la afirmación de que el derecho contractual está justificado por el principio de promesa no requiere necesariamente que ningún otro cuerpo de leyes haga cumplir también el principio de promesa. No obstante, Fried afirma la tesis de la distintividad completa.

(35) La primera oración del libro de Fried declara su intención de argumentar que el principio de promesa es "la base moral del contrato" (ibid., pág. 1). Fried sostiene que " [e]l régimen del derecho contractual, que respeta las disposiciones que los individuos hacen de sus derechos, lleva a su conclusión natural la premisa liberal de que los individuos tienen derechos. Y la teoría de la voluntad del contrato, que considera que las obligaciones contractuales son esencialmente autoimpuestas, es una implicación justa del individualismo liberal" (ibid., pág. 2).

(36) Fried presenta su argumento como una defensa de la teoría de la voluntad. Según Fried, la teoría de la voluntad "considera las obligaciones contractuales como esencialmente autoimpuestas" (ibid. en 2). Su versión de la teoría de la voluntad afirma que "el principio de promesa" es

"la base moral del derecho contractual". El principio de promesa es "el principio por el cual las personas pueden imponerse obligaciones que antes no existían" (ibid., pág. 1). La defensa que hace Fried de la teoría de la voluntad comienza explicando cómo es posible prometer. Sostiene que la promesa es posible gracias a la existencia de una convención social que define la práctica de prometer. Según Fried, esa práctica mejora la autonomía al permitir que los individuos transformen una actividad moralmente opcional en una actividad moralmente obligatoria. Fried explica el principio de promesa en la página 33 de 45

La fuerza de tal convención se ve reforzada por el argumento de que romper una promesa constituye una violación de la confianza: "Existe una convención que define la práctica de prometer y sus implicancias. Esta

convención proporciona una manera en que una persona puede crear expectativas en los demás. En virtud de los principios kantianos básicos de confianza y respeto, es incorrecto invocar esa convención para hacer una promesa y luego romperla" (ibid., pág. 17).

(37) Para una presentación lúcida de la explicación de Fried sobre la obligación moral de cumplir promesas, véase Benson, 'Abstract Right and the Possibility of a Non-distributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory', *Cardozo Law Review* , 10 (1989), 1077, pp. 1098-1103. Para su crítica mordaz de que la concepción de Fried de la autonomía es en el fondo teleológica, véase ibid. 1103-1117.

(38) Descrita así, la defensa que Fried hace de la reivindicación de la distinción es analítica: en virtud de su definición estipulativa, cualquier caso que no pueda interpretarse plausiblemente como que hace cumplir el principio de promesa no califica como un caso genuino de contratos. Fried descarta a priori la posibilidad de un contraejemplo genuino por mandato argumentativo. La única manera en que Fried podría evitar caer en un círculo vicioso al defender su reivindicación de la distinción sería establecer de antemano criterios *independientes de la teoría* para determinar si un caso, y la doctrina en virtud de la cual se decidió, son genuinamente parte del derecho contractual. Pero Fried podría evitar este problema redefiniendo su proyecto. En lugar de seguir a sus contemporáneos en el debate sobre la naturaleza "verdadera" del derecho contractual, Fried podría simplemente afirmar que el principio de promesa está disponible para explicar y, por lo tanto, justificar gran parte de lo que normalmente se considera derecho contractual. Poco parece estar en juego al decidir si esos casos y doctrinas que no pueden explicarse y justificarse de esa manera constituyen, no obstante, derecho contractual "genuino". La afirmación fundamental de Fried, después de todo, es que el individualismo liberal y el principio de promesa que lo acompaña exigen y, por lo tanto, justifican gran parte del derecho contractual moderno, aunque no pueden justificar de manera similar algo de lo que se considera (correcta o incorrectamente) derecho contractual. Esta redescripción del proyecto explicativo de

Fried lo libera de la carga de justificar afirmaciones conceptuales poco interesantes sobre la verdadera naturaleza del derecho contractual.

(39) La posición de Fried es que todas las promesas, incluidas las promesas de obsequios, deben cumplirse, siempre que las partes tengan la intención de que se cumplan legalmente, sean voluntarias, racionales y deliberadas, y no creen efectos ilegítimos para terceros: "Permitir que las personas *hagan* obsequios (supongamos que libremente, deliberadamente, razonablemente) sirve a la utilidad social al servir a la libertad individual. Dado el análisis de la promesa del capítulo anterior, simplemente no hay motivos para no extender esa conclusión a *las promesas* de hacer obsequios. ... Mi conclusión es ... que la doctrina de la contraprestación no ofrece una base alternativa coherente para la fuerza de los contratos, al tiempo que sigue tratando la promesa como necesaria para ella. ... A lo largo del camino hacia esta conclusión he hecho o implícito una serie de salvedades a mi tesis.

La promesa debe ser hecha libremente y no injusta. ... También debe haber sido hecha de manera racional, deliberadamente. El promitente debe haber sido lo suficientemente serio como para que la ejecución legal posterior fuera un aspecto de lo que debería haber contemplado en el momento en que prometió. Finalmente, ciertas promesas, en particular las que afectan la situación y las expectativas de varios miembros de la familia, pueden requerir una regulación sustantiva debido a los intereses legítimos de terceros. *Contract as Promise* , n. 30, págs. 37-8.

(40) Fried admite que su teoría no puede explicar los patrones de ejecución en el derecho contractual estadounidense: 'Concluyo que la vida del contrato es de hecho una promesa, pero esta conclusión no es exactamente una declaración de derecho positivo.

"Hay demasiadas lagunas en la aplicación de las promesas en el derecho consuetudinario como para permitir una afirmación tan atrevida. Mi conclusión es más bien que la doctrina de la contraprestación no ofrece una base alternativa coherente para la fuerza de los contratos, al

tiempo que sigue considerando que la promesa es necesaria para ello" (ibid., pág. 38).

(41) Fried identifica la doctrina de la contraprestación con dos proposiciones: '(A) La contraprestación que en derecho convierte una mera promesa en una obligación contractual es algo, o la promesa de algo, dado a cambio de la promesa. (B) El derecho no está en absoluto interesado en la suficiencia de la contraprestación. La bondad del intercambio es algo que las partes deben juzgar únicamente; al derecho solo le interesa que haya *un* intercambio' (ibid. at29). La primera proposición parafrasea R2d. §71(1) y (2): '(1) Para constituir una contraprestación, debe negociarse una prestación o una promesa de devolución. (2) Una prestación o promesa de devolución se negocia si es solicitada por el promitente a cambio de su promesa y es dada por el prometido a cambio de esa promesa'. La segunda proposición parafrasea R2d. §79: 'Si se cumple el requisito de la contraprestación, no hay ningún requisito adicional de (a) una ganancia, ventaja o beneficio para el promitente o una pérdida, desventaja o detrimento para el beneficiario de la promesa; o (b) equivalencia en los valores intercambiados; o (c) “mutualidad de obligaciones”'.

(42) *El contrato como promesa* , supra n. 30, pág. 33.

(43) ibíd., pág. 35.

(44) ibíd.

(45) Para los presentes propósitos, la exactitud de la interpretación de Fried de las proposiciones A y B (sus versiones parafraseadas de R2d. §§ 71 y 79) no es relevante.

(46) Es significativo que Fried concluya que "[*la teoría del trato*] no ofrece *ningún* conjunto consistente de principios de los cuales se derivarían todas estas decisiones", ibid.,

pág. 33. No afirma que ninguna teoría ofrezca un conjunto consistente de principios para explicar estos casos.

(47) De hecho, Fried a veces parece plantear la cuestión de manera directa: 'Mi conclusión es... que la doctrina de la contraprestación no ofrece una base alternativa coherente para la fuerza de los contratos, *mientras que sigue tratando la promesa como* "Por supuesto, si la teoría del contrato como promesa de Fried no se presume verdadera en primera instancia, no hay razón para descartar la posibilidad de que una teoría alternativa proporcione una base coherente para la fuerza del contrato sin tratar la promesa *como necesaria para él* . Como analizo a continuación, en lugar de basarse en un razonamiento circular, la preferencia de Fried por la explicación promisoria del derecho contractual se puede explicar, al menos en parte, por sus opiniones metodológicas sobre el estatus y la interpretación de la doctrina contractual.

(48) §86. Promesa de beneficio recibido (1) Una promesa hecha en reconocimiento de un beneficio previamente recibido por el promitente del beneficiario es vinculante en la medida necesaria para evitar una injusticia. (2) Una promesa no es vinculante según el inciso (1): (a) si el beneficiario confirió el beneficio como obsequio o por otras razones el promitente no se ha enriquecido injustamente; o (b) en la medida en que su valor sea desproporcionado al beneficio.

(49) Se trata de los casos IV-X en *El contrato como promesa* , supra n. 30, págs. 31-3.

(50) ibíd., pág. 32.

(51) Véase Goetz y Scott, supra n. 22.

(52) Esta y otras aplicaciones de la teoría de la confianza neta beneficiosa de Goetz y Scott para el cumplimiento contractual se basan en 'Enforcing Promises', supra n. 22, y su elaboración posterior en *Contract Law and Theory* , 3.ª ed., ed.

Robert E. Scott y Jody S. Kraus (Newark; San Francisco; Charlottesville: Lexis, de próxima aparición).

(53) O alternativamente, exigir a dichas partes que asuman los costos de "excluirse" de la regla de ejecución predeterminada al declarar expresamente que no tienen la intención de que su promesa tenga efecto legal.

(54) Es cierto que ninguna teoría, incluidas las teorías económicas del derecho contractual, explica todos los datos. Los analistas económicos rechazarán algunos resultados de casos por considerarlos incompatibles con su teoría explicativa, pero se resistirán a rechazar en bloque las doctrinas centrales con el argumento de que su fundamento aparente no las explica. En cambio, tratarán de identificar principios alternativos que expliquen la mayoría de los resultados de casos decididos según esa doctrina, o los más importantes.

(55) §90. Promesa que razonablemente induce a la acción o a la abstención (1) Una promesa que el promitente debería razonablemente esperar que induzca a la acción o a la abstención por parte del destinatario de la promesa o de un tercero y que induce a dicha acción o abstención es vinculante si la injusticia puede evitarse solo mediante el cumplimiento de la promesa. El remedio otorgado por incumplimiento puede limitarse según lo requiera la justicia. (2) Una subscripción caritativa o un acuerdo matrimonial es vinculante según el Subpárrafo (1) sin prueba de que la promesa indujo a la acción o a la abstención.

(56) *El contrato como promesa* , supra n. 30, pág. 25.

(57) 'El carácter anómalo de la doctrina de la contraprestación ha sido ampliamente reconocido. Diversos estatutos derogan algunas de sus manifestaciones más molestas...' (ibid., pág. 35).

(58) Como proposición general, Fried seguramente tiene razón en que la preclusión promisoria evolucionó para "llenar los vacíos" en la ejecución creados por la doctrina de la contraprestación. Pero su afirmación de que evolucionó para hacer cumplir las promesas que serían ejecutadas bajo el principio de la promesa pero que no se hacen cumplir bajo la doctrina de la contraprestación es menos plausible. Si esta afirmación fuera cierta, entonces

la preclusión promisoria debería proporcionar una recuperación para cualquier beneficiario de una promesa que se base en una promesa de manera perjudicial. Pero según la prueba de razonabilidad del §90, la recuperación se niega rutinariamente a los beneficiarios de promesas que han cumplido con sus obligaciones.

Filosofía del derecho contractual

Por lo tanto, si ignoraba el desarrollo histórico de la doctrina contractual, Fried también podría interpretar la doctrina de la contraprestación como una respuesta institucional al problema de la falta de cumplimiento creado por el impedimento promisorio.

Fried también parece estar promoviendo implícitamente la afirmación normativa de que la preclusión promisoria está justificada como una solución al problema de la falta de cumplimiento creado por la doctrina de la contraprestación. Esta afirmación parece ser circular.

La crítica directa de Fried rechaza la doctrina de la contraprestación porque es incoherente, no porque conduzca a una ejecución insuficiente de las promesas. Su afirmación de que la doctrina de la contraprestación conduce a una ejecución insuficiente de las promesas *presupone* que el derecho contractual debe ajustarse al principio de la promesa. A menos que ya se haya establecido la afirmación de que el derecho contractual *debe* ajustarse al principio de la promesa, no tiene fuerza la objeción de que la doctrina de la contraprestación no logra hacer cumplir todas las promesas que el principio de la promesa haría cumplir. Por lo tanto, su objeción a la doctrina de la contraprestación se aplica con igual fuerza a la preclusión promisoria: ambas doctrinas prohíben la ejecución de algunas promesas que el principio de la promesa haría cumplir.

(59) Sugiere que los "principios de responsabilidad civil extracontractual" pueden utilizarse para imponer responsabilidad en ausencia de una promesa cuando una de las partes da "seguridades vagas que causan un daño previsible a otros". *Contract as Promise* , supra n. 30, pág. 24.

Aunque no lo hace, Fried podría concebiblemente basarse en esos principios de responsabilidad civil para tratar de explicar los casos decididos en virtud de la preclusión promisoria, pero la vaga invocación de los "principios de responsabilidad civil" difícilmente proporciona una explicación coherente de la preclusión promisoria.

(60) Si Fried hubiera reconocido los numerosos casos en los que se niega la recuperación en virtud del §90 a los beneficiarios de promesas que confían perjudicialmente en las promesas, podría haberse sentido obligado a examinar estos casos para explicar por qué el principio de la promesa no respalda la recuperación en esos casos o por qué son insostenibles.

(61) 133 NW2d 267 (1965).

(62) Véase, por ejemplo, 'Desarrollos recientes: Contratos—Aplicación ampliada de la preclusión promisoria en la reformulación de los contratos Sección 90—Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.', *Michigan Law Review* , 65 (diciembre de 1966), 351; Bruce A.

Coggeshal, 'Nota: Contratos: Pérdidas por confianza: Impedimento promisorio como base de recuperación por incumplimiento de un acuerdo de acuerdo: Hoffman v. Red Owl Stores, Inc., 26 Wis. 2d 683, 133 NW2d 267 (1965)', *Cornell Law Quarterly* , 51 (1966), 351; Charles L. Knapp, 'Simposio sobre la reformulación (segunda) de contratos. Confianza en la reformulación revisada: la proliferación de la preclusión promisoria', *Columbia Law Review* , 81 (1981), 52.

(63) Debido a que el tribunal considera que las garantías del demandado no llegaron a ser una promesa "definitiva" y detallada, evita describir la conducta del demandado como "incumplimiento de contrato" y concluye simplemente que "en este caso se produciría una injusticia si no se concediera a los demandantes algún tipo de reparación debido a que los demandados no cumplieron sus promesas, lo que indujo a los demandantes a actuar en su detrimento" (*Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.* , 133 NW2d 267, 275 (1965)).

(64) 'La obligación promisoria no es la única base para la responsabilidad; los principios de responsabilidad civil son suficientes para establecer que las personas que dan garantías vagas que causan un daño previsible a otros deben pagar una compensación' (*el contrato como tal). Promesa* , supra n. 30, pág. 24).

(65) El argumento de Fried no pretende presuponer que la reparación en los casos de preclusión por promesa de compraventa se limita a los daños por confianza. Como cuestión de derecho, está claro que no es así. El argumento de Fried es simplemente que cuando se conceden daños por confianza, la responsabilidad no puede basarse en el contrato. *Hoffman* es de interés para Fried únicamente porque el tribunal concedió daños por confianza. Dado que el contrato como promesa, en opinión de Fried, requiere daños por expectativa por incumplimiento del contrato, Fried debe argumentar que la responsabilidad en *Hoffman* no es contractual.

(66) Véase, por ejemplo, Avery Katz, 'When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations', *Yale Law Journal* , 105 (1996), 1249; 'Enforcing Promises', supra n. 22, en 1317-19.

(67) Véase supra n. 4.

(68) 'Si bien es quizás más común hablar de “interpretación” en casos en que las partes intentan resolver una cuestión pero lo hacen con claridad insuficiente, y hablar de aplicar reglas predeterminadas en casos en que las partes no intentaron abordar una cuestión, el principio es muy similar en ambos casos' (ibid. en la página 505).

(69) ibíd., págs. 504-505.

(70) Como señala Craswel, "se debe encontrar algún método para *interpretar* el acuerdo de las partes, para proporcionar reglas que regulen cualquier tema *no resuelto*

explícitamente por las partes" (ibid., págs. 504-505; segundo énfasis añadido).

(71) ibíd., págs. 515-16.

(72) ibíd., pág. 508.

(73) ibíd., pág. 523.

(74) 'Si bien es quizás más común hablar de “interpretación” en casos en que las partes intentan resolver una cuestión pero lo hacen con claridad insuficiente, y hablar de aplicar reglas predeterminadas en casos en que las partes no hicieron ningún intento de abordar una cuestión, el principio es muy similar en ambos casos' (ibid. en la página 505).

(75) 'En el derecho contractual, hay un límite vagamente marcado entre la interpretación de lo acordado y la interpolación de términos que las partes probablemente habrían acordado pero no lo hicieron' (*Contract as Promise* , supra n. 30, pág. 60.

(76) 'Reglas por defecto', supra n. 4, pág. 523.

(77) Es cierto que la justificación de Fried de la regla de la expectativa de daños está lejos de ser clara en este punto. Fried simplemente afirma que 'Si le hago una promesa, debo hacer lo que prometo; y si no cumplo mi promesa, es justo que se me obligue a entregar el equivalente del cumplimiento prometido. En la doctrina contractual, esta proposición aparece como la medida de expectativa de los daños por incumplimiento. El estándar de expectativa no le da a la víctima de un incumplimiento ni más ni menos de lo que habría recibido si no hubiera habido incumplimiento; en otras palabras, obtiene el beneficio de su trato' (Contract *as Promise* , n. 30, p. 17). Mi argumento es que esta justificación presupone que las partes subjetivamente pretendieron que su acuerdo incluyera la opción de daño por expectativa para el destinatario de la promesa. Por lo tanto, la afirmación de Fried de que la regla de la expectativa se desprende del principio de que 'el promitente debe hacer lo que prometió', y que

"El obtiene el beneficio de su trato" tiene sentido si presumimos que las partes subjetivamente tenían la intención de proporcionar el remedio de daño por expectativas como una opción para el no incumplidor. Otros han argumentado que si el cumplimiento específico no está disponible, los daños por expectativas son el remedio lógico y conceptualmente implícito para el incumplimiento de la promesa. Véase, por ejemplo, Thomas Scanlon, 'Promises and Contracts', en *The Theory of Contract Law* , ed. Peter Benson (Cambridge; Nueva York: Cambridge University Press, 2001), y Peter Benson, 'The Idea of a Public Basis of Justification for Contract', *Osgoode Hall Law Journal* , 33 (1995), 273. Véase más abajo la Sec. 3.2 para mi argumento de que esta visión no responde a las preguntas de Craswel porque hace que los daños por expectativas sean analíticos y simplemente plantea la cuestión del remedio apropiado en un nivel eliminado.

(78) 'Como hemos visto en el debate sobre el error y la imposibilidad, la interpretación puede no encontrar un núcleo de acuerdo, y por eso en algún momento debemos admitir que el contrato cede. En tal caso no tenemos nada que hacer más que recurrir a otros principios de resolución distintos de la promesa' (*Contract as Promise* , supra n. 30, pág. 89).

(79) Un análisis similar se aplica a las otras reglas supletorias que Craswel considera. Por ejemplo, Fried sostiene que, en ausencia de que las partes especifiquen lo contrario, todos los beneficiarios de la promesa deberían tener el derecho a rescindir el contrato: 'Las partes se obligan recíprocamente. Si una parte se considera no obligada, la otra también puede considerarse no obligada. Al romper su contrato, un socio contractual no sólo se expone a reclamaciones por daños y perjuicios, sino que libera a su contraparte' (ibid. en 117). Craswel considera la cuestión de la rescisión como otra regla supletoria. En su opinión, necesitamos alguna base para elegir si interpretar los contratos como que otorgan el derecho de rescisión a menos que se especifique lo contrario, o no otorgan ese derecho a menos que se especifique lo contrario. En opinión de Craswel, el principio de promesa de Fried no tiene relación con esta cuestión: 'Si bien un sistema de promesa con esa regla supletoria ciertamente ampliaría la

libertad del promitente, también lo haría una institución de promesa con cualquier otra regla como su regla supletoria. El pasaje citado simplemente afirma que nuestro sistema de promesas contiene la rescisión como uno de sus remedios por defecto, sin hacer nada para justificar esa regla ('Default Rules', supra n. 4, pág. 520). Craswel se queda perplejo al descubrir que Fried no sólo respalda la regla por defecto de la rescisión, sino que lo hace sobre la base de que es un 'corolario de la fuerza vinculante de la promesa' (ibid., pág. 520). Craswel se confunde aún más cuando descubre que Fried reconoce que, con respecto a la rescisión, '[n]o hay ninguna razón obvia a priori para una u otra respuesta' (ibid., pág. 521) (citando a Fried). Pero la posición de Fried es perfectamente coherente. Su justificación para la regla por defecto de la rescisión es que '[c]ualquier otro resultado perturbaría las expectativas sobre las que se establecen habitualmente los términos contractuales' (*Contract as Promise* , supra n. 30, pág. 118). La afirmación de Fried es que la mayoría de las personas tienen la intención subjetiva de que sus acuerdos se rijan por la opción del remedio de rescisión, y Página 37 de 45

que este hecho proporciona motivos suficientes para inferir tal intención subjetiva mutua en cualquier caso en que las partes no especifiquen lo contrario. *Suponiendo que estas premisas sean correctas* , se sigue que el contrato como promesa requiere que los contratos incluyan la opción del remedio de rescisión. Dada la verdad de estas premisas, la teoría de Fried debe tratar la cuestión de si un contrato se rige por la opción del remedio de rescisión como una cuestión de *interpretación* , no *de interpolación* . En su opinión, no hay ningún vacío contractual que llenar en los acuerdos que no especifican si los prometientes tienen derecho al remedio de rescisión. Más bien, el derecho contractual debe respetar la intención subjetiva real de las partes sobre esta cuestión, lo que requiere interpretar los acuerdos como que brindan la opción del remedio de rescisión. Este análisis es consistente con la afirmación de Fried de que no hay una razón a priori para una regla u otra.

El argumento de Fried, en cambio, se basa en una razón a posteriori para favorecer la regla predeterminada de rescisión: la mayoría de las partes, de hecho, tienen la intención subjetiva de que sus acuerdos incluyan la opción del remedio de rescisión.

Así, en definitiva, la objeción de Craswel no es que la teoría de Fried no pueda ser pertinente para justificar la regla supletoria del contrato que rige la rescisión. Si las premisas fácticas de Fried son correctas, su teoría sí proporciona una justificación para elegir una regla supletoria de rescisión (aunque Fried afirmaría que es una regla supletoria interpretativa en lugar de una regla supletoria que llena lagunas). La verdadera objeción de Craswel es que el argumento de Fried todavía no demuestra de manera convincente que la teoría de Fried sea *de hecho* pertinente para esta regla supletoria. La queja de Craswel es que Fried no ha demostrado la verdad de sus premisas fácticas. Tiene dos objeciones a los fundamentos de Fried para inferir una intención subjetiva real de incluir el remedio de rescisión en cualquier contrato dado: 'Fried no cita datos sociológicos que respalden esta afirmación' ('Default Rules', supra n. 4 en 521n. 77); y 'Fried no dice nada para explicar por qué las expectativas de la mayoría de las personas en la comunidad deberían ser necesariamente decisivas en cualquier caso individual' (ibid. en 521). Ambas quejas constituyen objeciones a la verdad de las premisas en el argumento de Fried, no a la validez de su argumento. Ninguna de estas críticas demuestra que la teoría de Fried no tenga implicaciones potenciales para la regla supletoria de rescisión. La primera objeción exige correctamente que Fried sustente una afirmación fáctica, que puede o no ser verdadera. Si la afirmación es falsa, entonces la teoría de Fried de hecho no tiene relevancia para esta regla supletoria particular. Pero este hecho de ninguna manera socava la relevancia potencial de la teoría de Fried para cualquier otra regla supletoria. Su relevancia para cualquier regla supletoria particular será puramente contingente a las expectativas subjetivas de las personas. La segunda objeción puede ser fácilmente refutada argumentando que las intenciones subjetivas en casos particulares pueden inferirse razonablemente de generalizaciones verdaderas sobre la frecuencia de tales intenciones subjetivas en la población

general (a falta de evidencia particularizada de lo contrario). Finalmente, Craswel sostiene que el argumento de Fried contradice otras posiciones que Fried ha adoptado porque "en otros puntos de su análisis, Fried parece considerar la aplicación de las expectativas de la comunidad como parte del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual" (ibid., pág. 521). Fried argumentaría, de manera consistente, que las expectativas de la comunidad proporcionan los *estándares de conducta* que rigen la ley de responsabilidad civil extracontractual, mientras que las expectativas de la comunidad son relevantes para el derecho contractual solo en la medida en que proporcionan una *base para inferir responsabilidades subjetivas. intención* contractual

(80) *El contrato como promesa* , supra n. 30, págs. 84-5.

(81) 'Es una verdad de Perogrullo en la filosofía del lenguaje que al interpretar las palabras de una persona no estamos adivinando el contenido oculto pero determinado de alguna lista en la cabeza del hablante. Más bien, nuestras preocupaciones particularizan, concretan, dan significados incipientes. (Por lo tanto, cuando una persona se refiere a todos los números pares entre 10 y 1000, pretende referirse también al número 946, aunque ese número puede no figurar explícitamente en alguna lista en su cabeza)' (ibid. en 60).

(82) Fried incursiona aquí en una breve discusión de la relación entre la filosofía del lenguaje, la semántica y la interpretación contractual. Su visión, informada por la discusión de Lon Fulger sobre Wittgenstein, es que todo significado está necesariamente determinado contextualmente por un sistema de expectativas de fondo. Así, “[l]as promesas, como toda expresión humana, se hacen sobre un fondo no expresado de propósitos compartidos, experiencias e incluso una teoría compartida del mundo. Sin ese fondo común la comunicación sería imposible” (ibid. en 88). Afirma que el sistema de convenciones de fondo no es “susceptible de una especificación fáctica, cognitivamente identificable” antes de todas las circunstancias posibles, pero es, no obstante, cognoscible: “Es posible llamar a algo una cuestión de comprensión, aun cuando sus resultados reales no puedan

haber sido especificados de antemano en términos de condiciones necesarias y suficientes. ... El hecho de que no se pueda decir, por ejemplo, que conocemos de antemano todos los casos de lo que cuenta como comportamiento cruel no significa que nuestra designación de un caso nuevo como verdadera crueldad sea una decisión arbitraria. "Hay un elemento de entendimiento, y el concepto de crueldad en sí mismo determina nuestra decisión, aunque no podamos conocer completamente esa determinación de antemano" (ibid. en 87-8). Por lo tanto, en la opinión de Fried, un tribunal *ex post* puede determinar que las partes subjetivamente pretendían un significado determinado para un término en su acuerdo, aunque, en el momento de su acuerdo, las partes no pudieran haber sabido que ese significado preciso era parte de su intención.

(83) Fried toma la interpretación estándar de buena fe de los contratos para proporcionar un claro ejemplo de interpretación judicial, en lugar de interpolación: 'En cada caso, una interpretación razonable del acuerdo de las partes, de sus intenciones originales, en el contexto de las prácticas y entendimientos normales en ese tipo de transacción, sería suficiente para proporcionar una resolución satisfactoria' (ibid. en la página 86).

(84) Fried sostiene que en los casos en que las partes creen que han llegado a un acuerdo pero en realidad no lo han hecho, “la única base sobre la cual estos casos no pueden resolverse es sobre la base del acuerdo, es decir, del contrato como promesa. El tribunal no puede hacer cumplir la voluntad de las partes porque no hay voluntades concordantes. Por lo tanto, la sentencia debe basarse en principios externos a la voluntad de las partes” (ibid., pág. 60). Por lo tanto, sostiene que “cuanto más lejos estén los tribunales del límite entre la interpretación y la interpolación, más lejos estarán de la base moral del principio de la promesa y más palpablemente estarán imponiendo un acuerdo” (ibid., pág. 61).

(85) Craswel ha escrito sobre el tema extensamente desde entonces. Véase Richard Craswel, '¿Existen costumbres comerciales?', en *The Jurisprudencia del derecho corporativo y comercial* , ed. Jody S. Kraus y Steven D. Walt (Cambridge; Nueva York: Cambridge University Press, 2000). Para mi respuesta, véase Jody S. Kraus y Steven D. Walt, 'In Defense of the Incorporation Strategy' (ibid., pág. 193).

(86) Barnett sostiene que '[a]lgunos teóricos de la voluntad resuelven con dificultad [el conflicto entre la comprensión subjetiva y el comportamiento manifestado objetivamente] al reconocer que otros "intereses" -por ejemplo, la confianza- pueden tener prioridad sobre la voluntad [citando *Contract as Promise* , supra n. 30 en 58-63]. Al permitir que los individuos estén obligados por promesas que nunca tuvieron la intención de que fueran ejecutables, tal concesión priva a una teoría de la voluntad de gran parte de su fuerza.

Exigir que la voluntad subjetiva del promitente ceda siempre, o casi siempre, a la confianza del destinatario de la promesa en la manifestación objetiva de asentimiento del promitente socava la afirmación de que la obligación contractual se basa en la voluntad del individuo y refuerza la opinión de que las obligaciones contractuales pueden imponerse legítimamente a partes que no están dispuestas a hacerlo.

(Randy E. Barnett, 'A Consent Theory of Contract', *Columbia Law Review* , 86 (1986), 269 (en adelante, 'Consentimiento'), págs. 273-4. Pero la opinión de Fried no 'refuerza la opinión de que las obligaciones contractuales pueden imponerse legítimamente a las partes que no están dispuestas'. Todo lo contrario. Adopta la opinión de que las obligaciones *no contractuales* pueden imponerse legítimamente a las partes que no están dispuestas. La teoría de Fried tampoco se avergüenza de 'reconocer que otros "intereses" ... pueden tener prioridad sobre la voluntad'. Cuando un individuo promete objetivamente y hace que otro confíe justificadamente, Fried sostiene que el estado puede estar justificado en proteger la confianza del prometido objetivo, aunque el promitente no haya tenido la intención subjetiva de prometer. Esta opinión es

perfectamente coherente con el contrato como promesa de Fried. Tal responsabilidad está justificada por principios no promisorios y no contractuales. La teoría de la voluntad afirma únicamente que la responsabilidad promisoria puede ser Se impone si y sólo si el promitente tuvo la intención subjetiva de prometer. Nada en el contrato como promesa impide a Fried o a cualquier otro teórico de la voluntad sostener que hay circunstancias en las que la coerción estatal puede justificarse contra la voluntad de los individuos. Por ejemplo, los teóricos de la voluntad no se oponen, y no tienen por qué oponerse, a imponer responsabilidad penal aunque la fuente de la justificación de dicha responsabilidad no sea la voluntad del criminal. Véase también

'Consent' en 300-1 ('[U]na teoría que basa la obligación contractual en la existencia de una "voluntad de estar obligado" tiene dificultades para justificar la obligación contractual en ausencia de un ejercicio real de la voluntad. Es difícil ver cómo uno está legal o moralmente comprometido a cumplir un acuerdo al que uno realmente no tenía la intención de comprometerse y aún así apegarse a una teoría que basa el compromiso en su calidad de voluntad'). Una vez más, Barnett malinterpreta la teoría de Fried como comprometida con la proposición de que la responsabilidad *de cualquier tipo* no puede imponerse a los individuos en ausencia de su voluntad. El principio de promesa tiene como objetivo explicar y justificar la responsabilidad contractual, no toda responsabilidad.

(87) 'Otra de las evasiones del derecho clásico a la inevitabilidad de utilizar principios extracontractuales para resolver los incumplimientos de un acuerdo es el recurso al llamado estándar objetivo de interpretación. Ante una reclamación de intenciones divergentes, el tribunal imagina que está respetando la voluntad de las partes al preguntar qué habría querido decir otra persona, por ejemplo, la persona común y corriente, con esas palabras de acuerdo. Esta puede ser una resolución razonable en algunas situaciones, pero implica palpablemente imponer un estándar externo a las partes' (*Contract as Promise* , supra n. 30

a los 61).

(88) Fried podría haber dejado este punto mucho más claro de lo que lo hizo. Recordemos la afirmación de Fried de que "[e]n vista de una reclamación de intenciones divergentes, el tribunal imagina que está respetando la voluntad de las partes al preguntar qué habría querido decir otra persona, digamos la persona común, con esas palabras de acuerdo. Esto... implica palpablemente imponer un estándar externo a las partes" (ibid. en 61). Dicho de esta manera, es desconcertante por qué Fried rechaza automáticamente la afirmación del tribunal de que está respetando la voluntad de las partes. Es posible que las partes hayan tenido la intención subjetiva de lo que habría tenido la persona común, aunque exista una *reclamación* de intenciones divergentes. Las partes hacen declaraciones falsas, autodeclaradas, en las que se afirma que las partes no tienen la intención de hacer lo que quieren las partes.

Filosofía del derecho contractual

El argumento tiene sentido, sin embargo, si modificamos la frase de Fried para que diga: "frente a una reclamación *creíble* de intenciones divergentes". Si un tribunal cree que ambas partes *no estuvieron* de acuerdo subjetivamente sobre la cuestión relevante, pero no obstante resuelve esa cuestión, entonces la decisión no es propiamente una cuestión de derecho contractual genuino, como lo concibe Fried. Sería falso afirmar que la decisión se basa en la voluntad de las partes.

(89) 'Tal vez no se le deba permitir a un promitente alegar que no quiso decir con un término lo que generalmente se implica en ese término. Pero si no se le permite excusarse mostrando esta intención privada y especial, no es porque dudemos de que a veces las personas realmente tengan esas intenciones especiales. Más bien, podemos prohibir tal afirmación como una cuestión de equidad hacia la otra parte o como una cuestión de conveniencia práctica. Más bien sospechamos (1) que el reclamante sí quiso decir lo que generalmente se quiere decir, se arriesgó y ahora está tratando de librarse de lo que se ha convertido en un mal negocio; o (2) que aunque no *quiso* decir eso, su contraparte sí lo quiso y asumió razonablemente que *sí* lo quiso decir, de modo que sería injusto decepcionar las expectativas de la contraparte ahora instando a una

intención sorprendente, inesperada y secreta. ... Estos son motivos prácticos perfectamente razonables para administrar un sistema que en general busca hacer efectivas las verdaderas intenciones de las partes. "Cuando realmente podemos estar seguros de que ninguna de las partes tenía la intención de cubrir este caso particular, y cuando podemos llegar a esa conclusión sin temer una desintegración generalizada de la confianza en las obligaciones contractuales en general, no queda ninguna razón para hacer cumplir este contrato" (ibid. en 66-7). Para ser perfectamente claro, la última oración debería haber dicho, "... no queda ninguna razón para hacer cumplir este *acuerdo* ", porque, en la opinión de Fried, el único fundamento para hacer cumplir ese caso se basa en el derecho no contractual.

(90) ibíd., págs. 57–73.

(91) ibíd., pág. 52.

(92) 'Reglas predeterminadas', supra n. 4, págs. 522-523.

(93) Para su discusión de la jurisprudencia y su relevancia para su teoría contractual, véase *Contract as Promise* , supra n. 30, págs. 67-69.

(94) ibíd., pág. 68.

(95) «Sabemos perfectamente cómo llenar los vacíos de un contrato. No se ve nada cuando las relaciones entre personas no están cubiertas por la vestimenta contractual. Estas relaciones tienen lugar bajo el manto general de la ley. De hecho, la misma ausencia de vacíos en la ley hace que sea fácil admitir que puede haber vacíos en el contrato. Porque cuando las relaciones entre las partes no están regidas por las promesas reales que han hecho, están regidas por principios generales residuales del derecho» (ibid., pág. 69).

(96) 'Las convenciones... definen expectativas, permiten la planificación y limitan la búsqueda por parte del tribunal de la eficiencia o el altruismo en el caso particular. Porque si la eficiencia o el altruismo fueran nuestra única preocupación, no habría ninguna razón a priori por la que

no pudieran ser mejor atendidas si los tribunales a veces se encargaran de decidir casos particulares sobre una base ad hoc, libres de las restricciones de la convención preexistente. Pero los tribunales generalmente no operan sobre una base tan ad hoc, y rara vez lo admiten si lo hacen. ... La eficiencia, la redistribución y el altruismo son ciertamente algunos de los muchos objetivos del derecho. Al perseguir esos objetivos de acuerdo, pero sólo de acuerdo con las convenciones establecidas -incluyendo las convenciones establecidas prospectiva o gradualmente por los tribunales- la colectividad reconoce que los individuos tienen derechos y no pueden ser simplemente sacrificados en aras de objetivos colectivos. El recurso a convenciones previas permite a los individuos planificar, considerar y perseguir sus propios fines. Y una vez que han hecho y emprendido planes en este contexto, sería injusto cambiar las reglas a mitad de camino. ... Los cambios deben ser sólo prospectivos' (ibid., pág. 85).

(97) Es de suponer que, para Fried, una expectativa no sería legítima si no estuviera basada en buenas razones. Las convenciones de fondo constituyen una fuente de buenas razones para formar expectativas.

(98) 'Un tribunal... debe investigar los entendimientos de fondo (incluidos los establecidos en decisiones anteriores) de un caso particular. Para quienes no tienen paciencia con nada que no sean políticas de mejora social con visión de futuro, esta investigación parecerá un ejercicio vano, incluso tonto, como lo sería la adhesión escrupulosa a las promesas' (ibid., pág. 85).

(99) 'Reglas por defecto', supra n. 4, pág. 508.

(100) ibíd., págs. 505–8.

(101) Peter Benson es el único crítico que sostiene que la concepción de autonomía de Fried en sí misma es seriamente defectuosa.

Pero el argumento de Benson para objetar la teoría de Fried —que en última instancia es una concepción teleológica más que deontológica— lo lleva también a rechazar todas las teorías contractuales contemporáneas, excepto la suya. Además, en lugar de cuestionar la viabilidad de las justificaciones del derecho contractual basadas en la autonomía, Benson sostiene que las teorías contractuales autónomas contemporáneas deben ser rechazadas porque no siguen siendo lo suficientemente fieles a los argumentos filosóficos profundos que explican el significado normativo de la autonomía. Por lo tanto, Benson respalda una teoría hegeliana del contrato que se basa en una concepción completamente deontológica de la autonomía.

(102) Por ejemplo, en Liberalismo político, Rawls sostiene que la coerción estatal sólo puede justificarse si se ofrecen justificaciones públicas basadas en ideas compartidas en la cultura política pública. Peter Benson aplica esta idea a la justificación del derecho contractual. Véase "Base pública", supra, n.° 77.

(103) Véase Peter Benson, 'Abstract Right', supra n. 37.

(104) Benson rechaza en su totalidad todas las teorías contractuales contemporáneas distintas de la de Randy Barnett, incluidas las teorías aparentemente basadas en la autonomía como las de Fried y Kronman, sobre la base de que en última instancia se basan en principios teleológicos incompatibles con el respeto por el libre albedrío de las personas autónomas y, por lo tanto, son incapaces de explicar o justificar el derecho contractual. Benson rechaza las teorías contemporáneas basadas en la autonomía de Charles Fried (véase

'Abstract Right', supra n. 37 en 1092–117; 'Contract', supra n. 33 en 37–40; 'Public Basis', supra n. 77 en 288–93) y Joseph Raz (véase 'Contract' en 33–7), las teorías basadas en el bienestar de Anthony Kronman (véase 'Abstract Right' en 1119–45; 'Public Basis' en 302–5; 'Contract' en 45–8) y Charles Goetz y Robert Scott (véase 'Public Basis' en 299–

302; 'Contract' en 50-4), la teoría de la justicia correctiva de James Gordley (véase 'Contract' en 43-5), las teorías

mixtas de autonomía y bienestar de Michael Sandel (véase 'Abstract Right' en 1092, 1117-19) y Michael Trebilcock (véase 'Public Basis' en 312-15), y las teorías reductivistas de Lon Ful er (véase 'Contract' en 25-9) y Patrick Atiyah (véase 'Contract' en 29-33), que subsumen el derecho contractual bajo los principios generales de responsabilidad civil. Benson presenta y critica la teoría de Barnett en 'Public Basis' en 293-9 y 'Contract' en 40-3.

(105) Véase *Liberalismo político* , nota 15 supra. Para una explicación de la idea de la justificación política y la crítica de que no necesita ni puede permanecer neutral respecto de su propia verdad, véase Jody S. Kraus, 'Liberalismo político y verdad', *Legal Teoría* , 5 (1999), 45.

(106) Benson, 'Public Basis', supra n. 77, pág. 305.

(107) ibíd., pág. 306.

(108) ibíd., pág. 306.

(109) Benson sostiene que la concepción del contrato que subyace y unifica el derecho contractual común "ha sido desarrollada con gran rigor y completitud en la larga tradición de la filosofía jurídica que se extiende desde Aristóteles hasta Hegel. ... Mientras que la obra de Kant y Hegel, donde esta idea está más completamente elaborada, supone una concepción filosóficamente profunda de la razón práctica, sus argumentos pueden presentarse y entenderse sobre la base de nociones cotidianas ampliamente compartidas de responsabilidad y obligación jurídicas. ... En otras palabras, las ideas y afirmaciones principales en sus explicaciones del contrato pueden presentarse de una manera que se distinga de su elaboración filosófica más profunda. Además, mientras que la tradición filosófica elucida la forma y el contenido de esta concepción del contrato en un alto nivel de abstracción, puede proporcionar orientación en el esfuerzo por exhibir la coherencia y la unidad de la concepción en las doctrinas bien establecidas del derecho contractual, porque después de todo, la filosofía también comienza -y sólo puede comenzar- con la experiencia moral ordinaria" (ibid. en 321).

(110) Más bien, la carga de la teoría de Benson sería defender la concepción hegeliana de la autonomía y el contrato, así como establecer que explica y justifica el derecho contractual. Sin embargo, todos los escritos de Benson sobre la teoría del contrato simplemente presuponen la verdad de las opiniones de Hegel. De hecho, en el artículo principal en el que presenta su teoría hegeliana del derecho contractual, Benson introduce repetidamente sus conclusiones con la frase "Si Hegel tiene razón", como lo hace en el párrafo final del artículo. Benson, "Abstract Right", supra n. 37 en 1198. En lugar de defender directamente las opiniones de Hegel, Benson defiende la afirmación de que todos los teóricos del contrato basados en la autonomía pretenden fundamentar sus teorías en un ideal de autonomía que puede ser reivindicado sólo por la concepción de autonomía de Hegel (y quizás de Kant), y no por las concepciones que ellos respaldan en sus propias teorías. Por lo tanto, su argumento está dirigido a quienes

ya reconocen la fuerza normativa del ideal hegeliano de autonomía, pero no se dan cuenta de que sus concepciones no hegelianas de autonomía, en última instancia, no logran fundamentar adecuadamente ese ideal.

(111) Benson sostiene lo siguiente en toda su obra: 'En el derecho consuetudinario existe un principio fundamental que proporciona un punto de vista básico desde el cual se interpretan y se desarrollan los derechos y deberes que pueden surgir entre las partes en transacciones privadas. Me refiero al principio de que no puede haber responsabilidad por incumplimiento, con la idea de responsabilidad severamente limitada que esto implica. Este principio permea, y a menudo se reconoce explícitamente como regulador, en todas las áreas del derecho privado. De hecho, se lo considera una característica esencial y distintiva del derecho privado. A primera vista, parece por lo tanto muy adecuado para servir como principio organizador para una base pública de justificación del contrato' ('Public Basis', supra n. 77 en 315).

(112) ibíd., pág. 316.

(113) oferta. en 317.

(114) ibíd., págs. 317-18.

(115) Para la distinción entre «deberes de virtud» y obligación «jurídica», véase Benson, «Contract», supra n. 33, pág. 40. Para una mayor elaboración y defensa de la distinción, véase Benson, «Grotius' Contribution to the Natural Law of Contract», *Canadian Journal of Netherlandic Studies* , 1 (1985), 1. Véase también «Public Basis», supra n. 77, pág. 293.

('[Las doctrinas contractuales] suponen una distinción entre promesas que crean derechos y deberes correlativos que son coercitivos, y promesas que sólo pueden dar lugar a un deber ético de fidelidad)' (ibid. en 297) (criticando la teoría de Barnett porque las promesas hechas con la intención de estar obligado pueden no crear 'una relación de derechos y deberes correlativos que puedan ser aplicados coercitivamente').

(116) Según Benson, Hegel afirma que «la primera condición esencial de la posibilidad del libre albedrío es que su actividad sea concebida como independiente de la determinación por la inclinación o, más generalmente, por cualquier cosa que se le dé».

('Derecho abstracto', supra n. 37 en 1157). Además, 'la primera forma en que se actualiza la autodeterminación debe ser como una persona que tiene una capacidad para poseer cosas externas' (Ibid. en 1157). Así, Hegel afirma que la capacidad moral de poseer es

'inalienable' (ibid. en 1165).

(117) 'Lo que implica el derecho abstracto es una explicación de la inteligibilidad de la obligación contractual que puede realizarse mediante un orden jurídico positivo de manera coherente con la idea de libertad. Además, implica que la capacidad individual de una persona para poseer y, por lo tanto, adquirir o enajenar mediante

contrato nunca puede ser negada de plano, ya sea por el Estado o por otro individuo' (ibid., pág. 1188).

(118) Benson apoya explícitamente la tesis de la distintividad a lo largo de su obra. Véase, por ejemplo, Benson, 'Contract', supra n. 33, pág. 29 (rechazando la teoría de Fulker sobre la base de que 'no intenta justificar la regla normal de daños contractuales sobre una base que sea consistente con el carácter distintivo del derecho privado') (ibid., pág. 36) (rechazando la teoría del contrato de Raz sobre la base de que no 'parece dar cuenta de la característica central y distintiva del contrato').

(119) 'El derecho contractual refleja un principio básico del derecho privado según el cual no puede haber responsabilidad por el mero incumplimiento'

('Abstract Right', supra n. 37, p. 1083); 'Por “no hacer”, me refiero al hecho de no conferir una ventaja a otro, en contraste con el mal hacer, que es el hecho de no respetar lo que *ya* pertenece legítimamente a otro' (ibid.

atn. 8); 'En el derecho consuetudinario existe un principio fundamental que proporciona un punto de vista básico desde el cual se interpretan y desarrollan los derechos y deberes que pueden surgir entre las partes en transacciones privadas. Me refiero al... principio de que no puede haber responsabilidad por incumplimiento, con la idea severamente limitada de responsabilidad que esto implica. Este principio permea, y a menudo se reconoce explícitamente como regulador, en todas las áreas del derecho privado.

"De hecho, se considera una característica esencial y distintiva del derecho privado, en contraste con el derecho público. ... Según el principio de no responsabilidad por incumplimiento, un derecho siempre tiene la forma de ser una reclamación contra alguien más que está sujeto a un deber correspondiente o correlativo, y el contenido del derecho siempre tiene que ver con la posesión legítima de algo que puede poseerse ... *A menos que* y *hasta que* uno tenga la posesión legítima de algo, otros no pueden estar sujetos a un deber correspondiente. Los deberes son, por lo

tanto, obligaciones contraídas con personas con respecto a algo que es suyo" ("Public Basis", supra n. 37, p. 315).

(120) ibíd., pág. 315.

(121) ibíd., pág. 317.

(122) 'Base Pública', supra n. 77, pág. 316.

(123) ibíd.

(124) ibíd., pág. 317.

(125) '[E]n el momento de la formación, y por lo tanto antes e independientemente de la ejecución, el demandante debe ser representado en la contemplación legal como habiendo adquirido del demandado la posesión legítima real de algo que se ve afectado por el incumplimiento y restaurado mediante una sentencia de daños por expectativas en la etapa de reparación. Al proteger el interés por las expectativas, la ley supone que el demandante debería haber recibido la ejecución prometida por el demandado. Podemos inferir de esto que lo que, en la contemplación legal, el demandante debe considerarse que ha adquirido en la formación es, por lo tanto, la posesión legítima o jurídica de esta ejecución. Sólo si el contrato puede interpretarse de esta manera un incumplimiento constituirá el tipo de ilícito que se incluye en la conducta ilícita' (ibid. en 319).

(126) Benson escribe que '[las teorías del derecho contractual deben] preservar el carácter esencial del contrato *desde un punto de vista jurídico. punto de vista* ' ('Contract', supra n. 3, en 37; énfasis añadido); describe las teorías de la autonomía como un intento de 'dar cuenta del *punto de vista legal* ' (ibid. en 33; énfasis añadido); argumenta que las teorías de Goetz y Scott y de Kronman no adoptan 'la orientación retrospectiva del *punto de vista legal* al establecer los derechos y deberes de las partes' (ibid. en 52; énfasis añadido); afirma que ' *el derecho*

contractual se presenta como un punto de vista constituido por un conjunto de principios y categorías que articulan ciertas ideas normativas básicas' (ibid. en 54; énfasis añadido); argumenta que las teorías contractuales contemporáneas presuponen una teoría distributiva de la justicia que 'el derecho positivo no *enmarca* en términos distributivos y *que parecen, a primera vista,* encarnar los valores de la autonomía y la libertad individuales' ('Abstract Right', supra n. 37, en 1081-2; énfasis añadido); Afirma que " *a primera vista* , estas doctrinas jurídicas suponen una distinción entre promesas que crean derechos y deberes correlativos que son coercitivos, y promesas que sólo pueden dar lugar a un deber ético de fidelidad" ("Public Basis", supra n. 77 en la pág. 293; énfasis añadido); afirma que una justificación pública del contrato "significaría que *está presente en el derecho consuetudinario -en decisiones judiciales* —un conjunto de ideas normativas que implícitamente contienen toda una teoría del contrato' (ibid. en la página 306; énfasis añadido).

(127) 'Contract', supra n. 33, pág. 54 (primer énfasis añadido). Benson también escribe que 'en general, los debates sobre la maximización de la riqueza, ya sea como explicación de la ley o como objetivo normativo de la ley, se centran en si las *conclusiones* de la doctrina jurídica y las decisiones judiciales son, de hecho, explicables sobre la base de la maximización de la riqueza'.

('Base Pública', supra n. 77, pág. 307).

(128) Véase, por ejemplo, "Public Basis", supra n. 77, págs. 307, 326. Véase también Peter Benson, "The Unity of Contract Law", en *The Theory of Contract Law: New Essays* , ed. Peter Benson (Cambridge; Nueva York: Cambridge University Press, 2001), 118. (Este artículo no estuvo disponible a tiempo para ser incorporado en el presente análisis de la obra de Benson. Sin embargo, su tratamiento de las doctrinas de oferta y aceptación, contraprestación e inconstitucionalidad ilustran el interés de Benson en explicar cómo las características estructurales de estas doctrinas se ajustan a su concepción del contrato, en lugar de cómo las formulaciones doctrinales determinan resultados particulares en casos individuales.) (129) 'Una

justificación pública intenta mostrar que la cultura jurídica pública contiene, incluso implícitamente, una concepción coherente y definida del contrato informada por principios que pueden resolver la mayoría, si no todas, las cuestiones de justicia que surgen en las relaciones contractuales' ('Public Basis', supra n. 77 en 321). Pero Benson continúa: "Tal justificación, si tiene éxito, sin duda guiará la aplicación de estos principios a hechos particulares, pero no será determinante.

Inevitablemente, debe aplicarse el juicio para decidir la significación, el peso y la aplicación apropiada de los principios favorecidos en circunstancias particulares, siempre individuales, lo que hace ineludible una gama de diferentes evaluaciones posibles, todas razonables' (ibid.). Aunque no lo menciona, tal vez la causa más persistente de la indeterminación epistémica, si no metafísica, en los contratos surge del problema de interpretar el contenido de los acuerdos, más que de las dificultades de equilibrar varios principios normativos.

(130) Esta es también la crítica sistemática y central que se formula contra las teorías económicas de la responsabilidad civil y del contrato en Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995).

(131) O según la versión rawlsiana de la teoría de Benson, el concepto hegeliano de autonomía constituye la concepción moral más profunda arraigada en la cultura jurídica pública del derecho contractual.

(132) O según la versión rawlsiana de la teoría de Benson, las críticas de Benson serían que el principio de maximización del bienestar es incompatible con la profunda concepción moral de la persona arraigada en la cultura jurídica pública del derecho contractual.

(133) La crítica de Benson se basa en críticas similares formuladas por Jules Coleman y Michael Trebilcock. Véase "Public Basis", supra n.° 77, págs. 284-288.

(134) Benson, 'Abstract Right', supra n. 37, págs. 1103–1117.

(135) Benson demuestra tanto el carácter teleológico de las teorías contractuales contemporáneas como su incoherencia con las ideas normativamente fundamentales que subyacen al derecho privado y las características distintivas del derecho contractual, como los daños por expectativa. Aunque su demostración de su carácter en última instancia teleológico es convincente, su caracterización de algunas teorías económicas del contrato no siempre es igualmente convincente. Por ejemplo, Benson suscribe la afirmación de Trebilcock de que la teoría de la confianza neta beneficiosa de Goetz y Scott respalda la imposición de responsabilidad contractual en ausencia del consentimiento de las partes a estar legalmente obligadas. Por lo tanto, rechaza su teoría por ser incompatible con el principio normativamente fundamental de no responsabilidad por incumplimiento ("Public Basis", supra n. 77 en 300-3). Pero la teoría de Goetz y Scott no tolera la imposición de responsabilidad en ausencia de consentimiento a estar obligado y, de hecho, rechaza la responsabilidad en tales circunstancias. Más bien, su teoría en efecto proporciona una regla interpretativa para implicar tal consentimiento. Los autores abogan por la aplicación en contextos de negociación, en los que la intención de estar legalmente obligado es más probable que improbable, y en contra de la aplicación en contextos no negociables, en los que la intención de estar legalmente obligado es menos probable que improbable, salvo que se den circunstancias especiales. Su teoría simplemente proporciona una interpretación

regla por defecto para decidir si se deben hacer cumplir las promesas en ausencia de evidencia clara de la intención de las partes de quedar obligadas.

(136) 'Contrato', supra n. 33, pág. 52.

(137) Trebilcock también plantea la objeción de Craswel contra las teorías de la autonomía. Benson expresa la afirmación de Trebilcock de la siguiente manera: "No debemos olvidar que las reglas se elaboran en el contexto de la adjudicación. Por lo tanto, las reglas se impondrán a

al menos un grupo de litigantes como la resolución adecuada de su disputa, aunque no hayan tenido la oportunidad de negociar en torno a ellas. Esto, sin embargo, viola su autonomía, haciendo que la tensión entre los valores de bienestar y autonomía sea ineludible" ("Public Basis", supra n. 77 en la p. 283).

(138) '[L]a justificación pública no limita el tipo de acto de voluntad que puede generar una obligación contractual a las palabras expresas de las partes. La conducta o las palabras de cualquier tipo pueden proporcionar una base para inferir manifestaciones de voluntad que puedan interpretarse razonablemente como actos voluntarios relacionados entre sí... Además, como cualquier acto o expresión significativa, dicha conducta y palabras deben considerarse e interpretarse en un contexto particular determinado' (ibid., pág. 323).

(139) “[L]a justificación pública fundamenta la distribución de riesgos en el consentimiento real de las partes... El consentimiento real puede ser expreso o implícito. La idea central es que el análisis se centra por completo en lo que hicieron las partes. De esta manera, es completamente retrospectivo e indiferente a las consideraciones dinámicas” (ibid., págs. 328-329).

(140) ibíd., pág. 329. Benson continúa: 'En los casos de falta de divulgación, la queja es que la parte que tenía la información debería haberla revelado a la parte que ahora solicita su divulgación. Cuando ha habido un error o frustración, normalmente ninguna de las partes poseía la información al momento de celebrar el acuerdo' (ibíd.).

(141) ibíd.

(142) ibíd., pág. 330. Benson continúa: “La intención común de las partes de condicionar el cumplimiento puede inferirse, no sólo de las palabras expresas de las partes, sino también de la “sustancia, las palabras y las circunstancias” de su transacción. En resumen, esta intención común también puede encontrarse implícita en su acuerdo tal como se interpreta en su contexto particular. En ambos casos, explícito e implícito, debe enfatizarse que

esta determinación se llega infiriendo de lo que las partes han hecho realmente" (ibíd., págs. 330-1).

(143) ibíd., págs. 332-3.

(144) 'La idea de que la formación de un contrato implica una transferencia de posesión no física en el momento del acuerdo implica, a su vez, un derecho general en principio a daños y perjuicios por incumplimiento del contrato.

He sugerido que los daños por expectativa encajan con esta concepción del contrato y están implícitos en ella, de conformidad con la página 44 de 45.

Filosofía del derecho contractual

principio de no responsabilidad por incumplimiento. ... Si el demandante estuviera limitado a los daños por confianza, no se podría considerar que un contrato confiere una posesión diferente o adicional a la que el demandante ya tenía *antes* de la transacción. El contrato no podría concebirse como un modo de adquisición, y el deber de cumplimiento del demandado se aplicaría a algo que el demandante poseía antes e independientemente de la promesa del demandado. La acción por incumplimiento sería indistinguible de una demanda por agravio contra un demandado por no haber tenido el debido cuidado al realizar y ejecutar un compromiso voluntario. Pero entonces no habría necesidad de los requisitos legales adicionales de oferta y aceptación o contraprestación. No podríamos explicar el punto de vista legal' (ibid. en 324-5).

Jody S. Kraus

Jody S. Kraus, profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia.





Filosofía del derecho de propiedad

Manuales de Oxford en línea

Filosofía del derecho de propiedad

Peter Benson

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho, Derecho de Propiedad

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0019

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo examina el derecho de propiedad como parte de la teoría del derecho privado. Se ocupa de la justicia de la propiedad privada como una de las principales instituciones de la sociedad que distribuyen los beneficios y las cargas que surgen de la cooperación social. Presenta el concepto de derecho privado, caracterizado por una concepción específica y distintiva de los derechos denominada derechos jurídicos, y también identifica tres características esenciales de la concepción jurídica de los derechos. Este artículo explora más a fondo cómo estos principios y valores disponibles públicamente encajan para formar un todo que es razonable. Proporciona un marco que se presenta como latente en la cultura jurídica y política pública, que nos permite ver la importancia normativa y la coherencia de los principios y valores de esa cultura.

Palabras clave: derecho privado, propiedad privada, cultura jurídica, política, normativa **1 Introducción**

En este capítulo se examina el derecho de propiedad como parte de la teoría del derecho privado. En general, los trabajos recientes sobre la teoría de la propiedad han dado por sentado que su cuestión fundamental se refiere, y debe referirse, a la justicia de la propiedad privada como una de las instituciones principales de la sociedad que distribuyen los beneficios y las cargas que surgen de la cooperación social.

1 La propiedad privada debe evaluarse desde el punto de vista de la justicia política, es decir, distributiva, y debe compararse con formas alternativas de distribución de los bienes, considerándola siempre como una parte de un sistema complejo de instituciones sociales, económicas y políticas. Si una sociedad permite la propiedad privada **,** una cuestión primordial es cuánta desigualdad, si es que hay alguna, debe permitirse en la tenencia de la propiedad.2 Además, la teoría debe determinar qué tipos de cosas (por ejemplo, los recursos naturales, los medios de producción, etc.) pueden ser poseídas o transferidas de manera privada y los límites o condiciones a los que esto está sujeto, todo ello a la luz del fin de lograr la justicia social y política.

Esta preocupación por la distribución de las propiedades contrasta notablemente con la orientación intrínseca de los principios de propiedad y adquisición en el derecho privado que, a primera vista, parecen indiferentes a tales preocupaciones. De hecho, la mera familiaridad con la forma en que se entienden y aplican estos principios en el derecho privado sugiere que la cuestión de la distribución ni siquiera se plantea como una consideración relevante. Por urgente y central que pueda ser esta cuestión desde el punto de vista de la justicia política y social, los principios de adquisición y propiedad funcionan como si no existieran. Parecería, entonces, que una teoría de la propiedad debe ocuparse en primer lugar de la concepción aparentemente no distributiva de la propiedad en el derecho privado. Esto es lo que, en primera instancia, exige una explicación. Y es precisamente esto lo que los esfuerzos teóricos contemporáneos no abordan. Tal explicación es aún más necesaria dado que durante siglos, y en las principales tradiciones jurídicas desarrolladas, ha sido habitual considerar el derecho de propiedad no sólo como un

elemento fundamental y esencial del derecho privado, sino también como algo que recibe su expresión más pura y original en el derecho privado, para el que proporciona el idioma organizador. Además, la evaluación de los regímenes de propiedad Página 1 de 42

y la determinación de límites razonables a la luz de los requisitos de la justicia distributiva presupone que es moralmente posible que los individuos posean cosas exclusivamente de otros y dispongan de ellas de una manera que genere derechos y obligaciones individuales. La exploración de estas cuestiones es necesaria en sí misma y es preliminar a cualquier examen desde el punto de vista de la justicia distributiva.

Nuestro tema, entonces, es la idea de propiedad en el derecho privado. Y la justificación normativa que propongo tendrá como objeto la propiedad tal como pertenece al derecho privado y funciona dentro de él. Supondré, aunque sea de manera provisional, que el derecho privado puede analizarse adecuadamente en sus propios términos como un conjunto distinto de principios, doctrinas y consideraciones. Tiene un carácter normativo y una integridad propios. Desde esta perspectiva, el derecho privado establece sus propios requisitos definidos de pertinencia, razonabilidad y equidad, requisitos que pueden no ser necesariamente idénticos a los de la justicia política y distributiva. Si bien el derecho privado es, y en última instancia debe analizarse como, solo una parte de un sistema legal que incluye mucho más que él, la presente investigación no se ocupa inmediatamente de las relaciones entre el derecho privado y esas otras partes. Para establecer que el derecho privado de la propiedad, a pesar de su aparente indiferencia hacia las preocupaciones distributivas, puede de hecho ser parte de un sistema liberal de justicia **(p. 754)** , será necesario sacar a la luz la noción de razonabilidad que anima esta idea no distributiva y mostrar que expresa concepciones de libertad e igualdad que son adecuadamente liberales en su carácter. Intentaré hacer esto esbozando una justificación que pretende ser pública, en el sentido que Rawls le da al término.3 A modo de introducción, permítanme indicar en forma resumida la

concepción de "derecho privado" que supondré a lo largo de todo el libro y el sentido en el que considero que una justificación es "pública".

El derecho privado, tal como lo entiendo, se caracteriza por una concepción específica y, de hecho, distintiva de los derechos que llamaré "jurídica". Presento esta concepción al comienzo del capítulo con el fin de orientar el análisis. Sin embargo, no debe tomarse como una base a priori o un principio explicativo de lo que sigue. Más bien, la concepción pretende articular en un alto nivel de generalidad las características y requisitos generalizados que caracterizan las doctrinas más básicas de las diferentes partes del derecho privado, tal como se han establecido en gran medida en la mayoría de las jurisdicciones de derecho consuetudinario. En este capítulo, intentaré mostrar con cierto detalle cómo la concepción jurídica se refleja en el derecho de propiedad.4 A los efectos de esta declaración introductoria, identifico tres características esenciales de la concepción jurídica de los derechos.

En primer lugar, esta concepción jurídica presupone que, para establecer una reclamación válida *frente al* demandado, el demandante debe, independientemente y antes del agravio del demandado, tener algo que entre dentro de su derecho exclusivamente frente al demandado. Abstraemos esta característica del hecho de que en agravio o contrato, por ejemplo, la ley considera una adjudicación de daños o reparación específica por el incumplimiento de los derechos del demandante como una cuestión de compensación, adeudada por el demandado al demandante, y que, al otorgar tales reparaciones, la ley busca colocar al demandante en la posición en la que se encontraba antes del agravio del demandado. Porque en la contemplación legal, la **(p.**

755) Para que el remedio se entienda como la reparación de un daño y no como la concesión de algo nuevo al demandante, la ley debe suponer que antes e independientemente del daño, el demandante *ya tiene algo* que es suyo por derecho (*suum*), en lo que el demandado está obligado a no intervenir. Además, como el remedio es debido por el demandado al demandante, este último debe tener algo que esté bajo sus derechos exclusivamente

contra el demandado : un interés de propiedad de algún tipo. En lo que respecta a la concepción jurídica, el interés de propiedad de un individuo

Los "intereses protegidos" se caracterizan, y deben caracterizarse, precisamente de esta manera. A menos que se tenga un interés de propiedad de ese tipo, se carece de una base, dentro de la concepción jurídica de los derechos, para presentar una reclamación válida contra otros.

En consecuencia, el hecho de que uno pueda querer o necesitar algo no le otorga, como tal, ningún derecho válido contra otros. A este respecto, la noción de interés protegido en la concepción jurídica de los derechos difiere marcadamente de la idea paralela en, por ejemplo, una concepción política, que típicamente considera que las necesidades legítimas son una base apropiada para hacer reclamos *frente a* otros. A falta del interés de propiedad requerido, la concepción jurídica no reconoce ninguna relación de derecho y deber entre individuos y, por lo tanto, ninguna posibilidad de responsabilidad o injusticia. De ello se sigue que un demandado está sujeto únicamente a una *prohibición de lesionar lo que ya está comprendido en el derecho de propiedad del demandante. Propiedad* : en la formulación del derecho consuetudinario, no existe responsabilidad por incumplimiento.5

En segundo lugar, la concepción jurídica supone que este interés de propiedad protegido, y por lo tanto el derecho del demandante, es de tal tipo que la *única* forma en que puede ser lesionado es simplemente a través de una *interacción externa* entre las partes. Y esto supone a su vez que lo que el demandante tiene es algo que puede ser afectado externamente por la elección externamente manifestada del demandado. El objeto de este interés, suponemos por ahora, puede ser la integridad corporal o algo que pueda considerarse razonablemente externo al demandante.6 La única cuestión relevante es si la elección del demandado (acción u **omisión**), tal como se ejerció en relación con el demandante, puede considerarse una elección voluntaria.

Filosofía del derecho de propiedad

interferencia con el interés externo protegido de este último, independientemente de los propósitos particulares o la intención interna del demandado e independientemente del impacto que la elección pueda tener sobre las necesidades, deseos o ventajas del demandante. Esta indiferencia completamente radical hacia la necesidad es, ya lo he dicho, una marca distintiva de la concepción jurídica de los derechos, a diferencia de la concepción política. Y encaja con el principio de derecho común de no responsabilidad por incumplimiento. No puede haber un deber general de rescate, porque esto supondría que incluso cuando un demandado no ha hecho nada para lesionar los intereses externos protegidos del demandante, las necesidades de este último pueden ser la base de reclamaciones contra el primero. Pero esto es incompatible con la concepción jurídica.

En tercer y último lugar, la concepción jurídica de los derechos supone que, desde su propio punto de vista, las determinaciones de responsabilidad pueden ser completas y autosuficientes cuando se hacen sólo sobre la base de las consideraciones normativas antes mencionadas; es decir, cuando se limitan a consideraciones que son intrínsecas a las interacciones externas entre las partes que afectan sus intereses externos protegidos (de propiedad), sin evaluar lo que pueda requerir el bienestar general o el bien común. Al restringir así su ámbito de aplicación, el derecho pretende articular términos que sean justos y razonables *. entre las partes* , a la luz de su interacción particular y tratándolas en todo momento como personas libres e iguales.

Partiendo de la opinión ampliamente compartida de que la propiedad, a diferencia del derecho a la integridad corporal, se *adquiere* mediante una acción del tipo requerido y, además, de que, a diferencia de los derechos contractuales, es *in rem* , buscamos una idea de propiedad en el common law que refleje las características principales de la concepción jurídica de los derechos, tal como se acaba de exponer. Por lo tanto, debe ser una idea que estipule un modo de adquisición cuyo carácter sea apropiadamente externo y consonante con un análisis transaccional, tal como lo contempla la concepción jurídica de los derechos. Suponiendo que hayamos encontrado un principio que especifique las condiciones necesarias y

suficientes para dicha adquisición, la siguiente pregunta es si puede justificarse razonablemente desde un punto de vista normativo. Más particularmente, ¿cómo podría ser compatible con la libertad e igualdad de las personas que una de ellas tenga derecho a excluir a otras de algo -posiblemente mediante su acto unilateral y sin su consentimiento previo- cuando antes de la adquisición, los excluidos tenían igual capacidad para hacer suya la cosa? Esto me lleva a la idea de una base pública de justificación, que guía todo el argumento del capítulo. Las breves observaciones que siguen, por abstractas e incompletas que sean, tendrán que ser suficientes.

¿Qué es lo que, en primer lugar, hace que una justificación sea «pública»? El hecho de que una justificación sea pública se refiere a la fuente inmediata del objeto que se pretende justificar y a los términos **(p. 757)** de esta justificación. Así, una justificación pública *comienza* con principios, doctrinas y valores que son omnipresentes y están establecidos en diferentes partes de la cultura jurídica y política de una sociedad dada (por ejemplo, en los principios, doctrinas y escritos históricos autorizados que conforman su derecho privado y público).7 Toma estas ideas disponibles públicamente como puntos de partida provisionales y fijos para una reflexión posterior.

Esta reflexión adicional explora si estos principios y valores disponibles públicamente encajan entre sí para formar un todo que sea a la vez inteligible y razonable, y, en caso afirmativo, cómo. Dado que el punto de partida de una justificación pública es la cultura jurídica y política pública misma, no hay ningún criterio o estándar extrínseco a esta cultura a partir del cual pueda proceder la justificación o sobre el cual pueda construirse. El camino de la justificación debe ser totalmente inmanente a la cultura pública. Por lo tanto, una justificación pública intenta relacionar las doctrinas y los principios con alguna concepción organizadora que sea interna a ellos y mostrar cómo, cuando se los considera en relación con esta concepción, son varios los necesarios para su articulación completa, así como los que se apoyan mutuamente. El tipo de ajuste que buscamos es conceptual y normativo.

Para poner de manifiesto la unidad y la razonabilidad de un conjunto dado de doctrinas y principios de la forma más completa posible en el plano público, la justificación da un paso más y, pasando a un nivel superior de abstracción, hace explícitas ciertas ideas normativas fundamentales que se suponen implícitamente en la comprensión pública de esos principios y doctrinas. Las ideas normativas fundamentales, como veremos, pueden incluir concepciones de la persona, de las relaciones sociales, etc. Estas ideas proporcionan un marco, que se presenta como latente en la cultura jurídica y política pública, que nos permite ver más clara y plenamente la importancia normativa y la coherencia de los principios y valores de esa cultura. En la cultura jurídica y política pública de una democracia liberal, una concepción normativa de las personas como libres e iguales desempeñará un papel central dentro de este marco. Mientras el marco ofrezca a los individuos una base compartida y razonada para resolver las reclamaciones y cuestiones de justicia que surjan en sus diversas relaciones jurídicas y políticas, la justificación pública habrá alcanzado su objetivo principal. Deja a la filosofía la tarea ulterior y más profunda de determinar la verdad última de las ideas normativas que utiliza.

Precisamente porque una base pública de justificación toma en serio el razonamiento que anima al público Página 3 de 42

Filosofía del derecho de propiedad

Para comprender las doctrinas, principios y consideraciones de los diferentes dominios de la cultura jurídica y política, es necesario estar atento a la forma en que la cultura hace distinciones entre sus múltiples relaciones jurídicas y políticas.

(p. 758) Así, pues, el argumento de este capítulo dependerá fundamentalmente de la coherencia de una serie de contrastes cualitativos que, a mi juicio, la propia cultura pública establece, entre ellos el que se establece entre el derecho privado y el público y, dentro del derecho privado, entre la propiedad y el contrato, así como entre la propiedad y la responsabilidad. La idea rectora es que, a

menos que tengamos cuidado de hacer un balance de las características y los límites distintivos de cada categoría, no lograremos una comprensión clara y satisfactoria de nuestro objeto de estudio ni proporcionaremos una justificación adecuada para él, al menos no desde un punto de vista público.

En consonancia con esta idea de una base pública de justificación, comenzaremos entonces nuestra investigación examinando la cultura jurídica pública misma, y más específicamente las doctrinas y principios establecidos del common law, para ver si contienen una idea de propiedad que pueda ser plausiblemente la clase que estamos buscando: una idea de propiedad que sea estrictamente intrínseca al derecho privado, con su concepción jurídica de los derechos. Si el common law nos presenta de hecho un principio bien establecido que parezca satisfacer a primera vista este criterio, comenzaremos por él. El objetivo de las dos secciones siguientes es argumentar que existe tal principio y que este principio es distinto de las otras dos categorías básicas que completan la concepción jurídica, a saber, el contrato y la responsabilidad, pero al mismo tiempo está integrado con ellas.

Sostengo que este principio encarna y, de hecho, representa la idea de propiedad en el derecho privado. En la cuarta y última sección, intento completar la justificación esbozando un argumento en favor de la razonabilidad intrínseca de esta idea. El objetivo es demostrar que refleja el ideal liberal de la libertad y la igualdad de las personas.

Para evitar malentendidos, hay un punto final que debo señalar sobre la relación entre el tema de este capítulo y el derecho de propiedad como tema de estudio legal.8 Se podría pensar que con una idea de propiedad que pretende ser intrínseca al derecho privado, uno debería poder aplicarla directamente y, por lo tanto, explicar los muchos aspectos de la adquisición, transferencia, fragmentación y pérdida de los diferentes tipos de artículos (tierra, bienes, bienes muebles intangibles, dinero, fondos, etc.) que comúnmente se consideran incluidos en el ámbito de aplicación del derecho privado.

"Derecho de propiedad", ya sea tal como se practica en las sociedades modernas o tal como se analiza en los libros de texto estándar. De lo contrario, uno podría preguntar, ¿cómo puede ser *la* idea de propiedad algo intrínseco y fundamental para el derecho privado? Ahora bien, si bien es cierto que, dentro de límites razonables, una teoría de la propiedad debería ser capaz de proporcionar una explicación de muchas de estas facetas del derecho de propiedad, no intenta, ni debería, intentar hacer esto en primera instancia. Más bien, la primera tarea de la teoría debe ser identificar y aclarar las presuposiciones más básicas y más generalizadas (un ejemplo es el contraste entre derechos *in rem* e *in personam*) sin las cuales no podemos identificar algo como perteneciente a una relación legal distinta que podamos razonablemente llamar "propiedad"; y la teoría debería dilucidar la concepción que mantiene juntas estas presuposiciones como un todo integrado. Esto, sostengo, es lo que logra la idea de propiedad. Aquí es particularmente importante **(p. 759)** tener presente que muchos de los temas que se discuten habitualmente en los libros de texto sobre propiedad representan instituciones jurídicas complejas o, en términos de James Penner,9 "híbridas" que combinan características de más de un tipo elemental de relación jurídica; por ejemplo, la propiedad y el contrato. Además, los principios, instrumentos y regímenes discutidos pueden incorporar consideraciones que van más allá de la concepción jurídica de los derechos y que encarnan imperativos sociales y económicos que sólo pueden perseguirse legítimamente mediante la promulgación de leyes. Pero, como he tratado de enfatizar, la propia cultura jurídica pública requiere que estemos atentos a los caracteres distintivos de las diversas relaciones jurídicas. Por lo tanto, si una teoría de la propiedad ha de ser aplicable adecuadamente a cualquier cosa, primero debe tomar en serio este requisito. El resultado de hacer esto es, sostengo, la idea de propiedad intrínseca al derecho privado.

2 Un principio de derecho privado de la propiedad

El objetivo principal de esta sección es argumentar que el principio de primera ocupación cumple con los criterios de un derecho de propiedad que es intrínseco al derecho

privado. Para ello, primero trato de aclarar el carácter esencial de este principio destacando su ajuste prima facie con la concepción jurídica de los derechos. Una vez hecho esto, identifico y elucida los "incidentes de propiedad" esenciales que especifican el derecho adquirido a través de la primera ocupación. En contra de la perspectiva del "conjunto de derechos", argumento que, aunque cada uno de estos incidentes es distinto de los demás, se integran mutuamente como expresiones individuales y necesarias de una única idea subyacente del derecho de propiedad que refleja la concepción jurídica. Mi afirmación es que estos, y *sólo* estos, incidentes son intrínsecos al derecho establecido por la primera ocupación. Además, cada uno de estos incidentes ejemplifica este derecho como tal. Sin embargo, sin ninguno de ellos, mi argumento es que la concepción subyacente de la propiedad se cumple de manera incompleta. Lo que, en mi opinión, distingue este relato de los incidentes de propiedad es que intenta permanecer estrictamente dentro de los parámetros de una visión que

toma la propiedad como un principio de adquisición, interpretada de acuerdo con la concepción jurídica de los derechos.

En efecto, mi opinión es que la aparente dificultad para explicar y justificar los incidentes de propiedad tal como se han entendido tradicionalmente se debe a que no se los considera desde esa perspectiva. Para destacar este punto, contrasto el enfoque propuesto con el de AM Honoré,10 quien ha proporcionado el principal análisis contemporáneo de los incidentes de propiedad. Ya en esta sección, será evidente para el lector que distingo claramente **(p. 760)** el derecho de propiedad de los principios contractuales y de responsabilidad. Debido a que este contraste es fundamental para mi caracterización del derecho de propiedad, lo desarrollaré en la tercera sección a través de un análisis explícito y más detallado de cómo la propiedad, el contrato y la responsabilidad son categorías genuinamente distintas, pero al mismo tiempo completamente integradas y mutuamente interconectadas bajo la concepción jurídica de los derechos. A través de ese

análisis, espero mostrar no sólo que la primera ocupación encarna una idea de propiedad que es intrínseca al derecho privado, sino, aún más, que es el *único* principio que tiene este carácter. Representa la idea de propiedad en el derecho privado. Y será a través de esta comprensión de la primera ocupación que exploraré su razonabilidad en la cuarta y última sección.

Para ver cómo el derecho consuetudinario entiende el principio de primera ocupación, un punto de partida natural es el caso principal de *Pierson v* Post.1

1 Los hechos fueron que Post perseguía con sus perros a un zorro a través de una extensión de tierra deshabitada y sin dueño cuando Pierson, sabiendo perfectamente que el zorro estaba siendo perseguido, intervino de la nada y lo capturó. La cuestión sencilla ante el tribunal era si Post, mediante la persecución con sus perros de la manera alegada, había adquirido tal derecho o propiedad sobre el zorro que justificara una acción contra Pierson por matarlo y llevárselo.

En juego está la cuestión elemental y fundamental de quién, entre dos personas, es el propietario de una cosa que antes no tenía dueño. Tanto el tribunal como el disidente suponen que para convertirse en el propietario de una cosa que antes no tenía dueño, uno debe *hacer* algo. La propiedad sobre una cosa que antes no tenía dueño es adquirida, no innata. Por implicación, no es suficiente simplemente querer o necesitar algo o pensar que uno está en cierta relación con eso. El hecho de que uno pueda ser más merecedor que otro si se lo mide con un estándar dado -ya sea de excelencia, necesidad, contribución al bien común, etc.- no le da a uno un mejor derecho a la cosa. Independientemente de la acción y antes de la acción, todos están en la misma posición jurídica *con respecto a* la cosa: no pertenece a nadie y puede ser tomada por cualquiera. ¿Qué acto, entonces, debe realizar una persona para adquirir la propiedad sobre ella? Sin embargo, el tribunal y el disidente dan respuestas diferentes a esta pregunta.

La disidencia deriva el acto requerido como un medio para alcanzar el objetivo de promover la destrucción de bestias

'perniciosas e incorregibles' como los zorros, para gran beneficio de 'nuestros agricultores, los hombres más útiles en cualquier comunidad'.12 Para alentar **(p. 761)** y apoyar este bien, la disidencia daría la propiedad del animal a quien, habiéndolo descubierto y estando involucrado en su búsqueda, tenga una perspectiva razonable de tomarlo.

La propiedad se adquiere incluso antes de que el animal sea efectivamente dominado y capturado. Si la habilidad y el trabajo de una persona para encontrar y perseguir al animal pueden verse anulados por la intervención casual, de último momento, de un "intruso descarado" que, beneficiándose de los esfuerzos de la primera persona, se encuentra en posición de capturarlo, "¿quién", pregunta el disidente, "mantendría una jauría de perros o... al sonido del cuerno y al amanecer... montaría su corcel y durante horas...

perseguir los sinuosos pasos de este astuto cuadrúpedo...?'13 En consecuencia, quien satisface el criterio de persecución con perspectiva de captura inminente tiene la propiedad frente a cualquier otra persona que venga después.

A diferencia de la disidencia, la mayoría no propone ningún propósito sustancial a promover ni ningún bien común al que servir, salvo que cualquier regla que se adopte debe conducir a la certeza y al orden en la sociedad.

En cambio, presenta los requisitos previos para obtener la propiedad como requisitos razonables independientes: la propiedad la adquiere quien "manifiesta una intención inequívoca de apropiarse del animal para su uso individual, lo ha privado de su libertad natural y lo ha puesto bajo su control seguro". 14 Pero si bien la persecución del zorro por parte de Post manifestó indudablemente una intención de tomar el animal para su uso individual, no lo privó, como tal, de su independencia ni lo puso bajo su control seguro. Por esta razón, concluye la mayoría, la persecución de Post no alcanzó lo necesario para obtener la propiedad del zorro, con la consecuencia de que su acción contra Pierson por matarlo y quitárselo debe fracasar.

¿Refleja el principio de primera ocupación, tal como lo entiende la mayoría en *Pierson* , la concepción jurídica de los derechos? Para dar una respuesta, debemos examinar con más cuidado el carácter, el contenido y las implicaciones del derecho que establece la primera ocupación.

Para comenzar, la primera ocupación enfatiza el aspecto externo de los derechos que es central para la concepción jurídica. Página 5 de 42

Filosofía del derecho de propiedad

Me gustaría explicarlo con más detalle.

La primera ocupación se aplica a cosas que son "externas" en el sentido de ser inicialmente independientes de los propósitos de quienes se las apropiarían.1

5 El hecho de que uno desee, desee o necesite tener posesión de un objeto no es, en sí mismo, suficiente: como ya se ha señalado, uno debe *hacer* algo. Más específicamente, el requisito de la ocupación es que uno haga algo con o hacia el objeto que pueda interpretarse razonablemente como ponerlo presente y efectivamente bajo sus propios fines, es decir, que sea uno mismo **(p. 762)** y no otros, quien lo controle.

El hecho de que uno haya logrado controlar un objeto externo depende de cómo los demás perciban razonablemente su acto, y esto, a su vez, dependerá de las características particulares contingentes de la cosa, su relación física con la persona, etcétera. En el caso de los animales salvajes, como el zorro de Pierson, la ocupación sólo puede lograrse si se priva al animal de su libertad de movimiento. Cuando el objeto es inanimado o incapaz de escapar, puede ser suficiente agarrarlo o marcarlo, llevarlo a la propiedad de uno, etcétera, dependiendo de las características particulares del objeto y de su relación física con uno mismo y con los demás. En todos los casos, uno trata la cosa como subordinada a su capacidad intencional al afectarla de alguna manera, por así decirlo, tocándola *ab extra* e imponiéndole una condición

contingente que de ninguna manera le es innata o necesaria.

Al analizar el requisito de ocupación, he asumido que consiste en una sujeción *intencional* de algo al control y poder determinados de uno. Si, por razones de análisis, insistimos en distinguir la dimensión "física" del acto subordinante de su lado intencional, a menudo denominado requisito de " *animus possidendi* ", deberíamos considerar el primer elemento como el impacto puramente físico sobre la cosa que la priva de su independencia en la forma que acabamos de analizar, y el elemento intencional como la existencia de una intencionalidad manifiesta al afectarla de esa manera o, en otras palabras, como la sujeción intencional de la cosa al control de uno. Pero, para evitar malentendidos, también debe tenerse en cuenta que estos dos elementos no son dos cosas separadas; cada uno de ellos es jurídicamente relevante *solo* en unión con el otro. Por lo tanto, es crucial que el requisito de *animus* no se equipare con la necesidad, el deseo, el anhelo o la intención de apropiarse de lo que uno aún no tiene. Más bien, hace explícito el carácter final del acto presente y consumado que priva a la cosa de su independencia y que le impone efectos que manifiestan esta subordinación.

A menos que uno subordina el objeto de esta manera, y hasta que no lo haga, la relación que uno tiene con el objeto debe plantearse en términos de sus necesidades, deseos o intenciones y, por lo tanto, debe dar cabida a ellas. No puede ser externa de una manera que refleje la concepción jurídica de los derechos. Para aclarar esto, supongamos que uno está persiguiendo a un zorro pero que todavía no lo ha herido mortalmente, ni lo ha atrapado o de alguna otra manera le ha hecho imposible escapar. Si bien uno puede querer, necesitar o tener la intención de poseer al zorro, éste continúa siendo independiente exactamente como lo era antes. Y lo que uno manifiesta a los demás al perseguir al animal, pero no al someterlo, es *simplemente* que uno *quiere, necesita o tiene la intención* de tomarlo. La "relación" que uno tiene con el zorro debe hacer referencia esencial a estos factores internos y, por lo tanto, debe estar arraigada únicamente en el perseguidor. Esto será cierto respecto de cualquier acto que no llegue a privar al animal de su independencia. 16 Por el contrario, una vez que uno

ha dominado realmente al zorro y **(p. 763)** lo ha puesto bajo su control presente y efectivo, existe *una* relación real entre la persona y el zorro que puede hacer referencia al zorro como un objeto sin basarla en la disposición interna de la persona como tal. En otras palabras, el requisito de que haya un acto que cancele la independencia del animal es esencial para la posibilidad de que haya una relación entre la persona y el animal que sea "externa" en el sentido de que no sea un reflejo de los estados internos de la persona.

Si la mera persecución del zorro puede, a lo sumo, manifestar los estados internos del perseguidor, ¿qué sucede con el acto de someter al animal? Al privar al zorro de su independencia y ponerlo bajo nuestro control presente y efectivo, *ya* lo hemos sometido a nuestros propósitos o, más exactamente, a nuestra capacidad de propósito. La ocupación, es decir, la subordinación intencional de un objeto externo, establece las condiciones inmediatamente necesarias y suficientes para poner un objeto en uso. En otras palabras, al ocupar algo, ya lo hemos tratado en el presente como utilizable. De hecho, en la medida en que se puede decir que el uso consiste en poner algo en uso de algo, la ocupación en sí misma puede considerarse como hacer uso de la cosa. Por esta razón, lo que se manifiesta al ocupar algo de la manera requerida es una intención inequívoca de usarlo, donde el uso no es simplemente un resultado deseado o necesario, sino algo que uno está logrando en el presente al poner el objeto en uso de algo.

Si bien la adquisición por primera ocupación se produce sin la participación de terceros, la intención requerida debe ser tal que pueda ser razonablemente evidente para ellos. La inferencia de dicha intención de uso es, además, una que otros, de hecho *cualquier* otra persona, pueden sacar razonablemente del carácter externo, de hecho físico, del acto de ocupación. Es una conclusión que, en principio, puede sostenerse razonablemente contra los demás en general. De esta manera, el acto

El derecho requerido para la adquisición por primera ocupación es *público* frente a todos y cada uno en la misma forma en que ordinariamente concebimos un derecho *real* .

Si suponemos que, en general, la concepción jurídica considera la publicidad como un requisito esencial de la justicia en el establecimiento de derechos, es importante señalar que la forma particular en que la primera ocupación satisface este requisito —a saber, que la intención debe ser razonablemente manifiesta para cualquier persona en general— refleja el hecho crucial de que la primera ocupación hace del acto *unilateral* de una sola persona, sola y sin la participación o el consentimiento de otros, la base necesaria y suficiente para la adquisición. Como la interacción con otros no desempeña un papel necesario en el establecimiento de este derecho, la intención de usar solo puede manifestarse a otros de una manera que no depende de la interacción con ningún individuo determinado ni refleja dicha interacción. Por lo tanto, la intención de usar debe ser razonablemente manifiesta para cualquier persona en general simplemente sobre la base de lo que el ocupante haya hecho con la cosa o a ella.

(p. 764) Sin embargo, debe enfatizarse que el derecho es exclusivo en relación con otros individuos *en su condición de* separados y distintos.17 La cualidad de ser *in rem* refleja el hecho de que la publicidad de la ocupación es *con respecto a* cualquiera y a todos en general, en lugar de en relación con alguien en particular. Pero esto no elimina la separación y singularidad de los individuos. Debido a que el principio de primera ocupación sostiene que es solo el acto unilateral del demandante, sin la participación o el concurso de otros e independientemente de cualquier bien que se logre, lo que establece un derecho de propiedad, considera a los individuos como separados e independientes entre sí y los reconoce, en términos de Rawls, como "fuentes de reivindicaciones válidas que se autentifican por sí mismas"18 *con respecto a* otros.

Se considera que los individuos tienen capacidad para hacer reclamaciones contra otros que tienen peso propio, independientemente de que se deriven de los derechos o reclamaciones de otros, de deberes contraídos con la

sociedad o de consideraciones y exigencias del bien común, cualquiera que sea su concepción. La fuente de la validez de las reclamaciones reside *en las propias personas* que plantean los actos necesarios. Al subordinar las cosas a sus fines, se considera que los individuos actúan de acuerdo con sus propios fines sin tener que justificarlos con referencia a los fines de otros, ya sean individuales o colectivos.

El requisito de que uno debe manifestar una intención de dar a la cosa un uso individual no significa que el uso deba ser "egoísta". Más bien, el principio de primera ocupación es *indiferente* en cuanto a si un uso dado es egoísta o altruista: no hace ninguna diferencia en principio si los fines del demandante son para su propio beneficio o para el bien de otro o incluso si, al dar a una cosa un uso determinado, el demandante actúa en cumplimiento de un deber *frente a* un tercero. El propósito, la elección siguen siendo suyos. Lo que es necesario, entonces, es sólo que sea un propósito que parezca razonablemente ser del demandante, es decir, que sea razonablemente atribuible al demandante como persona separada e independiente. Y sólo porque califica como un propósito de una persona así vista, constituye una intención de excluir a otros. Al menos, cualquier estipulación19 de que el demandante manifiesta "una intención de excluir a otros" no requiere más que esto.

Además, es precisamente porque la adquisición por primera ocupación la establecen los individuos en su calidad de fuentes de derechos que se autentifican por sí mismos que la propiedad así adquirida debe contar, en la contemplación legal, como propiedad *privada* , y el contenido y el ejercicio del derecho de propiedad se atribuyen a las propias determinaciones de un individuo, independientemente de los deseos o propósitos de otros. De hecho, a menos que algo sea tal que pueda ser ocupado por un solo individuo con exclusión de otros, no puede convertirse en propiedad de nadie en particular.20

exactamente , el contenido de este derecho de propiedad privada? Esto nos lleva a la importante tarea de determinar y dilucidar los "incidentes" del derecho de propiedad bajo el principio de la primera ocupación.

En primer lugar, quien ha ocupado algo de la manera requerida tiene el derecho exclusivo de poseerlo. Más precisamente, tiene el derecho exclusivo de tener el objeto bajo su control físico y de tomarlo bajo su control físico en cualquier momento. Esto lo derivamos de la siguiente manera. Por un lado, debemos considerar la ocupación como un acto que establece el derecho de propiedad. Uno puede ejercer este derecho solo con respecto a algo que uno ha hecho suyo. Sin embargo, el acto mediante el cual se adquiere la propiedad debe ser en sí mismo legítimo y debe ser en sí mismo compatible con el cambio que la adquisición de la propiedad produce en las relaciones jurídicas entre el ocupante y los demás. Por lo tanto, el acto que, desde un punto de vista, establece el derecho de propiedad, debe, al mismo tiempo, ser *en sí mismo* un ejercicio del derecho de propiedad. Pero esto es simplemente decir que el contenido del acto requerido y el contenido del derecho así adquirido son uno y el mismo. Ahora bien, el acto de ocupación que establece la propiedad sobre algo implica necesariamente tomar posesión de ello. En consecuencia, el derecho de propiedad se especifica como el derecho a poseer un objeto externo, con exclusión de otros. Y dado que el acto creador del derecho puede considerarse simplemente como una toma de posesión de la cosa, el derecho a poseer es idéntico al derecho de propiedad como tal.

Además, toda la significación jurídica del derecho de posesión reside en el hecho de que es *exclusivo* frente a los demás, en el sentido de que éstos se encuentran bajo una *incapacidad correlativa, jurídica (en contraposición a la fáctica) frente al* titular del derecho: ya no pueden producir, mediante sus actos unilaterales, el efecto jurídico de apropiarse de la cosa. Más concretamente, quienes vienen después de quien ya ha ocupado algo ya no tienen el poder legal de ponerla bajo su control o sus fines, modificando así la relación jurídica existente entre el ocupante y ellos mismos con respecto a la cosa, ni tienen el poder legal de hacer algo unilateralmente que pueda extinguir o incluso limitar su propiedad sobre ella. Esta

incapacidad se aplica, sin embargo, a ellos sólo en la medida en que el otro actúa *como propietario* de la cosa; es decir, sólo si manifiesta externamente en la acción (ejercicio de uno de los incidentes de la propiedad) la intención presente de someterla a sus fines. Y, correspondientemente, es el hecho de que la persona que ocupa primero haga esto lo que coloca a los demás bajo esta incapacidad. Dentro de estos parámetros, podemos hablar de que el propietario tiene un derecho o interés protegido en la cosa que es correlativo a la inhabilidad impuesta a otros. Como el significado y alcance de este derecho y la inhabilidad son correlativos, el derecho a poseer no incluye una garantía de que las circunstancias y condiciones personales del titular del derecho o las circunstancias externas circundantes serán tales que de hecho pueda tomar la cosa en posesión a voluntad. Y es completamente indiferente que las preferencias, deseos, necesidades, etc. del titular del derecho se satisfagan si es **capaz** de hacerlo. Todo lo que hace es garantizar que otros sean excluidos de la cosa bajo la inhabilidad legal de no poder, como una cuestión de derechos, hacerla suya.

Obsérvese que, en este punto de mi argumento, he caracterizado el correlato inmediato del derecho como una discapacidad más que como un deber.2

1 La relación derecho-incapacidad es definitiva de la primera ocupación. La única cuestión es de *adquisición* , es decir, si alguien, por su acto unilateral, ha adquirido o no la propiedad exclusiva de algo. El significado de estar bajo una incapacidad con respecto a una cosa es, para repetirlo, simplemente que uno *no El derecho ya no tiene el poder de adquirir la propiedad sobre él* mediante un acto unilateral. Como trataré de explicar más completamente en la siguiente sección, una relación derecho- *deber* pertenece a una categoría jurídica diferente, la de la responsabilidad. Si bien este último tipo de relación presupone y está, argumentaré, completamente integrada con la relación derecho-discapacidad **(p. 767)** , es, sin embargo, distinta. Estas dos formas de relación no son sólo dos puntos de vista distintos desde los cuales analizar los hechos; también están constituidas de manera diferente con diferentes criterios de lo que es relevante y necesario y están enmarcadas para abordar diferentes cuestiones jurídicas,

de modo que singularizan diferentes conjuntos de hechos como pertinentes y necesarios. La relación derecho-deber tiene que ver con más que sólo la cuestión de la adquisición. La cuestión que aborda la responsabilidad no es si el acusado ha adquirido algo -la investigación supone que no lo ha hecho y no puede porque está sujeto a la discapacidad- sino si el acusado ha *dañado* algo que ya pertenece a otro. Especifica términos razonables para *la interacción* entre dos partes cuando una de ellas ha actuado de una manera que afecta algo que cae bajo el derecho de propiedad exclusivo de la otra.

Ahora bien, es ciertamente posible que un caso dado de toma de posesión no implique *nada más* que la mera toma del objeto. Si tal es el caso, la ocupación –y con ella el derecho y la incapacidad correlativa– son coetáneos de la posesión física de la cosa y cesan en el instante en que uno ya no la tiene en tal posesión. Si bien esto satisface perfectamente la definición y el requisito de la toma de posesión, es, sin embargo, categóricamente ambiguo, desde un punto de vista legal. Como los demás están excluidos sólo en la medida en que uno está físicamente conectado con la cosa, no pueden tocarla sin afectar de algún modo la integridad corporal de uno. Por lo tanto, la exclusión puede considerarse arraigada en el derecho a la integridad corporal; es innecesario referirla a un derecho a una cosa externa, es decir, a algo que puede ser separable y diferente del propio cuerpo. Sin embargo, para que haya un derecho de propiedad que sea irreductiblemente distinto del derecho a la integridad corporal, debe ser necesario referirlo así. En consecuencia, es esencial para la existencia misma de una categoría jurídica distinta de propiedad que sea posible considerar a los individuos como poseedores de algo de una manera que satisface la definición y el requisito de primera ocupación *incluso cuando ya no están en posesión real.* 22 Cuando la toma *de* posesión consiste en simplemente agarrar la cosa, este punto no se destaca y permanece puramente implícito. Sin embargo, es perfectamente posible tomar posesión de una manera (por ejemplo, marcándola) que razonablemente muestre a otros que uno ha puesto, y que continúa poniendo, algo para sus propósitos incluso cuando el objeto no está en su posesión física actual. En estos casos, la ocupación que establece el derecho puede continuar en el

tiempo a pesar de una interrupción en la posesión física actual; un primer ocupante no deja automáticamente de tener el derecho de posesión solo porque ya no tiene el objeto en posesión física real. 23 La toma de posesión se lleva a cabo de una manera que hace explícito el punto fundamental de que *debe* ser posible estar en *posesión legítima de una cosa externa* sin tenerla en su posesión física.

Filosofía del derecho de propiedad

(p. 768) En términos más generales, siempre que otros puedan inferir razonablemente la intención de usar el objeto basándose en lo que se ha hecho con el objeto o en relación con él, los demás deben asumir que esa intención continúa existiendo. Dado que la intención jurídicamente relevante es objetiva, la continuidad de la intención necesaria no requiere nada más que la continuidad de ciertos hechos externos, es decir, públicamente disponibles, cualquiera que sea la intención interna real del titular del derecho. Aquí vemos claramente que, aunque una característica fundamental de la primera ocupación es que el derecho se adquiere mediante el acto de un solo individuo, lo que es este acto y si puede considerarse el acto requerido se determinan por cómo aparece razonablemente a los demás en general. De hecho, es porque, por así decirlo, la existencia misma del acto está en relación con los demás que uno puede considerarse en posesión presente y continua de algo cuando no lo tiene en su posesión física. En relación a uno mismo, la huella física del acto de toma de posesión representa sólo algo que uno *ha* hecho y que, dependiendo de su decisión futura, *puede* renovar.

Si el derecho a la posesión física es el primer "incidente" del derecho de propiedad adquirido por la primera ocupación, el segundo es el derecho exclusivo de uso; es decir, el derecho a determinar los fines a los que se destinará la cosa y a destinarla efectivamente a esos fines. Desde un punto de vista, la ocupación de algo puede considerarse como una subordinación de la misma a la propia capacidad de propósito y como un paso

inmediatamente necesario para destinar la cosa a un fin determinado, haciendo de la ocupación la condición del uso, pero no el uso en sí. Al mismo tiempo, la ocupación también puede considerarse como una instancia de uso en sí misma, en la medida en que afecta a la cosa para realizar los propios fines.

En efecto, el uso es, en general, cualquier actividad que trata algo como un objeto en la búsqueda de, o como un medio para la realización de, los propios fines. Puesto que el acto que establece el derecho de propiedad es en sí mismo necesariamente un uso de la cosa, el derecho de propiedad se especifica además como el derecho a usar la propia cosa, con exclusión de otros.24 Y puesto que el acto creador del derecho puede ser visto simplemente como una determinación del uso de la cosa, este derecho a usar es idéntico al derecho de propiedad como tal.

De manera similar al derecho de posesión, el derecho de uso no garantiza que el titular del derecho pueda efectivamente usar la cosa o que, al usarla, se satisfagan sus preferencias y propósitos. Todo el significado del derecho está contenido en la idea de que es un *derecho exclusivo para determinar* los usos a que se destina la cosa. Lo que el derecho garantiza es simplemente que el lugar para determinar el uso no puede estar en alguien distinto del titular del derecho. El correlato inmediato del derecho de uso es que los demás quedan sujetos a una inhabilidad *legal* : no pueden hacer unilateralmente nada que represente un uso legítimo de la cosa o que haga que el primer ocupante pierda su derecho a usarla. Y esta inhabilidad legal puede imponerse a los demás en general porque el acto que establece la propiedad es público en la forma requerida.

(p. 769) Una vez que el derecho de uso se considera desde esta perspectiva, debe interpretarse como abierto, de una manera particularmente fuerte. Para evitar malentendidos aquí, es crucial tener en cuenta que, en la perspectiva que estoy adoptando, la única cuestión que es relevante cuando el derecho de propiedad está en juego es si alguien ha hecho algo que manifiesta a otros la intención requerida de usar. Esta intención es pertinente solo en la medida en que se relaciona con la cuestión de la adquisición y su

incidencia sobre los demás es simplemente que pueden estar bajo la incapacidad legal de ya no tener el poder legal para determinar cómo se debe usar una cosa. Ahora bien, *cualquier* uso de algo califica como ponerlo bajo los propósitos de uno y, por lo tanto, como manifestación de la intención requerida. Pero en lo que respecta a la relación de la persona con la cosa, una cosa, por definición, no tiene capacidad para restringir los usos particulares a los que se destinará. Y debido a que la única dimensión jurídica de la relación entre el ocupante y los demás se refiere al punto de que el ocupante *solo puede usar la cosa, la propiedad de la cosa no tiene capacidad para usarla* .

tiene derecho a determinar los usos (los demás están incapacitados a este respecto), pero tampoco tiene capacidad para decidir los fines particulares a los que se destinará. En consecuencia, el derecho de propiedad así adquirido no está intrínsecamente limitado a ningún uso particular o conjunto particular de usos, sino que comprende el potencial para una multiplicidad indeterminada o abierta de usos. La validez de la adquisición por primera ocupación no depende de si el demandante persigue un propósito particular o no. Ni la búsqueda ni el fracaso de un uso particular o conjunto particular de usos puede afectar la capacidad del demandante para adquirir algo (que, por supuesto, no debe tener dueño) o, una vez que lo haya obtenido, para continuar teniéndolo.

Además, el derecho de uso no implica ninguna prohibición implícita contra los usos derrochadores:26 uno puede estropear o destruir sus cosas. El hecho de que otros puedan necesitar las cosas de uno es, como tal, irrelevante porque, de acuerdo con la concepción jurídica de los derechos, la necesidad no es una base sobre la cual uno pueda fundar reclamos de propiedad contra otros. Incluso quien usa su propiedad de una manera que viola los derechos de otro (por ejemplo, constituyendo una molestia) no por eso y como una cuestión de derecho de propiedad deja de ser dueño de ella. Porque el derecho puede perderse solo por abandono o, alternativamente, por transferencia a otro a través de una transacción de mutuo consentimiento. Pero un uso que no es necesario para otros es irrelevante.

Filosofía del derecho de propiedad

El uso de este término no se puede interpretar como una de las dos cosas, sino como una forma de someter al propietario a la idea de responsabilidad, que es distinta, aunque está relacionada con la anterior, como ya he explicado muy brevemente y explicaré con más detalle en la siguiente sección.

Un tercer incidente del derecho de propiedad adquirido por la primera ocupación es el derecho a enajenar. Así como el principio de la primera ocupación no supone que los individuos estén obligados a poner algo bajo su poder en primer lugar —la decisión de hacerlo **o** no depende totalmente de ellos—, el principio no los obliga, una vez que han ocupado inicialmente la cosa de la manera requerida, a continuar ocupándola. La relación entre el primer ocupante y la cosa no impone obligación alguna al primero. Así, al tomar algo bajo mi control y posesión, puedo hacer algo con o a eso que manifieste la intención presente de despojarme de la posesión o de restaurar la cosa a su condición de ser independiente de mí, extinguiendo así la incapacidad correlativa que se impuso a otros con respecto a la posesión y el uso. Es sólo como alguien que está en posesión legítima de algo que uno puede hacer algo con o a eso que sea inteligible como una enajenación de eso; y, por supuesto, es sólo una cosa que puede ser enajenada. La ocupación puede, por tanto, expresarse específicamente, ya sea positivamente, al dar a una cosa un uso elegido, o negativamente, al devolver la cosa a su condición de ser independiente. En cada caso, el primer ocupante está haciendo algo que manifiesta la subordinación de la cosa a sus fines. Analizada de esta manera, la enajenación es en sí misma una especificación de la ocupación y, por lo tanto, el derecho a enajenar es una determinación adicional del derecho de propiedad. De hecho, dado que la enajenación es la ocupación plena y completa de la cosa, el derecho a enajenar es idéntico al derecho de propiedad como tal. Este derecho a enajenar es exclusivo en el sentido de que los demás tienen la incapacidad correlativa de ya no tener el poder legal para dejar la cosa sin dueño; no pueden hacer nada unilateralmente que restaure la independencia de la cosa, despojando así al titular del derecho de la posesión

legítima. Así como es el solo acto de éste el que constituye la propiedad, también es su solo acto el que puede despojarse de ella.

Aquí es importante subrayar que la única consecuencia inmediata y necesaria de la enajenación, en lo que se refiere al derecho de propiedad, es precisamente que quien enajena deja de tener propiedad sobre la cosa. En otras palabras, la cosa se vuelve sin dueño. Esto es *todo* lo que produce la enajenación. Para que la cosa, al no tener dueño, vuelva a ser propiedad de alguien, alguien debe iniciar los actos requeridos por la primera ocupación y tomarla en su posesión. La adquisición que de ello resultaría surgiría por un hecho operativo que, jurídicamente hablando, es enteramente distinto y separado de la enajenación precedente. La enajenación aquí es simplemente un abandono unilateral de la propiedad sobre la cosa y la extinción de la incapacidad correspondiente en otros; no crea ni contribuye siquiera a la creación de ningún derecho nuevo. A este respecto, como trataré de aclarar en la siguiente sección, existe una diferencia cualitativa básica entre la enajenación bajo el principio de primera ocupación y la transmisión (incluida la facultad de transmitir) de derechos. Mientras que la enajenación es un acto unilateral de una sola persona que deja la cosa sin dueño, la transferencia de derechos, cuyo principal ejemplo es el contrato, está constituida por los actos combinados de dos personas que aseguran que la cosa nunca deje de estar en la legítima posesión de una de ellas.27

(p. 771) Los estudiosos contemporáneos suponen ampliamente que la forma apropiada de interpretar los incidentes de propiedad es como un "conjunto" de derechos, libertades, poderes, inmunidades, etc.28 Esta visión se basa en dos supuestos.

En primer lugar, a nivel formal, la imagen de un conjunto sugiere que los incidentes están unidos entre sí *ab extra* en lugar de estar intrínsecamente interconectados; no hay una necesidad interna de que estén juntos y no son expresiones de una sola idea. Presumiblemente, uno puede, en principio, agregar incidentes al conjunto o sustraerlos del conjunto. En segundo lugar, sustantivamente, la

perspectiva del conjunto presupone que el derecho de propiedad es normativamente heterogéneo en el sentido de que incluye una variedad de concepciones y relaciones jurídicas fundamentales distintas –no sólo derechos sino también libertades, poderes, obligaciones e inmunidades.

En mi opinión, ambas suposiciones son erróneas. Los tres incidentes o especificaciones, como yo los caracterizaría, del derecho de propiedad en primera ocupación, a saber, el derecho a poseer, el derecho a usar y el derecho a enajenar

—son expresiones completamente integradas y mutuamente interconectadas, aunque distintas, de la misma concepción de la propiedad: al adquirir la propiedad por primera ocupación, uno no adquiere, y no puede adquirir, nada menos o más que estos tres incidentes. Además, si bien estos incidentes son mutuamente distinguibles, son, en términos jurídicos fundamentales, todos derechos. Si bien uno puede ciertamente especificar aspectos del derecho de propiedad como libertades, poderes, etc., todos ellos están arraigados en y se derivan de los tres derechos de posesión, uso y enajenación. En esta sección, desafiaré la primera premisa de la perspectiva del paquete sugiriendo brevemente cómo los tres incidentes son aspectos a la vez muy distinguibles y completamente integrados de la misma idea de propiedad29 —y que no hay otros incidentes básicos además de estos tres. Por el momento, seguiré suponiendo que estos incidentes tienen lugar en la misma idea de propiedad29.

Filosofía del derecho de propiedad

En las dos últimas secciones intentaré demostrar más plenamente por qué es posible y razonable considerar los incidentes únicamente como derechos.

He sugerido que cuando los tres incidentes del derecho de propiedad —a saber, el derecho a poseer, usar y enajenar— se consideran en un alto nivel de abstracción, cada uno de ellos es simplemente un modo de subordinar unilateralmente algo a los propios fines. Esta subordinación unilateral es externa en un sentido que refleja la concepción jurídica de los derechos. Desde este ángulo, los

tres incidentes reflejan la misma idea y son indistinguibles. Como tal, puede decirse que cada uno de estos incidentes es intrínseco al derecho de propiedad que se adquiere por primera ocupación.

Pero, además, expresan esta idea de maneras cualitativamente distintas. La toma de posesión y el uso pueden distinguirse en la medida en que la primera subordina unilateralmente **algo** al poder de uno, es decir, a la capacidad de uno para fines, mientras que el segundo consiste en su subordinación unilateral a un fin determinado. El uso manifiesta una intención que, a través de la toma de posesión, se traduce en la elección de un fin particular para el cual se destina el objeto poseído. En cuanto a la enajenación, es cierto que en un sentido puede considerarse como una especie de uso de la cosa de uno que consiste en hacer intencionalmente algo en particular a o con ella; no es una mera ausencia de posesión física porque esto no sería necesariamente incompatible con la continuación de la posesión y el uso legítimos. Sin embargo, la enajenación es una subordinación unilateral de la cosa a fines que se distingue de la toma de posesión y el uso en la medida en que manifiesta la intención precisamente de colocar la cosa más allá de la posesión y el uso de uno.

El punto final es que los tres incidentes están conceptualmente integrados de una manera que asegura la completitud. El punto de partida debe ser la toma de posesión. En efecto, dada la concepción jurídica de los derechos, es sólo a través de un acto inicial de este tipo que la relación externa requerida entre la persona y la cosa (no poseída) puede establecerse. La toma de posesión pone algo bajo el poder y la capacidad de propósito de una persona. Por lo tanto, es conceptualmente anterior al uso y establece la posibilidad de uso, ya que es sólo algo que está bajo el poder de uno que uno puede dar un uso particular. Por su parte, el uso es esencialmente un acto que completa la toma de posesión en la forma de dar explícitamente a la cosa un propósito particular. El uso es, por lo tanto, el segundo en la secuencia conceptual. Ahora bien, el uso representa la realización meramente positiva de la toma de posesión -una conexión puramente positiva entre la persona y la cosa a través de la imposición de un propósito

particular- en la medida en que no pone de manifiesto explícitamente el hecho de que, incluso como propietario, uno no está obligado a apropiarse de nada en absoluto, de modo que no es en lo más mínimo necesario que uno continúe poseyendo la cosa. La enajenación representa una especie de uso de la propia cosa que hace explícito este punto fundamental. Por una parte, la enajenación incorpora los incidentes previos de toma de posesión y uso, porque, para ser inteligible como enajenación, el acto debe realizarse con o hacia algo que está en posesión de uno y debe implicar la imposición intencional de efectos sobre eso. Pero al representar un trato intencional con la propia cosa que manifiesta el hecho de que uno *no necesita* estar en posesión, la enajenación completa el uso. Integra la toma de posesión y el uso de una manera que expresa el carácter fundamental de la relación externa entre persona y cosa en la concepción jurídica de los derechos: los individuos no están obligados a apropiarse de cosas, a entrar en relaciones contractuales con otros, etc. De los tres incidentes, la enajenación es un ejercicio del derecho de propiedad -pues, como he subrayado, es como propietario de algo que uno enajena- que exhibe más completa y explícitamente el carácter distintivo de este derecho bajo la concepción jurídica.

Concluyo que los tres derechos de posesión, uso y enajenación agotan los posibles incidentes fundamentales que son intrínsecos a la adquisición por primera ocupación. La posesión, el uso y la enajenación representan en el nivel más alto de abstracción todos los posibles modos cualitativamente distintos de someter unilateralmente una cosa a los propios fines, suponiendo que empecemos con la condición de que la cosa *no sea todavía* propiedad **(p. 773)** y terminemos con la condición de que *ya no sea* propiedad. La enajenación termina precisamente donde comienza la toma de posesión: con una cosa sin dueño; el círculo, y por lo tanto la secuencia conceptual de las formas de ocupación, está completo. Esta conclusión está de acuerdo con la visión tradicional adoptada tanto por el derecho consuetudinario como por el derecho civil, que se remonta a la división tripartita del derecho romano de *ius possendi, ius utendi* e *ius abutendi* .

En este punto del argumento, mi argumento ha sido que los derechos de posesión, uso y enajenación agotan los incidentes fundamentales intrínsecos a la adquisición por primera ocupación. En la Sección 3, daré un paso más y argumentaré que la primera ocupación es la única categoría elemental del derecho privado que califica como un derecho de propiedad. Por lo tanto, la opinión que defenderé en última instancia es que estos, y *solo* estos, derechos son los incidentes fundamentales del derecho de propiedad en el derecho privado. Esta opinión contrasta con la adoptada por los académicos que han sugerido una lista más amplia de incidentes. La diferencia surge, creo, del hecho de que, mientras que el enfoque adoptado en este capítulo considera que la primera ocupación es la única categoría elemental del derecho privado que califica como un derecho de propiedad.

Filosofía del derecho de propiedad

la propiedad como un modo específico de adquisición dentro de la concepción jurídica de los derechos que es distinta tanto del contrato como de la responsabilidad, las listas más extensas representan amalgamas de categorías y relaciones jurídicas *cualitativamente diferentes* a las que se llega reuniendo empíricamente los diversos derechos, libertades, deberes, inmunidades, responsabilidades, etc., que se aplican a los propietarios en sus muchas y diversas relaciones jurídicas en un sistema jurídico moderno.

Sin embargo, de acuerdo con el punto de vista jurídico, una base pública de justificación requiere que, al especificar los incidentes de la propiedad o, por ejemplo, las características esenciales del contrato, prestemos atención precisamente a las diferencias características entre tales relaciones. Si estoy en lo cierto, debe ser el caso que los incidentes distintos de los derechos de posesión, uso y enajenación sean reducibles a uno de estos tres o, en la alternativa, sean extrínsecos al principio de primera ocupación como tal y pongan en juego otros tipos de relaciones jurídicas. Para ilustrar este punto, ahora analizaré brevemente lo que se considera ampliamente como el relato contemporáneo más influyente de los incidentes de la propiedad, a saber, el de AM Honoré.30

Honoré identifica once incidentes estándar de propiedad que considera como "ingredientes necesarios en la noción de propiedad, en el sentido de que, si un sistema no los admitiera y no previera que se unieran en una sola persona, concluiríamos que no conocía el concepto liberal de propiedad".3

1 Estos incidentes comprenden los

El derecho de posesión, el derecho de uso, el derecho de administración, el derecho a la renta de la cosa, el derecho al capital, el derecho a la garantía, el derecho o los incidentes de transmisibilidad y ausencia de plazo, la prohibición del uso perjudicial, la responsabilidad de ejecución y el incidente de residuaridad. Ahora bien, algunos de estos incidentes son, en efecto, irreductiblemente fundamentales e intrínsecos a la adquisición por primera ocupación; otros son reducibles a tales incidentes o son especificaciones de ellos; y otros presuponen relaciones jurídicas (pertenecientes al contrato, a los principios de responsabilidad, al derecho público, etc.) que, como sostendré, van más allá de este concepto de adquisición, haciendo así que su explicación de los incidentes sea demasiado inclusiva.

(p. 774) Por ejemplo, el derecho a poseer, que Honoré define como el derecho a tener y mantener el control exclusivo de una cosa, coincide esencialmente con el derecho a poseer del que hemos hablado antes. Se trata de un incidente intrínseco fundamental que, como señala Honoré, constituye el fundamento de toda la superestructura de la propiedad.32 De manera similar, sujeto a una importante salvedad, el derecho de uso, el derecho de gestión y el derecho a los ingresos de Honoré juntos constituyen el derecho de uso analizado anteriormente. Aunque diferencia estos derechos, el propio Honoré señala que, en una interpretación amplia, el "uso" puede incorporar tanto la gestión como los ingresos.33 La salvedad es que, al incluir en el contenido del derecho a los ingresos elementos como las rentas y los beneficios derivados de permitir a otros utilizar la cosa de uno, Honoré va más allá de los parámetros del concepto de propiedad que está estrictamente implícito en la adquisición por primera ocupación. Esto se refleja en el

hecho, señalado por Honoré, de que los derechos a la renta y a los beneficios son reclamaciones *in personam* , no *in rem* . Como argumentaré en la siguiente sección, esos derechos presuponen una noción de adquisición que se efectúa mediante una transferencia entre dos partes, no mediante el acto unilateral de una sola parte. Por lo tanto, tienen su origen en el contrato y no en la primera ocupación.

La misma observación se aplica al quinto incidente, el derecho al capital. Este derecho consiste en la facultad de enajenar la cosa propia y de consumir, malgastar o destruir la cosa en todo o en parte. El derecho de uso, que es intrínseco a la adquisición por primera ocupación, comprende ciertamente el derecho a consumir o destruir la cosa. Además de esto, la primera ocupación comprende el otro incidente intrínseco del derecho a enajenar, que esencialmente consiste precisamente en el derecho a abandonar.

Por el contrario, la facultad de transmitir la propia cosa en vida o por muerte y por donación, venta, hipoteca, legado, etc., va más allá de este derecho de enajenar, pues se trata de un acto por el cual la cosa es adquirida por otro y no de un abandono unilateral que simple y llanamente deja la cosa sin dueño.

El sexto incidente de Honoré, el derecho a la seguridad que consiste en una inmunidad ordinaria frente a la expropiación por parte de otros individuos, se desprende lógicamente de los tres incidentes fundamentales. Esta inmunidad simplemente refleja el hecho de que es el titular del derecho el único que, mediante sus elecciones manifestadas externamente, tiene el derecho a determinar la duración del derecho de propiedad. La cuestión de si la responsabilidad por la expropiación por parte del Estado o de las autoridades públicas es compatible con el reconocimiento del derecho de propiedad adquirido por primera ocupación y, en caso afirmativo, cuáles podrían ser los términos justos de dicha expropiación son cuestiones que deben analizarse, no desde el punto de vista de la concepción jurídica de los derechos tomada en sí misma, sino desde una perspectiva completamente diferente que especifica la relación apropiada entre el derecho de

propiedad por un lado y el derecho del Estado por el otro. Una vez más, por lo tanto, estas cuestiones nos llevan más allá de la determinación de la naturaleza y el carácter intrínsecos del derecho de propiedad por primera ocupación.

(p. 775) Los incidentes de transmisibilidad, ausencia de término y carácter residual34 reflejan los tres incidentes estándar del derecho de posesión, uso y enajenación. En la medida en que no sean reducibles a uno de ellos, Página 12 de 42

Filosofía del derecho de propiedad

En efecto, ponen en juego relaciones jurídicas que no pertenecen originariamente o intrínsecamente al concepto de propiedad en primera ocupación: por ejemplo, suponen relaciones de transferencia, por las cuales otro adquiere del titular del derecho un derecho de propiedad pleno o limitado. Así, el carácter residual de la propiedad significa simplemente que, a pesar de la fragmentación de la propiedad, hay uno -el propietario- en quien sigue residiendo el derecho de tomar posesión frente a todos los demás: "al final", la propiedad debe residir en esta persona, pues sólo así puede ser un derecho exclusivo frente a los demás.35

Los dos últimos incidentes enumerados por Honoré, a saber, la prohibición del uso perjudicial y la responsabilidad de ejecución, también van más allá del derecho establecido por la primera ocupación, pero por una razón diferente. Comenzando con la prohibición del uso perjudicial, está el punto preliminar, correctamente señalado por JW Harris,36 de que esta prohibición no depende de si uno posee el instrumento que plantea un riesgo de daño a otros. Pero incluso suponiendo que uno *posea* el instrumento del daño potencial, la cuestión de si y de qué manera se debe limitar el uso de uno para cumplir con los derechos de otros es distinta de la única cuestión fundamental que aborda la primera ocupación: ¿cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para adquirir (o perder) la propiedad de una cosa sin dueño? En este análisis, el correlato del derecho es la incapacidad legal impuesta a otros. Como ya he mencionado pero explicaré

más completamente en la próxima sección, distingo entre la idea de una incapacidad correlativa por un lado y la de un deber correlativo de no interferir o dañar por el otro. Si bien los principios de daño y rectificación ciertamente suponen que el demandante tiene un derecho de propiedad sobre el objeto del interés protegido (la ausencia de cuyo derecho resultará en que el demandante no sea demandado), postulan una relación de derecho y deber correlativo, no meramente de incapacidad correlativa.

A modo de ilustración, consideremos la ley de molestias. La ley de molestias resuelve reclamos conflictivos de uso de la tierra entre dos o más propietarios individuales.37 Supongamos que cada propietario ha adquirido su derecho a través de la primera ocupación. Ahora bien, si bien es necesario que un demandante demuestre que el demandado está interfiriendo con un uso o interés que cae bajo su derecho exclusivo de propiedad, esto no es una condición suficiente para una acción exitosa. El tribunal también debe decidir si los usos de las partes son ordinarios o extraordinarios según lo determinado por el llamado "estándar de la comunidad local" y es solo si el uso del demandante es ordinario y el del demandado no lo es que la acción tendrá éxito. Pero incluso en una interpretación puramente basada en los derechos **(p. 776)** de este estándar que intenta enmarcarlo en términos de una noción de igualdad que es independiente de consideraciones de bienestar general, el estándar requiere un análisis del "uso ordinario" que cristaliza una noción de igualdad para los usuarios de la propiedad en interacción entre sí. Esto va más allá de la cuestión de quién, entre dos partes, tiene el derecho válido a una sola cosa. El objetivo del análisis de la molestia no es determinar si el demandado tiene o ha adquirido un derecho de propiedad de algún tipo, como una servidumbre, en la tierra del demandante, sino más bien si el uso que el demandado hace de su propia propiedad ha lesionado el derecho de propiedad del demandante.

El mismo punto general se aplica a una acción por negligencia. Para demostrar que se ha violado el estándar de cuidado, no es suficiente (aunque es esencial) que el demandante presente un derecho de propiedad exclusivo contra el demandado. El demandante también debe

demostrar que el demandado no actuó razonablemente en las circunstancias. Y esto requiere una determinación de los términos justos y razonables que rigen una interacción que consta de *dos* partes: el derecho de propiedad exclusivo del demandante sobre algo versus el propio interés distintivo del demandado en su libertad de acción. Si bien puede ser el caso de que la equidad y la razonabilidad requieran que el demandado se abstenga de la actividad que previsiblemente impone un riesgo sustancial y no ordinario sobre el objeto del derecho de propiedad del demandante, independientemente de los costos para el demandado de esa abstención,38 esta conclusión se basa en algo más que un principio de adquisición. La afirmación del demandado de un derecho de acción no es una reclamación competitiva para tener la propiedad sobre la cosa dañada. Un principio de adquisición, ya sea de primera ocupación o de otro tipo, determina quién, entre dos personas, tiene la propiedad exclusiva de algo y, por lo tanto, resuelve las reclamaciones en conflicto de dos personas con respecto a *una* sola cosa. Por el contrario, los principios de responsabilidad en el derecho de daños y negligencia resuelven las reclamaciones en conflicto sobre los límites apropiados entre dos cosas. A diferencia de la primera ocupación, los hechos operativos que dan lugar a la responsabilidad incluyen necesariamente la interacción entre dos partes.39

El análisis precedente de los incidentes de la propiedad pone de relieve los parámetros conceptuales de la idea de propiedad que, a mi juicio, se refleja en el principio de la primera ocupación. Una premisa básica del argumento es que este derecho de propiedad es puramente un principio de adquisición y que debe entenderse estrictamente como tal. Incluso admitiendo que ésta sea una presentación correcta del principio de la primera ocupación, todavía queda la importante cuestión de si, en lo que respecta al derecho privado, el derecho de propiedad se considera correctamente restringido a *lo* que implica este principio. ¿Por qué no es arbitrario limitar el derecho a esto únicamente? Lo que ha surgido del análisis de la página 13 de 42

El argumento de este autor es que puede haber una diferencia entre la adquisición por primera ocupación, por un lado, y la transferencia de propiedad y los principios de responsabilidad, por el otro. Para que mi argumento tenga éxito, debe darse el caso de que: (1) dentro del derecho privado, las categorías de primera ocupación, **(p. 777)** transferencia y responsabilidad sean genuinamente distintas y agoten por completo su estructura básica; y (2) el derecho de propiedad caiga únicamente en la categoría de primera ocupación y no en la de transferencia o responsabilidad. Si bien no puedo esperar exponer completamente el argumento necesario en el marco de este ensayo, deseo tratar de esbozar cómo deben entenderse estas categorías y explicar por qué la triple clasificación resultante es completa y exhaustiva, y la primera ocupación por sí sola representa la idea de propiedad en el derecho privado. La siguiente sección explora estas cuestiones.

3 Propiedad, contrato y responsabilidad: distintos pero integrados

Mi primera tarea en esta sección es mostrar que la primera ocupación y el contrato son ambos modos de adquirir la propiedad de las cosas, pero que, al mismo tiempo, son cualitativamente distintos como modos de adquisición. Sostengo que la primera ocupación y el contrato son los dos modos fundamentales de adquirir la propiedad. Además, argumentaré que la idea de propiedad en el derecho privado, a diferencia de la propiedad, se identifica correctamente con la primera ocupación, no con el contrato.

A continuación, explicaré brevemente la idea de responsabilidad en el derecho privado e indicaré su relación con la propiedad y el contrato. Mi argumento, para el cual sólo puedo esbozar el tipo de argumento detallado y completo que sería esencial, es que la propiedad, el contrato y la responsabilidad agotan las categorías o elementos fundamentales del derecho privado, considerando que este último encarna la concepción jurídica de los derechos.

Sin embargo, antes de analizar la relación entre la primera ocupación y el contrato, conviene aclarar un punto sobre el

alcance y la importancia de la primera ocupación. Podría pensarse que este principio se aplica únicamente cuando la cosa que se adquiere es *res nullis* , es decir, cuando todavía no pertenece a nadie. Pero no es así.

Más bien, cada vez que un individuo afirma haber adquirido algo en relación con otro sobre la base de que *tomó posesión de ello antes que el otro* , se invoca el principio de primera ocupación. Esto es cierto independientemente de que la cosa sea *res nullis* en términos absolutos o no. Lo que cuenta es simplemente si, *en relación con otro* , una persona ha tomado posesión *antes en el tiempo* que la otra. Vale la pena señalar aquí que el hecho de que mi derecho pueda ser relativo en el sentido de ser contra una persona pero no contra otra (que tiene, suponemos, un mejor reclamo bajo la primera ocupación que yo) no altera su carácter como *in rem.40* En la perspectiva que estoy sugiriendo y que en breve completaré con un poco más de detalle, es *in rem* porque, dado que mi modo de apropiarme de la cosa es **(p. 778)** público *frente a* todos, el que está colocado bajo la incapacidad correlativa cuenta como cualquiera en general. Y, como intenté explicar en el apartado anterior, es público en este sentido porque la apropiación es por mi acto unilateral, sin la participación o concurrencia de otros.

En lo que se refiere a los derechos contractuales, está relativamente bien establecido que son *in personam ;* es decir, que son, en su propia concepción, relativos entre las partes del contrato. Asimismo, la prueba objetiva para la formación del contrato sostiene que el significado y la importancia de los actos de una parte se deciden por cómo aparecen razonablemente, no para alguien en general, sino para la otra parte en el contexto de su interacción particular situada en las circunstancias circundantes. En el siguiente análisis de la relación entre el contrato y la primera ocupación, trataré estas características establecidas de la ley como puntos fijos provisionales.

Por el contrario, existe otra concepción sobre el carácter de los derechos contractuales que voy a cuestionar. Según esta concepción, el derecho *in personam* que se adquiere en el momento de la formación del contrato y antes de su cumplimiento no es un derecho de propiedad pleno y

genuino, a pesar del hecho de que se adquiere, es exclusivo frente a otro y está plenamente protegido por el principio de responsabilidad en derecho privado. Según esta concepción, es sólo con el cumplimiento que una parte obtiene un derecho de propiedad sobre una cosa. El derecho *in personam* es inherentemente transitorio, pasando al derecho *in rem* , que representa su conclusión y punto de parada estable. Por lo tanto, el derecho *in personam* debe incluirse bajo la rúbrica de alguna noción distinta de la adquisición de la propiedad, como la moralidad de la promesa, y el derecho debe interpretarse como un derecho al cumplimiento en contraste con un derecho de propiedad sobre una cosa. El hecho de que, al cumplirse la prestación, el cesionario sea propietario de la cosa prometida se explica de manera coherente con esta interpretación como el resultado de un abandono unilateral inicial por parte del cedente seguido con el tiempo por una apropiación igualmente unilateral por parte del cesionario: no se invoca ningún principio nuevo más que el de la primera ocupación. La "transacción" consiste en dos instancias separadas de ejercicios del derecho de primera ocupación. En este enfoque, entonces, la adquisición por primera ocupación es el único modo de adquirir la propiedad de las cosas. Los derechos *in rem* , y no los *in personam* , son derechos de propiedad genuinos.

Sin embargo, a primera vista, la noción de que el contrato puede entenderse como un derecho que puede adquirirse y reivindicarse mediante principios generales de derecho privado de responsabilidad pero que, no obstante, es irreductible a un derecho de propiedad sobre una cosa es ininteligible desde el punto de vista de la concepción jurídica de los derechos. Además, como analizaré con más detalle, si la adquisición contractual solo puede analizarse en términos de dos actos separados, cada uno de los cuales cae bajo el principio de primera ocupación, es difícil, si no imposible, explicar las doctrinas y características básicas e indiscutidas del derecho contractual. Argumentaré un análisis diferente. En lugar de agotar las formas en que se puede adquirir la propiedad, la primera ocupación es solo

uno de los dos modos cualitativamente diferentes de adquirir la propiedad, y el contrato (o cualquier forma de transferencia de una parte a otra **)** constituye el segundo. En efecto, en contra de la opinión expuesta anteriormente, trataré de explicar por qué los derechos contractuales *in personam* representan de hecho de la manera más completa y completa la idea de propiedad en el derecho privado, cumpliendo así el significado jurídico de la primera ocupación. Comenzaremos tratando de pensar cómo se puede, e incluso se debe, entender el carácter básico del contrato para que sea inteligible como un modo de adquisición de propiedad que es categóricamente distinto de la primera ocupación.

Ahora bien, en general, puede haber adquisición de algo que no tiene dueño o, alternativamente, que ya es propiedad de otro. Esta división es fundamental y exhaustiva. En el caso de un objeto que no tiene dueño, la adquisición se realiza y debe realizarse por el principio de primera ocupación. Si ha de haber un segundo modo, genuinamente distinto, de adquirir la propiedad, debe estar contenido, por tanto, en un análisis de cómo la adquisición de algo que ya tiene dueño difiere de la adquisición de algo que no tiene dueño. Este segundo modo de adquisición debe tomar en serio el hecho crucial de que la cosa ya es propiedad de otro. Debe hacer referencia intrínsecamente a este hecho. Sin embargo, entender la adquisición de algo que ya tiene dueño en términos de dos actos unilaterales separados, en los que una parte abandona la cosa y la otra se la apropia, no hace esto. El acto de abandono hace que la cosa no tenga dueño y esté disponible para cualquiera; el acto de apropiación toma la cosa en la condición de simplemente no tener dueño (por nadie) y el derecho resultante es indiferentemente el mismo que frente al propietario original y cualquier otra persona que no haya tomado ya posesión de ella. La adquisición no puede ser entendida como una apropiación por uno *del otro* . En resumen, no hay *nada* en esta forma de adquisición que se refiera intrínseca y necesariamente a la propiedad inicial de la otra parte. Es evidente que para pensar en un modo de adquisición que incorpore este hecho, debemos ser capaces de concebir una forma de adquisición en la que la cosa sea adquirida por uno *en la condición de ser propiedad de otro* ; en otras palabras, debe ser posible

entender la cosa, en el momento de la apropiación, como *todavía* propiedad del otro. Sólo entonces la cosa será apropiada en una condición distinta a la de no ser propiedad. Veamos ahora más particularmente lo que debería implicar tal adquisición.

En primer lugar, dicha adquisición debe efectuarse mediante *dos* actos de voluntad: debe haber enajenación por parte del propietario (de lo contrario, la segunda parte seguirá sujeta a una incapacidad legal) *y* debe haber apropiación por parte de la segunda parte.

—en caso contrario, a lo sumo puede haber abandono, y no nueva adquisición de dominio. Sin embargo, con sólo estipular el requisito de que haya dos actos, todavía no hemos distinguido categóricamente esta forma de adquisición de la toma de posesión después de un abandono anterior, que no exige que vayamos más allá del principio de la primera ocupación. Para asegurar que la adquisición se realiza por otro y es irreductible a la primera ocupación en cualquier circunstancia, hay un requisito adicional: los dos actos deben estar *relacionados entre sí* de la siguiente manera.

La adquisición de otro requiere que los actos de enajenación y apropiación sean dos lados de una misma relación, de modo que ninguno de los lados pueda definirse ni tener efecto legal **(p. 780)** excepto en combinación con el otro. Así, el acto de enajenación debe manifestar la intención de que cuenta como enajenación si, pero sólo si, hay apropiación por parte del otro, y viceversa: cada lado se define sólo en relación con el otro.4

1 Así entendidos, estos actos ya son

se distingue del abandono (que deja la cosa sin dueño y a disposición de cualquiera) seguido de la toma de posesión (que es un acto puramente unilateral que no implica directamente la participación o concurrencia de ninguna otra persona).

Más particularmente, debe ser posible interpretar los actos mutuamente relacionados de las partes bajo dos aspectos distintos, cada uno de los cuales es necesario para la

completa elucidación de la adquisición por parte de la otra. Primero, para que la apropiación por una sea compatible con el derecho de propiedad de la otra, debe ser con el consentimiento de esta última y, por lo tanto, debe ser en respuesta a y después de la decisión externa, manifiesta y sin reservas de esta última de enajenar. Los dos actos deben estar en una secuencia temporal, con el primer acto invitando al segundo que, a su vez, lo sigue y responde a él.

En segundo lugar, sin embargo, también debe ser posible interpretar la relación entre los actos de tal manera que no exista *ninguna brecha. cualquiera que sea la diferencia* entre ellos: no debe haber un tiempo en que la cosa haya dejado de ser de la primera parte pero no haya pasado a ser de la segunda parte. Porque si hubiera tal intervalo, por pequeño que fuera, durante ese intervalo la cosa quedaría sin dueño y la segunda parte se la apropiaría en esta condición, y por lo tanto de acuerdo con la página 15 de 42

Filosofía del derecho de propiedad

el principio de la primera ocupación. En resumen, debemos ser capaces de interpretar los actos mutuos relacionados como absolutamente copresentes y simultáneos.42 Si ha de haber un segundo modo de adquisición que sea conceptualmente irreducible a la adquisición por primera ocupación, debe ser posible, por lo tanto, considerar a la primera parte *como siendo y permaneciendo como un propietario* de su cosa aun cuando la enajene y la segunda se la apropie, y, de modo similar, la segunda parte como propietario aun cuando se la apropie y la primera la enajene. Paradójicamente, cada parte debe ser representada como si siguiera siendo propietaria mientras deja de serlo o se convierte en tal. Sólo con esta condición puede haber una transferencia conceptual sin fisuras entre ellas.

La adquisición de otro —llamémosla "adquisición derivada"— parece, por sus propios términos, ser distinta e irreductible a la adquisición por primera ocupación. La diferencia fundamental entre ellas es ésta: mientras que el hecho operativo que satisface el principio de primera ocupación es el acto unilateral de una sola parte, el hecho operativo en el caso de la adquisición derivada es una

unión de actos de dos partes. Basta con que una persona haga todo lo necesario y suficiente para establecer un derecho en virtud de la primera ocupación; la adquisición derivada es posible sólo mediante la unión de las voluntades de dos.

(p. 781) Sin embargo, es precisamente porque la primera ocupación surge a través del acto unilateral de una sola persona que hay una tensión dentro de este principio que no se resuelve completamente por él. Todo el significado jurídico del derecho de propiedad reside, después de todo, en su carácter *exclusivo frente a otros* : la relación de la propiedad con otros no es un aspecto contingente o secundario, sino más bien necesario e intrínseco al derecho de propiedad como tal. Es cierto que la relación de la propiedad con otros se refleja en el requisito de que el acto unilateral debe ser uno que sea públicamente reconocible de la manera requerida. Sin embargo, es por sus actos unilaterales y aislados sin la participación o el concurso de otros que los individuos adquieren la propiedad por primera ocupación. Además, mientras que la idea de adquisición de cosas externas, en contraste con el derecho a la integridad corporal, necesariamente postula, como vimos, la posibilidad de estar en posesión legítima de algo sin tenerlo en posesión física, la primera ocupación requiere un acto inicial de tomar la cosa en posesión física; y cuando la ocupación se logra agarrándola (en oposición a marcarla, darle forma o usarla), la posesión es coetánea a la posesión física, y cesa en el instante en que ya no la tenemos en nuestra posesión física. Que debe haber un acto inicial de ocupación física se desprende, argumenté, precisamente del hecho de que uno se apropia de la cosa a través de un acto unilateral, independientemente de la participación de otros. Así, el hecho operativo que satisface la primera ocupación no exhibe a primera vista, por así decirlo, la característica misma, a saber, la relación con otro, que es esencial para que sea un derecho de propiedad.

Existe una tensión adicional dentro del principio de primera ocupación que surge del carácter del hecho operativo que lo satisface. Si tomamos la operación plena y completa del principio en cualquier caso particular, una persona adquiere algo con exclusión de todos los demás:

con respecto a la cosa apropiada, quien tiene un derecho no está bajo ninguna discapacidad mientras que todos los demás están *simplemente* bajo una discapacidad sin derecho en relación con el primero en posesión. Sin embargo, está implícito en nuestra comprensión del principio que cualquiera de los excluidos *podría* , como una cuestión de derechos, haber adquirido exactamente la misma cosa en diferentes circunstancias.43 Que cada persona tiene una capacidad igual en derecho para la adquisición es una premisa básica de la interpretación de este principio en la cultura jurídica pública. En el nivel más fundamental, esta premisa consiste en una idea de reciprocidad según la cual uno está sujeto a restricciones *con respecto a* otro solo en la medida en que uno también tiene derechos con respecto al otro, y viceversa. Sin embargo, la operación de primera ocupación no hace expresamente que la reciprocidad sea parte de los hechos operativos que dan lugar al derecho.

Como la adquisición derivativa requiere actos de elección relacionados entre sí, como se indicó anteriormente, no está sujeta a estas tensiones. En la adquisición derivativa, y en contraste con la primera ocupación, los actos que establecen la relación legal exhiben en su faz el carácter de esa relación. Un ejemplo de adquisición derivativa que viene inmediatamente a la mente **(p. 782)** es la transferencia de propiedad actual, completamente ejecutada. Pero, como he argumentado en otra parte, el caso de adquisición derivativa que resalta de manera más completa y explícita el carácter y las características distintivas de dicha adquisición es el contrato. 44 Aquí, destacaré brevemente ciertos puntos fundamentales sobre el derecho consuetudinario de contratos para mostrar cómo el contrato cumple completamente el carácter jurídico del derecho adquirido por la primera ocupación, haciendo que el contrato sea distinto de la primera ocupación, pero continuo con ella. Una noción de propiedad informa a ambos.

El primer punto es que la propia ley sugiere que el contrato es, y debe ser visto como, un modo de adquisición; y, más específicamente, que aunque el derecho adquirido por contrato es *in personam* , este derecho es, no obstante, un derecho de propiedad, en el sentido de que implica la

posesión legítima de una cosa exclusivamente frente a otra. Permítanme explicarme.

En caso de incumplimiento de contrato, el demandante tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios o, cuando estos no sean suficientes, a un cumplimiento específico. Al conceder tales compensaciones, la intención de la ley es poner al demandante en la posición que habría ocupado si el demandado hubiera cumplido lo prometido. La ley considera que esto es una decisión y un principio justo de compensación. Ahora bien, si los daños y perjuicios por daños y perjuicios y el cumplimiento específico tienen carácter compensatorio, como supone la ley, debe darse el caso de que, antes del incumplimiento, el demandante tenga un derecho exclusivo frente al demandado sobre la cosa que se reivindica mediante la reparación. En la contemplación jurídica, el incumplimiento representa, no un incumplimiento de la obligación de otorgar un beneficio al demandante o de satisfacer sus necesidades y expectativas, sino más bien una lesión del interés protegido del demandante: priva al demandante de la posesión física de algo que ya es suyo por derecho al momento de la formación del contrato, incluso antes de la fecha acordada para el cumplimiento. El incumplimiento de un contrato es un acto ilícito, no un acto de incumplimiento. Dado que la fuente de este interés protegido solo puede ser el propio acuerdo contractual, debe ser posible considerar que el demandante adquiere algo del demandado en el momento de la celebración del contrato y a través de él. En vista de la disponibilidad del recurso de la expectativa interpretado como una forma de compensación, el contrato se interpreta correctamente como un modo de adquisición derivada.

Además, aunque el derecho adquirido por contrato se caracteriza a menudo como un derecho al cumplimiento de una obligación por parte de otro, este derecho, en última instancia, es un derecho de propiedad.4

5 *Lo que* el demandante obtiene se refleja en el contenido de la reparación, de acuerdo con la idea de que la

reparación tiene como objetivo colocar al demandante en la posición que habría ocupado si se hubiera respetado su derecho. La indemnización por expectativas otorga al demandante dinero que representa el valor total de la cosa contratada (ya sea un objeto o un **servicio**) en el momento en que debía cumplirse. Además, dicha indemnización proporciona al demandante los medios para comprar un equivalente de la cosa en el mercado y, de ese modo, obtener la posesión física de la misma. Cuando no se puede obtener dicho equivalente, la indemnización por daños y perjuicios monetarios no puede cumplir esta doble función y, por lo tanto, se considerará "inadecuada". En tal caso, solo el cumplimiento específico puede lograr estos fines y es, en principio, la reparación adecuada. El derecho contractual que se confiere al demandante en la formación del contrato incluye, por lo tanto, el derecho a la posesión física y el valor46 de la cosa contratada. Y correlativamente, al formarse el contrato, el demandado no tiene derecho a la cosa contra el demandante.47 Pero el derecho a la posesión física exclusiva y al valor de un objeto o servicio es de carácter propietario y pertenece a quien es su dueño. Por lo tanto, entre estas dos partes, el demandante es dueño de la cosa contratada.

El segundo punto es que la adquisición por contrato se realiza mediante actos de voluntad mutuamente relacionados, lo que muestra de esta manera su carácter de adquisición derivada. Esto lo vemos en las doctrinas fundamentales de la formación de contratos.

Por lo tanto, debe haber oferta *y* aceptación , *dos* expresiones de voluntad. Por sí misma, una oferta no confiere un derecho en absoluto, sino simplemente un poder de aceptación. A menos que la oferta sea correspondida por la aceptación, no se produce la formación del contrato.

La relación contractual es irreductiblemente bilateral. Además, como se señaló anteriormente, el significado de cada lado es idéntico a cómo aparece razonablemente ante la otra parte. En otras palabras, los asentimientos que dan lugar a la formación del contrato -y, por lo tanto, a la adquisición de derechos- deben ser públicos *entre las partes* . Son estos asentimientos externos y manifiestos, en

sí mismos y por sí mismos y no como indicadores o sustitutos del asentimiento interno real, los que dan lugar directamente a la formación. De manera similar a la doctrina de la oferta y la aceptación, la doctrina de la contraprestación garantiza que haya dos partes, no una. Esto se refleja en el requisito fundamental del quid pro quo: para que sea exigible, una promesa debe hacerse a cambio de la promesa o de la realización de otra cosa, siendo la cosa prometida y la sustancia de la contraprestación a cambio dos cosas *cualitativamente diferentes* . Dado que cada parte debe renunciar a algo útil a cambio de recibir algo más que es útil -esto es claramente el caso del contrato bilateral, pero también es cierto del contrato unilateral- cada parte puede ser vista como enajenando y adquiriendo cosas en las que puede tener un interés de propiedad.

Esta dualidad de los contratos se refleja además en el principio de derecho consuetudinario de la inconstitucionalidad, que en sí mismo puede considerarse una doctrina que se aplica a la formación de contratos **(p. 784)** . Si bien no está exenta de controversias, una interpretación ampliamente aceptada de la inconstitucionalidad juzga los contratos en función de una base de igualdad en el intercambio.48

Cada parte tiene, prima facie, el derecho a recibir de la otra un valor igual por lo que enajena. Al mismo tiempo, nadie está obligado a recibir un valor igual. Por lo tanto, por sus palabras y acciones, interpretadas razonablemente, las partes pueden manifestar una intención de enriquecerse mutuamente o de asumir el riesgo de la pérdida correspondiente, renunciando así, en efecto, al derecho a una equivalencia. Sin embargo, cuando una desigualdad de valores parece resultar de la disminución del poder de negociación de una parte, esto generalmente negará la existencia de una intención de donación o de asunción de riesgo. De esta manera, la entrega y recepción de un valor igual es un principio regulador supremo que proporciona la base para evaluar la validez de cualquier contrato.

Ahora bien, por una parte, *el valor* es necesariamente y explícitamente relacional o bilateral: el valor de algo se expresa en relación con otra cosa, donde las cosas comparadas son cualitativamente diferentes en términos de sus respectivas características y usos particulares. Mientras el punto de vista sea sólo el de la primera ocupación y el ejercicio del derecho de uso por una sola persona, podemos hablar de la utilidad para esa persona de algo comparado con otra cosa, pero no de su valor. Las cosas tienen valor cuando pueden ser consideradas intercambiables y, por lo tanto, como propiedad de dos personas diferentes que eligen tratarlas como conmensurables. Por otra parte, el valor es la identidad que subsiste en esta diferencia: bajo el aspecto del valor, las diferencias cualitativas entre las cosas son una cuestión de indiferencia; como expresiones de valor, cada una representa (algún quantum) de la misma cosa. Y en la medida en que cada parte tiene derecho, aunque no está obligada, a recibir *igual* valor de la otra, el contenido que cada una adquiere de la otra es absolutamente idéntico a lo que ella o ella enajena y a lo que la otra adquiere a su vez. Al enajenar mi cosa (es decir, su valor), sigo teniendo la misma cosa; y, de manera similar, sólo te apropias de lo que ya tienes. Así, cada uno de nosotros sigue siendo propietario de la misma cosa incluso cuando enajena o se apropia, como debe suponerse, como señalé antes, si ha de haber una transferencia sin interrupción de una persona a otra de acuerdo con la idea de adquisición derivada.

El tercer punto es que el contrato muestra en su faz la posibilidad de la adquisición de una posesión no física, pero no obstante plenamente efectiva y legítima. En el contrato, la posesión legítima puede adquirirse independientemente de la posesión física de los objetos de esos derechos. De hecho, a menos que este sea el caso, la idea de un contrato ejecutable pero puramente ejecutorio se vuelve instantáneamente imposible. Esto se debe a que es *en la formación del contrato* , es decir, independientemente y antes de que las partes obtengan la posesión física de lo que se les ha prometido, que los derechos de las partes quedan plenamente y completamente establecidos. Son estos derechos -y *solo* estos- los que se reivindican en **(p.**

785) la indemnización por daños y perjuicios o el cumplimiento específico en caso de incumplimiento. El cumplimiento en sí no confiere ningún derecho contractual nuevo: al cumplir, una parte simplemente otorga —o, más precisamente, no niega— a la otra parte la posesión física de lo que ya le corresponde por derecho desde el momento de la formación del contrato. El momento de la posesión física está completamente subordinado a la posesión legítima y sigue a ella; la formación del contrato viene primero y establece la relación contractual, y el cumplimiento se reduce a una mera secuela.

La adquisición con total independencia de la posesión física es posible en virtud de la doble cara de la adquisición contractual. El contrato presupone que la cosa prometida ya está en posesión exclusiva y legítima de una de las partes. Entre ellas, la propiedad puede transferirse simplemente por la decisión de la primera de enajenar en relación con la decisión de la segunda de apropiarse. Siempre que estas decisiones representen, entre las partes, elecciones plenamente cristalizadas y externamente manifestadas, esto es suficiente. Como vimos, la razón por la que una cosa sin dueño debe ser tomada inicialmente en posesión física es que sólo de esta manera una apropiación presente y efectiva puede ser externamente manifiesta para otros cuando su participación es irrelevante. Esto ya no es así con la adquisición contractual. Tanto en la primera ocupación como en el contrato, la fuente de los derechos está en las *elecciones manifestadas externamente* de los individuos, de acuerdo con la concepción jurídica de los derechos.

El quinto punto se refiere a la explicación de la distinción entre *derechos reales* e *in personam* y la relación entre estas dos categorías de derechos. Partiendo de la idea fundamental de que los derechos con respecto a cosas externas (es decir, cosas distintas del propio cuerpo) son *adquiridos* y no innatos, la diferencia entre derechos reales y personales refleja la diferencia en los tipos de *actos* a través de los cuales se adquieren. El derecho *real* se establece mediante el acto unilateral de una sola persona con respecto a una cosa sin dueño, sin la participación o el concurso de otros.49 El hecho de que *nadie más* participe se traduce en un requisito de publicidad que debe aplicarse

a cualquier persona en general: un derecho que, por lo tanto, puede ser "contra el mundo". Además, las formas en que se ejerce el derecho están determinadas únicamente por las elecciones de cada individuo, tal como se manifiestan razonablemente a los demás en general. Mientras el individuo continúe haciendo esto, el ejercicio del derecho *real* es intrínsecamente ilimitado con respecto a la duración y al contenido del uso.

Por el contrario, los derechos *in personam* se establecen mediante los actos combinados de dos individuos. Como reflejo del hecho de que los derechos personales se adquieren mediante actos que son públicos *solo entre las partes de la transacción* , dichos derechos se mantienen solo frente a otro individuo determinado. Además, el contenido del derecho no lo determina ninguna de las partes tomadas aisladamente de la otra, sino más bien en y a través de su interacción **(pág. 786)** . A diferencia de los derechos *in rem* , los derechos personales tienen un carácter que es completamente transaccional por naturaleza. Por lo tanto, el contenido del derecho puede, dentro de ciertos límites, estar determinado (y, por lo tanto, restringido) por el acuerdo de las partes. Por ejemplo, si el demandante ha adquirido frente al demandado un derecho a usar la cosa contratada para un propósito particular determinado se decide si el propósito es del tipo que las partes razonablemente contemplaron en el momento de la Página 18 de 42

Filosofía del derecho de propiedad

formación del contrato, dados los términos de su acuerdo razonablemente interpretados en el contexto de las circunstancias circundantes.50 De manera similar, las modalidades bajo las cuales el demandante debe obtener la posesión física están determinadas por los términos contractuales. El hecho de que el demandante no tenga derecho a obtener la posesión física de la cosa contratada hasta cierto tiempo después de la formación e incluso entonces sólo de cierta manera simplemente representa la manera contractualmente determinada en que el demandante debe tomar posesión física y ejercer inicialmente su derecho a ella.5

1 La determinación transaccional del derecho no lo descalifica como derecho de propiedad, sino que más bien enmarca la manera en que es tal. Y a pesar del alcance limitado que el derecho puede (pero no necesariamente) tener, mientras el demandante tenga el derecho a tomar posesión de *algo* y tenga, aunque dentro de ciertos límites, el derecho a determinar su uso (y esto está garantizado *para ambas* partes por el requisito de la contraprestación), se preserva el carácter propietario del derecho.

Según el análisis precedente, los derechos personales, no menos que los derechos reales, son derechos de propiedad. Sin embargo, difieren en la manera particular en que determinan el contenido de la propiedad. Por lo general, como ya he señalado, se considera que los derechos reales son más plenamente propietarios que los derechos personales: se supone que el caso paradigmático de propiedad es un derecho a una cosa que se aplica al mundo. A lo sumo, los derechos personales son derechos de propiedad parciales e incompletos, que se aplican *meramente* a un individuo determinado y se completan mediante la adquisición de un derecho real a la cosa prometida mediante el cumplimiento efectivo. El análisis que he propuesto invierte esta caracterización.

Los derechos personales, no los derechos reales, representan la expresión más plena del derecho de propiedad. ¿Qué constituye un derecho *en La dimensión personam,* en contraposición a *la real,* es simplemente el hecho de que los hechos operativos que dan lugar al derecho son transaccionales. Pero la dimensión *jurídica* **(p. 787)** en el derecho de propiedad no es la relación entre la persona y la cosa como tal, sino la relación de exclusión entre una persona y otra con respecto a la cosa. De ahí que los derechos personales, y no los derechos reales, surjan a través de actos que reflejan plenamente la dimensión jurídica de la propiedad.

Además, a la luz del carácter transaccional de los derechos personales y, más particularmente, de la doctrina de la contraprestación que exige el quid pro quo, ambas partes enajenan y se apropian de algo, con la consecuencia de que una parte puede apropiarse sólo en la medida en que la otra también lo haga. El ejercicio de la capacidad igual

para la adquisición por ambas partes es una condición necesaria para la adquisición por cada una: las partes tienen derechos sólo en la medida en que también están sujetas a inhabilidades, y viceversa. De hecho, dado el derecho a un valor igual bajo la doctrina de la inconstitucionalidad, cada parte puede apropiarse de la misma cosa (*en cuanto* valor igual) que lo que enajena y, en consecuencia, de lo que está excluido. El hecho de que las personas tengan la capacidad legal para adquirir la misma cosa de la que están excluidas, lo que, como se dijo anteriormente, se presupone pero no se realiza en la operación del principio de primera ocupación, se convierte aquí en una condición expresa de la validez de la adquisición.

Teniendo presente que incluso bajo el principio de primera ocupación, los derechos y las incapacidades legales se atribuyen a los individuos en su calidad de personas distintas y separadas, de modo que una *relación de derecho-incapacidad entre dos* La adquisición por contrato (o por cualquier otro tipo de adquisición derivada que implique la participación de dos personas) representa el modo de adquisición que expresa la relación jurídica en la primera ocupación, pero de una manera que muestra que las partes son iguales. El hecho de que la relación contractual, y por lo tanto, el derecho in personam, sea entre sólo dos personas *refleja nada* más ni nada menos que la forma esencial que tiene la relación jurídica en la propiedad y, más generalmente, en la concepción jurídica de los derechos. Si hemos de expresar la capacidad igualitaria de propiedad de las personas en sus relaciones jurídicas *inter se , debe ser a través de una forma de adquisición que se efectúe mediante los actos* mutuos relacionados de las personas. *dos personas* , y por tanto por una interacción única y unificada en la que cada una de ellas enajena y se apropia a la vez de la misma cosa. De esta manera también los derechos personales son continuos y completos con los derechos reales.

Por último, hemos visto también que, para que la adquisición de cosas externas sea una base de derechos distintos de la integridad corporal, debe suponerse la posibilidad de una posesión no física, aunque legítima y plenamente efectiva. Pero sólo cuando la adquisición es

transaccional puede efectuarse independientemente de la posesión física. El hecho de que los derechos de las partes y las correspondientes incapacidades jurídicas se establezcan plena y completamente en el momento de la formación del contrato y que esto se distinga del momento de su cumplimiento significa que, también en este caso, los derechos contractuales, es decir, personales, reflejan plenamente lo que debe suponerse pero que sólo puede realizarse parcialmente en la adquisición de derechos reales.

La suposición contraria prevaleciente de que los derechos reales son más amplios y completos que los derechos personales puede parecer plausible si adoptamos la opinión, defendida con mayor influencia por Hohfeld **(p. 788)** ,52 de que, considerados intrínsecamente, los dos tipos de derechos tienen el mismo carácter general, siendo la diferencia entre ellos meramente cuantitativa: Página 19 de 42

Filosofía del derecho de propiedad

En el caso de un derecho *real* hay simplemente *más relaciones de derecho* que en el de un derecho *personal* . He intentado demostrar, sin embargo, que no tienen el mismo carácter, sino que son categorías de derechos cualitativamente distintas. El hecho de que una categoría sea contra alguien (indeterminadamente) mientras que la otra sea contra alguien (determinado) es sólo un reflejo de la diferencia en los respectivos modos de adquisición.53

Es importante aquí, aun a riesgo de ser repetitivo, dejar sentado el significado *jurídico* del hecho de que la primera ocupación puede establecer múltiples relaciones de derecho-discapacidad, a diferencia de la única relación de un contrato. Si bien cada una de las relaciones *in rem* es idéntica porque se funda en el mismo acto unilateral que es público *vis-à-vis,*

Respecto de cualquier persona en general, cada una es, al mismo tiempo, una relación *distinta que, tomada en sí misma, es entera y completa.*

El derecho del ocupante se materializa plenamente en cada una de esas relaciones. Desde un punto de vista jurídico, sería sencillamente ininteligible decir que cuantas más relaciones de ese tipo existan, mayor o más plenamente se materializará el derecho del ocupante.

El valor del derecho permanece constante independientemente del número de relaciones porque se realiza plenamente en cualquier relación dada y cada relación es un todo en sí misma. Es un error interpretar la relación *real* como consistente en un derecho por un lado con múltiples incapacidades (o deberes) correspondientes por el otro lado. Como he tratado de enfatizar a lo largo de esta discusión, bajo la concepción jurídica de los derechos, la relación legal siempre está individuada y siempre se obtiene entre dos, y sólo dos, personas. Es por eso que un titular de derecho puede limitar su derecho en relación con otro sin afectar de ninguna manera las incapacidades a las que los demás continúan sujetos. Es también por eso que, estrictamente hablando, cualquier reclamo de derecho *real* siempre es relativo a otro individuo. Ahora bien, si cada derecho real está individuado y es completo y totalmente realizado como tal, no hay diferencia intrínseca, desde un punto de vista legal, *en cuántas* relaciones de este tipo pueda haber en circunstancias dadas. Así, el hecho de que el contrato consista en *una* relación de derecho-discapacidad entre dos personas no puede en sí mismo considerarse como una disminución o como una realización incompleta del derecho *in rem* . Por el contrario, dado que las características de la relación con otro, la apropiación puramente no física y la capacidad igual para los derechos solo pueden, como he sostenido, realizarse en la adquisición **(p. 789)** que requiere la participación de más de una persona, los derechos personales, que reflejan este modo de adquisición, son intrínsecamente y en un sentido cualitativo la expresión más satisfactoria de la relación de propiedad de derecho-discapacidad.

Además, si es correcta la opinión de que los derechos personales se completan y cumplen en derechos reales, debería seguirse que la ejecución, por la cual el demandante obtiene la posesión física de la cosa contratada, transforma el derecho personal inicial del demandante frente a la otra parte contratante en algo más

o diferente. Pero no es así. El hecho de que el demandante tenga la posesión física de la cosa permite que el principio de primera ocupación opere *como* 54. Si suponemos que los terceros no tenían la propiedad de la cosa antes del momento en que el actor obtuvo la posesión material de la misma mediante el cumplimiento del otro contratante, el actor está en posesión primera con respecto a los terceros. Frente a estos últimos, el actor ha adquirido la propiedad exclusiva de la cosa sobre la base de la primera ocupación. *Sin embargo, frente* al otro contratante, la primera ocupación no puede aplicarse porque en ningún momento abandona incondicionalmente lo que inicialmente era suyo, dejándolo así sin dueño. La fuente de la exclusión de esta parte de la cosa del actor (ahora poseída materialmente) debe ser el hecho de que la haya transferido al momento de la celebración del contrato; sólo esto puede bloquear su derecho a recuperarla. La exclusión de esta parte y el establecimiento del derecho del actor contra ella se fijan al momento de la celebración del contrato y permanecen inalterados hasta el momento en que el actor obtiene la posesión material mediante el cumplimiento del otro.

He sostenido que la primera ocupación y el contrato son dos modos de adquirir la propiedad. Al hacer que la relación con otro y la independencia de los derechos respecto de la posesión física continua sean características explícitas y necesarias de la adquisición, el contrato puede ser visto como una continuación de la adquisición por primera ocupación y como un complemento de la misma. Dicho en otros términos, el contrato completa la idea de propiedad en la primera ocupación de tal manera que exhibe en su faz las mismas características que definen un derecho exclusivo a una cosa externa. El punto de que el contrato completa la primera ocupación, si bien es jurídico y conceptual, no es metafísico. No tiene nada de misterioso. Se refleja, por ejemplo, en la proposición trillada de que quien tiene la propiedad de algo también posee su valor. El valor es tratado como el contenido sustantivo de cualquier derecho de propiedad a pesar del hecho de que, como expliqué, se elucida en relación con el contrato y no con la primera ocupación. El valor puede leerse nuevamente en el derecho de propiedad adquirido por primera ocupación sólo porque el valor está implícito en él (más particularmente, en el contenido del derecho de uso) y

porque el contrato es continuo con él (al constituir este contenido como parte de una relación bilateral).

(p. 790) La primera ocupación y el contrato (o, en general, la adquisición derivada) agotan los modos elementales de adquisición de la propiedad en el derecho privado. Comenzamos con la primera ocupación porque, independientemente de las disposiciones y reglas legislativas, consuetudinarias o estatutarias, enuncia el principio aplicable a toda y cualquier adquisición de Página 20 de 42

algo que, entre dos personas, es una cosa que actualmente *no tiene dueño* . El contrato se basa en esto al articular el principio de adquisición aplicable a algo que, entre dos personas, *ya tiene dueño* .

En lo que respecta a las *formas básicas de adquisición* , éstas deben ser las dos —y *sólo* dos— modalidades de adquisición de la propiedad de las cosas entre individuos.5

5 Ahora bien, de estas dos categorías, sólo la primera ocupación da lugar a derechos *reales* , y éstos son cualitativamente distintos en carácter de los derechos *in personam* del contrato. 56 En consecuencia, si suponemos que los derechos de propiedad deben ser derechos reales, la primera ocupación es la única forma elemental de adquisición de la propiedad en el derecho privado que puede contar como adquisición de la propiedad. Este es el sentido en el que sostengo que representa el principio de propiedad intrínseco al derecho privado. ¿Cuál es, entonces, la idea básica del derecho de propiedad que se refleja en la primera ocupación? Es la idea de un derecho *con respecto a una cosa* que puede ser *adquirida por el acto unilateral* de un individuo sin la participación de otros y que puede ser exclusivo *contra cualquier otra persona en general* que no tenga un derecho previo a poseerla. Esta es la idea que debe suponerse si, desde un punto de vista jurídico, una relación jurídica ha de calificarse como de propiedad. Y, para repetir, para que esta idea se aplique, no es necesario que la cosa sin dueño sea una *propiedad.*

nullius en términos absolutos; más bien, el requisito es simplemente que no tenga dueño en la actualidad entre dos partes cualesquiera. La concepción de no tener dueño, como la de la propiedad misma, es relativa entre individuos.

Habiendo analizado las diferencias y la continuidad entre la propiedad y el contrato, ahora quiero ampliar la comparación para abarcar los principios de responsabilidad. La siguiente breve descripción de la responsabilidad como una tercera categoría distinta pero conectada del derecho privado completa el análisis de la concepción jurídica de los derechos para los fines de este capítulo.

(p. 791) La idea de *responsabilidad* en el derecho privado, tal como se refleja en los diversos fundamentos sustantivos de responsabilidad,57

La responsabilidad es una categoría jurídica distinta, distinta tanto de la propiedad como del contrato, en virtud de que se aplica únicamente a una interacción involuntaria entre dos partes e implica una relación jurídica de derecho y deber correlativo, no de derecho y mera incapacidad jurídica. Analizaré la idea de responsabilidad en términos generales, con referencias al delito intencional y a la negligencia a modo de ilustración.

Como paso previo al análisis de las condiciones necesarias y suficientes de la responsabilidad, la ley exige una respuesta afirmativa a la pregunta: ¿tiene el demandante un derecho de propiedad *frente al demandado* sobre la misma cosa que el demandado ha afectado de alguna manera? A menos que se pueda demostrar el derecho de propiedad requerido, el análisis de la responsabilidad nunca despega: cualquier pérdida sufrida sonaría como falta de cumplimiento, no como mal desempeño.58 Claramente, si el demandante tiene un derecho de propiedad *in rem* , puede ser un derecho frente al demandado en particular. Nótese, sin embargo, que al exigir que el demandante tenga un derecho de propiedad frente a un individuo definido (considerado independiente y separado), el análisis de la responsabilidad es continuo con

la forma en que los derechos se presentan explícitamente en el contrato.

Teniendo presente que todos los derechos, incluidos los *reales* , son y sólo pueden ser plenamente reivindicados y, por lo tanto, plenamente reconocidos, bajo la idea de responsabilidad, el hecho de que ésta postule derechos en la forma que tienen en el contrato sugiere además que esta forma representa la forma verdadera y final del derecho bajo la concepción jurídica. Además, es coherente con la forma en que, como he sostenido, se concibe apropiadamente la relación entre los derechos reales y personales.

Sin embargo, una respuesta afirmativa a la cuestión de la propiedad no aborda, y mucho menos responde, a las cuestiones centrales de la responsabilidad, que son: ¿ha actuado alguien de una manera que es incompatible con el derecho de propiedad del demandante y, de ser así, cuál es la respuesta jurídica apropiada en estas circunstancias? Ya no se trata de decidir quién tiene un derecho de propiedad, sino más bien de determinar qué tipo de actos están prohibidos por el derecho porque son incompatibles con él. Si bien esto nos lleva más allá de la cuestión de la adquisición, ya sea en propiedad o en contrato, la respuesta, como veremos, es continua con el análisis anterior.

He sostenido que el correlato inmediato del establecimiento de un derecho de propiedad sobre algo es la imposición de una incapacidad a cualquier otra persona que no tenga ya propiedad sobre esa cosa. Esta incapacidad existe desde el instante en que se satisfacen los requisitos previos de la primera ocupación, independientemente de que otros hayan entrado en escena o no. Simplemente significa que, como la cosa ocupada ya no está disponible para que otros la adquieran, literalmente *nada* que otros puedan hacer puede modificar la propiedad del titular del derecho sobre ella. No importa lo que hagan: *sea lo que* sea, no puede **(p. 792)** establecer derechos con respecto a la cosa, porque la cosa simplemente ya no está disponible para que ellos la apropien. La incapacidad, por lo tanto, no especifica qué tipo de acto sería incompatible con el derecho del propietario. Así como el análisis de

derecho-incapacidad no identifica ningún acto determinado por parte del demandado que sea, o sería, incompatible con el derecho del demandante, también representa el derecho del demandante en términos igualmente indeterminados, como una potencialidad pura: dice solamente que es el demandante, no el demandado, quien puede

tomar posesión, usar o enajenar correctamente la cosa y no especifica cuándo el demandante ha *podido* El derecho de la parte demandante *se ejerce frente* al demandado y, a la luz de la idea fundamental de que no hay responsabilidad por incumplimiento, esta especificación adicional se reduce a la cuestión de cuándo un ejercicio real del derecho del demandante a través de actos determinados (que es la única forma en que puede realizarse) ha sido frustrado o interferido por otro. Si bien el *establecimiento* de la relación derecho-discapacidad, ya sea por primera ocupación o por contrato, requiere que haya actos determinados reales (que impliquen el ejercicio de uno o más de los tres incidentes de propiedad) por una o ambas partes, el análisis en términos de derecho e incapacidad no lleva a cabo este requisito en su tratamiento del *disfrute* del derecho. Pero a menos que un derecho pueda ejercerse, realizarse y disfrutarse frente a otros (dentro de los parámetros del carácter puramente externo de los derechos en la concepción jurídica), no es un derecho en absoluto. Por lo tanto, es necesaria la determinación de los actos de ambas partes con respecto a este aspecto adicional. Además, en consonancia con la correlación de derechos que se ha puesto de manifiesto explícitamente en el análisis de la adquisición contractual, esta especificación adicional de los actos de cada parte de la relación jurídica debe realizarse de manera que involucre simultáneamente a *ambas* partes de la relación. Por lo tanto, la definición de los actos prohibidos del demandado debe especificarse en términos que determinen simultáneamente el contenido y el alcance del ejercicio y disfrute del derecho del demandante, y viceversa. Como explicaré a continuación, esto se hace bajo el epígrafe de la idea de responsabilidad, que es a la vez distinta y continua con el análisis de la adquisición en la propiedad y el contrato.

Como el contrato, la idea de responsabilidad, he dicho, postula una interacción entre dos partes como esencial para el establecimiento de la relación legal pertinente entre ellas. Comenzando por el lado del demandado, debe haber una manifestación de elección (a la que me referiré como un "acto") de un cierto tipo. El tipo de acto que es necesario se especifica recurriendo al análisis del derecho de propiedad y del contrato. Primero, debe ser un ejercicio de elección manifestado externamente. Más particularmente, debe consistir en poner efectiva y realmente la cosa del demandante59 bajo los propósitos del demandado: el demandado debe hacer algo a o con ella que sea reconociblemente intencional. Si hay una subordinación manifiesta de la cosa por parte del demandado se determina de acuerdo con una prueba objetiva en las circunstancias de la interacción de las partes, a saber, por cómo el acto parecería razonablemente a una persona razonable **(p. 793)** en la posición del demandante. La conducta ilícita debe reflejar el tipo de acto que es necesario para establecer el derecho de propiedad. Sin embargo, es ilícito porque es unilateral.60

El carácter intencional de la subordinación por parte del demandado de la cosa del actor puede ser de dos tipos. En el primero, el demandado pretende subordinarla con exclusión del actor, sabiendo que pertenece a este último o, al menos, a alguien distinto de él. En cierto sentido, el demandado manifiesta el ful *animus possidendi* que se requiere para la adquisición de la propiedad, pero con la diferencia de que el sujeto de exclusión previsto es el legítimo propietario. En este caso, el demandado pretende ejercer el control sobre la cosa frente al derecho de propiedad del actor. Se trata de una apropiación unilateral intencionada y da lugar a un ilícito *criminal o malicioso* . En el segundo tipo, que da lugar a un ilícito *civil* , el demandado hace algo con la cosa del actor para perseguir sus propios fines, pero, a diferencia de la situación anterior, no manifiesta una intención de controlarla frente al derecho del actor o el derecho de cualquier otra persona. En este caso, es crucial que el demandado no sepa realmente que la cosa **(pág. 794)** pertenece a otra persona. No se demuestra un desprecio expreso por el derecho del demandante. En este tipo de ilícito, como máximo, el demandado, como persona razonable, *debería*

haber sabido en las circunstancias particulares que la cosa pertenecía a otra persona.6

1 En la vista

En mi opinión, la categoría del ilícito civil comprende, más particularmente, el enriquecimiento injusto, la negligencia, el ilícito intencional y el incumplimiento de contrato (que juntos constituyen una secuencia conceptual y ordenada que expresa el carácter del ilícito civil con cada vez mayor explicitud y completitud). En el breve análisis que sigue sobre la responsabilidad, centraré mis observaciones en el ilícito civil y, dentro de esta categoría, en la negligencia, relacionando aquí y allá esta última con los demás casos de ilícito civil.

Así, por ejemplo, las circunstancias que dan lugar a la negligencia consisten paradigmáticamente en que un acusado haga algo en pos de sus propios fines independientes que impone efectos sobre la cosa del demandante, disminuyendo así su valor o interfiriendo de otro modo con el uso que el demandante hace de ella. Una característica distintiva de la negligencia, en contraste con los agravios intencionales, por ejemplo, la violación de domicilio o la apropiación indebida, es que el acusado no toma posesión física directa de la cosa del demandante62 sino que impone efectos sobre la cosa, con las consecuencias que acabamos de señalar. En el caso del agravio intencional, el acusado pone la cosa del demandante bajo su poder con exclusión de otros en circunstancias en las que debería saber razonablemente (pero no sabe realmente) que la cosa pertenece a otro.

El aspecto "intencional" del ilícito civil, en la medida en que se trata de un ilícito civil, es precisamente este factor de conducta intencional que implica una toma de posesión. Por el contrario, en la negligencia, el demandado subordina implícitamente la cosa del demandante a sus fines, haciendo así, en efecto, uso de ella. Pero aquí se trata sólo de hacer uso "en efecto" e "implícitamente".

ya que no ha habido toma de posesión y por lo tanto no hay *animus possidendi* , a diferencia de la conducta que constituye un agravio intencional. En la negligencia, entonces, la manifestación de elección del demandado tiene importancia jurídica bajo el aspecto de la responsabilidad, no porque exprese explícitamente el tipo de intención que sería un prerrequisito para la adquisición. Es suficiente que lo haga en efecto. Es un acto, que equivale a un uso implícito de la cosa del demandante, que interfiere con el ejercicio de la propiedad del demandante con respecto a ella. A medida que avanzamos a través de las categorías de agravio **intencional** e incumplimiento de contrato, y culminamos con la idea del agravio penal, el acto que constituye el agravio llega a manifestar cada vez más expresamente y completamente el carácter de intención que es necesario para el establecimiento de la propiedad.

Para que el acto del demandado constituya un ilícito civil incompatible con la propiedad del demandante según la concepción jurídica de los derechos, debe producir efectos que *interfieran con la manifestación externa* de ese derecho. Así como sólo mediante actos externos se establece y se ejerce el derecho, sólo mediante un acto que interfiera con la manifestación externa del derecho se puede lesionar externamente el derecho. La idea de lesión externa es la noción de lesión que encaja con la concepción jurídica de los derechos, que tiene que ver *precisamente* con la *externalidad* de la interacción entre dos partes. Ahora bien, la expresión externa del derecho de propiedad no es la cosa en sí misma -pues esto haría caso omiso del hecho de que la cosa ha sido adquirida y, por lo tanto, está actualmente subsumida bajo la voluntad externa manifestada del propietario- sino más bien la capacidad legítima del demandante para poseerla, usarla o enajenarla. Hay una lesión al aspecto externo del derecho si los efectos que la acción unilateral del demandado impone sobre la cosa restringen lo que el demandante de otro modo habría hecho con ella o hacia ella en el ejercicio de uno de estos tres incidentes de propiedad.63 Y cualquier límite o restricción de ese tipo, cuando se mide, es *pérdida.*

El requisito de pérdida es una continuación y un reflejo del hecho jurídico de que, a menos que uno tenga algo que esté bajo sus derechos exclusivos frente a otros, no tiene ningún

derecho contra ellos. Completa la premisa fundamental de la concepción jurídica de que hay responsabilidad por mala conducta, pero no por incumplimiento.

A menos que yo tenga algo, no tengo derecho a reclamarlo; y a menos que otro afecte mi posesión, no hay injusticia. Por esta razón, la pérdida es también la *única* consecuencia del acto del demandado que es relevante. El acto del demandado y la pérdida del demandante constituyen, por lo tanto, las dos partes de una interacción que da lugar a la responsabilidad. De hecho, ninguna de las partes tiene importancia jurídica excepto en la medida en que está vinculada a la otra. A menos que el acto del demandado cause una pérdida, es meramente una manifestación intencional de una elección que no tiene importancia patrimonial, positiva o negativamente; y lo mismo es cierto cuando la capacidad del demandante para hacer uso de su cosa está limitada por algo que no es un acto o que impone la restricción sin afectar a la cosa. En ambos casos **(p. 796)** no hay el tipo de interacción que se necesita para que haya una lesión externa al derecho de propiedad según la concepción jurídica.

Entendida de esta manera, la pérdida es necesaria para que haya un daño. Si no hay pérdida, no hay daño. Según la opinión que he adoptado, siempre que haya una violación de los derechos de propiedad, hay, y debe haber, pérdida: "toda lesión implica un daño por su naturaleza".64 Si deseamos caracterizar las infracciones del derecho de propiedad como

Si se considera que la responsabilidad es "normativa" y que la pérdida es "material", entonces la responsabilidad supone la inseparabilidad de ambas dimensiones, reflejando de esta manera la inseparabilidad de lo normativo y lo material en el análisis de la propiedad misma. Esto es así incluso si el daño no produce una cantidad determinable de daño, como cuando el demandado interfiere en la posesión legítima del demandante pero de una manera que no afecta el valor de la cosa o los usos que el demandante pretende darle: "si no se establece ningún *otro* daño, la parte perjudicada tiene derecho a un veredicto de daños nominales".6

5 Y por causa de la pérdida

representa el impacto del acto del demandado sobre la capacidad del actor de poseer, usar o enajenar su cosa, es decir, sobre algo que debe residir en el actor como persona separada e independiente del demandado, es una consecuencia del acto del demandado que se refiere exclusivamente al actor, reflejando la bilateralidad de la relación jurídica.

El common law dice que el daño debe probarse para sustentar una acción por negligencia, a diferencia de las acciones por agravio intencional e incumplimiento de contrato. ¿Cómo podría explicarse esto con el enfoque que he sugerido? En el caso de negligencia, el daño no consiste en tomar (en posesión) la cosa del demandante sino, como mucho, en un uso unilateral implícito de la misma. Así es como debe parecerle razonablemente a alguien en la posición del demandante para que haya responsabilidad. Sin embargo, en circunstancias de negligencia, no hay, *ex hipótesis* , acuerdo entre las partes para regular e interpretar su interacción y el demandado cuenta como cualquiera que pueda estar bajo la incapacidad correlativa al derecho de propiedad del demandante. En consecuencia, la única base sobre la cual el demandante puede inferir razonablemente que el demandado ha hecho uso implícito de su cosa es si el demandado ha influido físicamente en ella de una manera que afecta negativamente su uso o valor. Si bien el daño resultante puede limitar la capacidad del demandante para tomar posesión de su cosa, cualquier interferencia de ese tipo con la posesión será inseparable del impacto adverso sobre el uso o el valor

que es el gravamen de la acción. Por el contrario, en los casos de agravio intencional e incumplimiento de contrato donde el agravio *puede* consistir en una toma unilateral de posesión, es posible que haya una interferencia con el derecho de posesión como tal, independientemente de los efectos del agravio sobre el uso y el valor. El hecho de que los daños nominales estén disponibles para agravio intencional e incumplimiento de contrato pero no para negligencia puede explicarse sobre esta base. Debo

agregar que si bien el agravio intencional, a diferencia de la negligencia, puede consistir en una toma de posesión ilícita **(p. 797)** , dicha toma, al igual que la lesión en la negligencia, solo puede ocurrir a través de que el demandado afecte *físicamente* la cosa. En este sentido, ambas especies de agravio difieren del incumplimiento de contrato donde una mera omisión de cumplir, ya sea que el demandado tenga o no posesión física real de la cosa prometida, es *per se* una interferencia con la posesión legítima del demandante, independientemente de su impacto en el uso o el valor. En los términos del análisis propuesto, el mero incumplimiento puede ser razonablemente visto como una retención ilícita de la cosa, es decir, como una toma ilícita de posesión de ella. Es la existencia de un contrato lo que permite al actor interpretar razonablemente la omisión como una retención ilícita por parte del demandado de lo que se le debe, y esta interpretación es válida desde el momento de la formación del contrato, antes e independientemente del cumplimiento. De ahí que el hecho de que el análisis de la responsabilidad contractual refleje el carácter explícitamente transaccional de la adquisición contractual y su independencia del momento de la apropiación física permite que el incumplimiento del contrato sea *per se* un ilícito por el que se pueden conceder daños nominales.

En relación con quien tiene la propiedad de algo, los demás tienen el *deber correlativo* de no hacer algo que razonablemente parezca una imposición unilateral y externa de un fin. Y nótese que, en contraste con los deberes éticos de virtud y benevolencia, el deber aquí es simplemente una prohibición. Aquí, por primera vez en el análisis de la concepción jurídica de los derechos, tenemos el sello distintivo del derecho privado: una relación jurídica de derecho y deber correlativo.66 Así, el significado pleno de la exclusividad del derecho de propiedad se expresa, no sólo en la imposición a los demás de una incapacidad, sino en esta prohibición de un cierto tipo de interacción. La concepción jurídica de la propiedad se expresa plenamente en términos de esta relación derecho-deber y cada uno de los tres incidentes de la propiedad se elucida en estos términos. Al mismo tiempo, conviene subrayar que incluso la propiedad correlativa a la incapacidad es un derecho y no una mera libertad: impone condiciones de respeto a los

demás que limitan lo que éstos pueden realizar desde el punto de vista jurídico.67

(p. 798) El acto del demandado y la pérdida del demandante son, he dicho, los dos lados de una interacción externa, que es la forma de relación social que se ordena por la concepción jurídica de los derechos. Al ser dos lados distintos pero intrínsecamente conectados, pueden compararse en términos de valor. El valor, vimos, es el modo en que se concibe la propiedad cuando su carácter social se realiza plenamente. Bajo la idea de responsabilidad, la pérdida encarna y establece el *valor* del acto, visto como una lesión externa al derecho del demandante.68 Lo que el demandado ha hecho ilícitamente tiene este valor y el valor constituye su "ganancia". Este valor se atribuye al acto, no porque el acto tenga tal valor a los ojos del demandado ni porque represente una cierta utilidad para el demandado que pueda entonces compararse con la utilidad que el interés protegido del actor tiene para éste, sino simplemente por la razón de que este valor representa el carácter del acto únicamente en términos de su impacto sobre los intereses jurídicamente protegidos del actor: la relación externa con otro es el aspecto exclusivo bajo el cual se considera.

Hemos visto también en el debate sobre la inconstitucionalidad que, en la contemplación jurídica, nadie se presume que entregue su cosa a cambio de nada; por el contrario, se aplica la norma de estricta igualdad de valor. La ganancia del demandado, al ser ilícita y, por tanto, a expensas del demandante, debe ser puesta bajo el criterio del derecho, es decir, debe ser puesta en consonancia con la igualdad de valor. Esto da lugar al llamado derecho secundario a la compensación.

Al reparar el daño mediante la indemnización, la ley presenta explícitamente el acto ilícito y el daño como equivalentes:69 son la misma cosa vista desde diferentes lados de la relación jurídica. Este es el verdadero significado y la expresión final de la correlatividad que es característica del punto de vista jurídico. A través de él, tanto lo que cuenta como el ejercicio y el goce del derecho de propiedad como la conducta que está excluida por ese derecho se especifican simultáneamente en términos

determinados. Esto completa la elaboración de las categorías fundamentales de lo jurídico. El hecho de que el análisis de la responsabilidad haga centrales los aspectos de interacción (que implica una relación jurídica entre dos personas) y de valor (que implica una identidad entre dos cosas) demuestra su continuidad con el contrato. También confirma la explicación anterior dada sobre la relación entre derechos reales y personales. Si bien la categoría de valor entra en juego primero en el contrato y no en la propiedad, se considera que uno es propietario de valor a los efectos de reparar violaciones de la propia propiedad sobre las cosas. La responsabilidad comprende la propiedad en los términos del contrato.

La exigencia de indemnización supone que el sentido jurídico de los derechos reales se completa con el de los derechos personales. Página 24 de 42

Filosofía del derecho de propiedad

derechos. Nótese, **(p. 799)** finalmente, que la lógica que he tratado de esbozar para el requisito de compensación refleja el carácter básico de la concepción jurídica del derecho y, por lo tanto, no se refiere a consideraciones de bienestar individual o social. En el enfoque propuesto, la compensación por la pérdida es la respuesta *jurídicamente* necesaria y apropiada al ilícito civil. Cuando, como es el caso del ilícito civil, el demandado no manifiesta una intención de lesionar los derechos del demandante, el demandado *ex hipótesis* considera su actividad *únicamente* en términos de la realización *de sus propios derechos. fines independientes* , sin referencia en uno u otro sentido a los derechos del demandante. En respuesta a tal daño civil, el requisito de reparar la pérdida pone de manifiesto explícitamente el alcance relacionado con otros de la conducta negligente del demandado, que se impone como una restricción o una interferencia con ella. Establece límites que reflejan la idea de que actuar de manera incompatible con los derechos de otro está prohibido, no es lícito.70

4 La razonabilidad del derecho de propiedad

En las secciones anteriores, he tratado de demostrar que la primera ocupación es un principio de propiedad -y, de hecho, el único principio básico de ese tipo- que encaja con la concepción jurídica de los derechos del derecho privado y, además, que la propiedad, el contrato y la responsabilidad son partes conceptualmente interconectadas de esta concepción. La primera ocupación no es simplemente un principio; también puede verse como la idea más elemental y generalizada de propiedad en el derecho privado. Demostrar esta adecuación entre la primera ocupación y la concepción jurídica de los derechos es una tarea principal de una base pública de justificación. Pero hay un paso más que debe darse. Está la pregunta: ¿es razonable el principio? Como otros ya han observado, las decisiones -y en este sentido *Pierson* 7

1 es típico: simplemente suponga la razonabilidad de un principio

que otorga la propiedad a quien ocupa algo por primera vez en el tiempo. Las cuestiones que abordan son más bien en qué consiste la ocupación y qué condiciones deben existir para satisfacerla. Cuando se plantea la cuestión de la razonabilidad **(p.**

800) que se ha retomado en los escritos académicos, la mayoría de los autores contemporáneos han llegado a la conclusión de que el argumento a favor de su razonabilidad es dudoso, o, como mucho, que su primera ocupación puede ser legítima, no por su propia aceptabilidad moral intrínseca, sino porque es viable cuando se subordina a otros principios que garantizan una cierta medida de igualdad justa de oportunidades e igualdad de bienes. Richard Epstein, un defensor del principio, sugiere que las razones para adoptarlo son institucionales e históricas: dado que lo hemos adoptado en el pasado y que se ha convertido en el "principio organizador de la mayoría de las instituciones sociales", así como en la base de los títulos, una carga de persuasión muy considerable recae, sostiene, sobre quienes estarían a favor de otro principio para demostrar por qué este desplazamiento es necesario y razonable. 72

Sin embargo, a los efectos de una justificación que se dirija a una cultura política y jurídica pública liberal, esperamos que se pueda decir algo más en su favor. Queremos ver si la primera ocupación —y la idea de propiedad que encarna — son *inherentemente* adecuadas para ser parte de un orden jurídico y político que honra a los individuos como personas libres e iguales. La cuestión es si el principio es intrínsecamente razonable en el sentido de articular normas que sean consonantes con esta visión de los individuos y, de hecho, expresivas de ella. Aunque, al tratar de responder a esta pregunta, debemos ir más allá de lo que las decisiones judiciales expresamente discuten, debemos tener cuidado de evitar introducir en nuestra respuesta consideraciones que sean ajenas a la manera en que el principio es presentado judicialmente. Para ser pública de la manera apropiada, la justificación debe idealmente ser continua con la presentación jurídica pública del principio y debe completarla. Esbozar tal justificación es la tarea de esta sección final.

Una base pública de justificación, entonces, se centra inicialmente en el principio de primera ocupación, tomado en sí mismo y entendido en sus propios términos distintivos, y pregunta si, vistos como tales, estos términos reflejan plausiblemente el respeto por la igualdad y la libertad de todos los que están sujetos a su aplicación. En una base pública de justificación, es el principio de primera ocupación en sí mismo el que establece provisionalmente lo que debe justificarse, así como los tipos de consideraciones que pueden o no ser parte de la justificación. Ahora bien, este principio supone que, mediante un acto *unilateral de uno solo* , uno puede legítimamente colocar a todos los demás, *sin* su consentimiento, bajo una incapacidad legal que no existía antes. ¿Cómo puede esto ser compatible con la libertad e igualdad de aquellos que se ven afectados? Esta es la primera y más fundamental pregunta para una base pública de justificación.

Para apreciar plenamente el desafío que plantea esta cuestión, debemos recordar aquí que el principio de primera ocupación se aplica sin tener en cuenta su impacto en el bienestar, las necesidades, los propósitos o las calificaciones morales de aquellos a quienes excluye. No se modera asegurando, mediante una cláusula lockeana, por

ejemplo, que existan otras oportunidades de adquisición igualmente buenas para los excluidos.73 No contiene ni requiere ninguna medida compensatoria o de compensación en absoluto. El principio tampoco restringe su funcionamiento de una manera que ponga los resultados en línea con cualquier concepción de igualdad en la distribución. Por el contrario, el azar, las circunstancias y, en general, **la distribución de** los bienes y servicios en sí mismos son factores que influyen en la distribución de los bienes y servicios.

Filosofía del derecho de propiedad

En general, las ventajas morales inmerecidas tienen un margen de maniobra relativamente amplio para determinar los resultados. La primera ocupación no puede considerarse plausiblemente como un principio de mérito. Debe enfatizarse aquí que el principio se aplica *de manera completa y definitiva en un solo caso* y, por lo tanto, requiere en cualquier instancia de ese tipo un resultado final y completo en el que posiblemente el bienestar de una persona se mejore (al adquirir la propiedad) sólo al empeorar la situación de otros (a través de la imposición de una discapacidad que no existía antes). En cualquier caso dado, las reivindicaciones de necesidad, interés, talento, recursos comparativos o mérito moral *de los excluidos* (en virtud de la discapacidad que se les impone) no contarán para nada. ¿Cómo puede ser razonable un principio de ese tipo en el sentido de tratar a los excluidos como personas libres e iguales a la par del propietario?

Para ver si la primera ocupación es compatible con el respeto a la igualdad y la libertad, será necesario formular una concepción normativa apropiada de la persona como libre e igual. Cuando están en juego principios de justicia y equidad de cualquier tipo, el requisito de respeto siempre se debe a los individuos. Debemos, como dijo Rawls,74 ser justos con las personas, no con sus concepciones del bien. Hacemos este punto teóricamente explícito al formular una concepción apropiada de la persona que destaca en qué sentido se les debe justicia a los individuos.

Sin embargo, en consonancia con la idea de una justificación pública, buscamos una especificación de la

libertad y la igualdad que se ajuste al carácter básico del principio que se pretende justificar. Si bien todas las normas y principios que pertenecen a un orden político y jurídico liberal articulan idealmente una concepción general de la libertad y la igualdad, pueden hacerlo de diferentes maneras. En el caso de la primera ocupación, la noción de libertad e igualdad no puede hacer referencia a la satisfacción de necesidades o la igualdad de recursos como consideraciones normativamente relevantes. Si la primera ocupación se ha de justificar sobre una base pública, tendrá que ser en términos de una concepción *específica* de la persona como libre e igual, una concepción que, aunque razonable en sus propios términos, no tiene por qué ser apropiada cuando están en cuestión otros principios y cuestiones normativas, por ejemplo, las que surgen de la justicia política y distributiva. En el caso de esta última, siguiendo a Rawls, se considera que las personas tienen un interés en obtener ciertos bienes sociales específicos que les permitan ejercer y realizar sus poderes como ciudadanos libres e iguales. La concepción política de la persona como ciudadana libre e igualitaria incorpora una noción de necesidades legítimas. Esto no sucederá con la concepción jurídica de la libertad y la igualdad, y la concepción correspondiente de la persona reflejará esto.

malentendidos , es importante subrayar desde el principio los límites del presente esfuerzo de justificación. El objetivo principal es ver si la idea de propiedad en el derecho privado expresa, en sí misma, una noción de razonabilidad que sea consonante con nuestra cultura jurídica pública y política liberal. Si no refleja una concepción moralmente plausible de la libertad y la igualdad, no puede, ni siquiera prima facie, pertenecer a un orden jurídico liberal.

Pero la justificación no intenta ir más allá de establecer que puede pertenecer a ese grupo. *No se sostiene* que el derecho de propiedad y, de hecho, la concepción jurídica de los derechos sean por sí mismos suficientes para realizar la justicia social y política. Por el contrario, la justificación sugiere claramente que la concepción jurídica puede, como máximo, constituir una parte y no la totalidad de la justicia. Por ejemplo, la indiferencia hacia la necesidad no sólo es el sello distintivo de la concepción

jurídica; también representa su límite desde el punto de vista de cualquier teoría completa y razonable de la justicia liberal. El argumento en favor de la razonabilidad intrínseca de la concepción jurídica tampoco le atribuye valor absoluto. El argumento no excluye la posibilidad de que, dentro de una teoría completa de la justicia, la concepción jurídica, y más particularmente los principios de adquisición y responsabilidad, se subordinarán a principios de justicia social que aseguren una igualdad justa de oportunidades y una distribución justa de los beneficios y cargas de la cooperación social. De hecho, puede suponerse razonablemente que así debe ser. Por lo tanto, el análisis que sigue de la razonabilidad de la primera ocupación no pretende establecer la relación adecuada entre la concepción jurídica y las demás partes de la justicia, sino que simplemente intenta mostrar cómo la idea de propiedad en el derecho privado puede recibir, para utilizar el término de J. W. Harris, una justificación prima facie como parte del sistema de valores jurídicos y políticos liberales.75

Mi argumento en favor de la razonabilidad del derecho de propiedad se desarrolla en dos etapas. En la primera, nos preguntamos si el derecho es razonable cuando se lo considera desde el interior de la concepción jurídica. Más específicamente, determinamos si la propiedad puede explicarse en términos que sean consonantes con la base moral de otros derechos relativamente indiscutibles dentro de la concepción jurídica. Suponemos provisionalmente la validez de estos otros derechos y vemos si ellos y la propiedad comparten la misma base normativa. Consideraré el derecho de propiedad en relación, primero, con el derecho a la integridad corporal y, segundo, con lo que llamaré "la concepción estrecha de la propiedad" en la que el derecho a usar las cosas sin interferencias continúa sólo mientras uno las tenga en su posesión física. El reconocimiento de estos últimos derechos -en particular el derecho a la integridad corporal- está establecido más allá de toda duda en la cultura jurídica y política pública. Espero mostrar que, visto desde el interior de la concepción jurídica de los derechos, el derecho de propiedad tiene la misma base normativa.

Filosofía del derecho de propiedad

base normativa como estos otros derechos, comparativamente indiscutibles. Dentro de la concepción jurídica, no hay razón para aceptar estos últimos pero no los primeros. A lo largo de esta parte del argumento, doy por sentado que la concepción jurídica es indiferente a la necesidad, el bienestar y el interés. De hecho, mi argumento **(p. 803)** es que sólo dentro de un marco normativo de este tipo se puede justificar el derecho de propiedad de la manera que he sugerido.

En la segunda etapa de la argumentación, ya no me limito a asumir este marco, sino que pregunto si la indiferencia de la concepción jurídica hacia la necesidad es consonante con el respeto a las personas como libres e iguales. La investigación pasa de una consideración del encaje moral del derecho de propiedad dentro de la concepción jurídica a una evaluación de la concepción jurídica misma como una instancia plausible de los ideales liberales de libertad e igualdad. Es en este punto donde haré, aunque sea brevemente, referencia a la concepción jurídica de la persona —o "personalidad jurídica"— y analizaré su relación con la concepción política de la persona. Aquí nuevamente, mi objetivo es poner de manifiesto la razonabilidad intrínseca de la concepción jurídica de la persona, al tiempo que señalo sus límites desde un punto de vista más completo.

Partiendo de la convicción establecida de que los individuos tienen un derecho innato sobre su cuerpo, que es exclusivo frente al mundo, ¿podemos demostrar que, dentro de la concepción jurídica de los derechos, un derecho a adquirir propiedad exclusiva sobre cosas externas mediante actos unilaterales descansa sobre la misma base moral que el derecho a la integridad corporal? Para responder a esta pregunta, debemos aclarar en primer lugar el carácter esencial y la base del derecho a la integridad corporal en la concepción jurídica.

El derecho a la integridad corporal es, en primer lugar, un *derecho* , es decir, se refiere al hecho de que cada individuo tiene la posesión y el uso exclusivos y legítimos de su propio cuerpo frente a todos los demás. Este derecho implica que los demás están bajo la inhabilidad legal de no tener el poder de adquirir la posesión o el uso legítimos de

mi cuerpo. Además, como en el caso de un derecho de propiedad sobre una cosa externa, esta exclusión es la base de un principio de responsabilidad que prohíbe a los demás actuar de una manera que someta mi cuerpo a sus fines. Es importante señalar otro aspecto en el que el derecho a la integridad corporal es idéntico en carácter al derecho de propiedad: es *simplemente* exclusivo, de modo que el derecho a la integridad corporal no obliga a los demás a ayudar, preservar o mejorar de otro modo la condición o las circunstancias de mi existencia corporal. No existe un deber general de rescate. Lo que los demás no deben hacer es afectar deliberadamente mi cuerpo de una manera que interfiera con mi posesión exclusiva de él o limite los usos que puedo darle. La regla de responsabilidad es de carácter negativo y prohibitivo, en consonancia con la idea organizadora de la concepción jurídica de que no hay responsabilidad por incumplimiento.

Sin embargo, hay una forma básica en la que el derecho a la integridad corporal difiere del derecho a la propiedad sobre las cosas externas: el primer derecho se considera en todas partes como innato; se reconoce a los individuos que lo tienen independientemente de hacer algo y antes de hacerlo. Si bien es cierto que "tomo posesión" de mí mismo y convierto mi cuerpo en un instrumento para mi uso al desarrollar mis poderes mentales y físicos, sin embargo, en la medida en que soy un ser vivo, estoy y debe considerarse que estoy en mi cuerpo; al menos así es como los demás deben verme razonablemente. Al estar en mi cuerpo, tengo una existencia externa que me distingue inmediatamente de la de los demás; y en la medida en que mi cuerpo es algo que puede verse afectado directa o indirectamente por las elecciones externas de los demás, es algo externo en el sentido de la concepción jurídica de los derechos. Sin embargo, **debe** enfatizarse que mi cuerpo *no es* una cosa externa que sea *res nullius* hasta que se la apropia: siempre está en mi legítima posesión independientemente de mis actos y antes de ellos. No es algo que pueda ser apropiado o enajenado en absoluto. Siendo innato, mi derecho sobre mi cuerpo también es inalienable, en contraste con todos los derechos de propiedad adquiridos.

En una cultura pública democrática liberal, la creencia moral más firmemente establecida y absolutamente

fundamental es la ilicitud intrínseca de la esclavitud. Las personas humanas nunca deben ser tratadas como meros objetos de uso para otros; es decir, nunca deben ser subordinadas unilateralmente a sus fines. Si esto no es correcto y vinculante, nada lo es. La convicción de que la esclavitud es una ofensa contra la persona supone necesariamente que la persona y el cuerpo no deben considerarse entidades separadas desde el punto de vista de los derechos, independientemente de cómo se entienda la relación entre ellos desde un punto de vista religioso, filosófico o de otro tipo. Por lo tanto, no puedo decirte: al maltratar tu cuerpo, estoy tocando algo meramente externo a ti, no a ti mismo. De hecho, es *solo* tocando algo que es externo pero que al mismo tiempo te encarna, como puedo hacerte daño. En lo que respecta a la libertad *interior de uno* , es intocable para otros: encadenados aún podemos ser libres. Las personas pueden hacer reclamos contra otros solo en la medida en que están encarnadas en algo externo o relacionadas con él de la manera requerida. 76

El hecho de que mi cuerpo sea intocable para los demás y que el maltrato de mi cuerpo sea una ofensa *contra mí* (y no contra algún amo que tenga un interés legalmente protegido en mí) es el primero y más importante. Página 27 de 42

manifestación fundamental del hecho de que soy reconocido como una fuente auto-autenticada de afirmaciones válidas.

Se considera así a los individuos cuando se los considera capaces de hacer reclamaciones contra otros que tienen peso propio, independientemente de que se deriven de algún modo de los derechos o reclamaciones de otros, de deberes contraídos con la sociedad o de consideraciones y exigencias del bien común, cualquiera que sea su concepción. La fuente de validez de las reclamaciones reside *en las propias personas* que las formulan. El esclavo, por el contrario, es un ser humano al que no se reconoce *en absoluto como fuente de reclamaciones válidas* . 77 En el caso del derecho a la integridad corporal, el hecho de que yo esté vivo, en sí mismo, proporciona el contenido para

una reclamación válida contra otros: estando vivo en mi cuerpo, existo de una manera que me individualiza externamente *frente a* otros y, como tal, puede ser objeto de una reclamación que tiene su fuente en mí como persona independiente y separada.

Ahora bien, el derecho a la integridad corporal es una de las caras de un contraste que también es universalmente reconocido en la cultura jurídica pública: la diferencia entre **las** *personas* , que, moralmente hablando, nunca pueden ser meros objetos de uso, y *las cosas* , que sí *pueden* . Las cosas no poseen personalidad jurídica ni estatus jurídico, no pueden tener derechos ni deberes y no son fuentes de reclamaciones válidas contra otros. No hay nada en la caracterización normativa de las cosas que impida que se las utilice para cualquier propósito. Por supuesto, la distinción entre cosa y persona no establece qué entidades son o no son cosas, y en ciertos casos puede haber incertidumbre o desacuerdo en la cultura jurídica pública sobre la clasificación apropiada. Dicho esto, hay un amplio e indiscutido acuerdo sobre la clasificación apropiada en la gran mayoría de los casos, lo que es suficiente para los fines de la presente discusión. Con respecto a estos casos, la cultura jurídica pública sostiene que hay una diferencia categórica e irreductible entre personas y cosas y, además, que algo debe pertenecer definitivamente solo a una de estas dos categorías y no a la otra.

El hecho de que la no usabilidad de las personas humanas vaya de la mano con la usabilidad de las cosas es un punto crucial que debe tenerse firmemente presente al tratar la relación entre el derecho a la integridad corporal y el derecho de propiedad.

De hecho, ahora argumentaré que proporciona el vínculo conceptual entre ellos y la forma de transición del primero al segundo. Mi argumento es que si se reconoce a los individuos el derecho a la integridad corporal, no pueden estar sujetos a una prohibición general de subordinar y usar cosas externas. El derecho a la integridad corporal y la *permisibilidad* de tal posesión y uso van de la mano. Teniendo en cuenta que, en la concepción jurídica de los derechos, las necesidades, las preferencias, el mérito o las

consideraciones distributivas no establecen ni descartan las reivindicaciones interpersonales, esta permisibilidad se desprende de la usabilidad de las cosas, que acabamos de analizar, junto con el hecho de que, a partir del derecho a la integridad corporal dentro del marco de la concepción jurídica, no puede ser posible que los individuos usen cosas como un agravio contra otros, como explicaré ahora.

A través de sus cuerpos, los individuos se sitúan inevitablemente en el tiempo y en el espacio. Siempre e independientemente de nuestra elección, debemos estar en algún lugar y en interacción con algunas cosas. Este es el único modo en el que existimos.

A menos que el derecho a la integridad personal sea ilusorio, debe incluir el derecho a estar en algún lugar en interacción con algunas cosas externas durante algún tiempo. O, más exactamente, al ser así, no hacemos ningún mal a los demás y, en sus tratos con nosotros, los demás deben aceptarnos como nos encuentran, lo que significa: como si estuviéramos aquí en algún lugar y afectáramos a algunas cosas. Además, al proteger la integridad corporal, necesariamente protegemos la capacidad de los individuos para ejercitar y desarrollar sus poderes mentales y físicos y, con esto, su capacidad de elegir. Estos poderes, tanto en su forma potencial como desarrollada, entran dentro de sus derechos exclusivos frente a otros. Con el ejercicio y desarrollo protegidos de sus poderes, los individuos están en algún lugar e interactúan con las cosas externas como resultado de su elección y propósito.

Sin embargo, el hecho de que yo haya *elegido* estar en algún lugar o hacer uso de algo (suponiendo, por supuesto, que no lo haya hecho de una manera que interfiera con la integridad corporal de otros) no puede, en sí mismo, cambiar el carácter permisible de mi estar allí o de mi efecto sobre la cosa y no libera a los demás de la necesidad de tomarme como soy en estas circunstancias en sus interacciones conmigo. **(p. 806)** No puedo abstraerme de mi capacidad de elegir o, en otras palabras, no puedo elegir no elegir: esta es la condición dada en la que me encuentro. Si los demás tienen que tomarme como me encuentran, deben tomarme como un agente que elige, con un propósito.

El hecho de que el hecho de que afectemos deliberadamente a las cosas externas no sólo no esté prohibido por el derecho a la integridad corporal, sino que sea también el resultado inevitable del ejercicio de aquellas capacidades que están bajo su protección, no nos da, sin embargo, propiedad sobre esas cosas exclusivamente frente a otros. En lo que respecta a nuestra relación física con las cosas externas (que aquí incluye la tierra sobre la que existimos y nos movemos), los parámetros más externos del derecho a la integridad corporal son el derecho a estar en algún lugar durante algún tiempo: es decir, los demás no pueden decir que es incorrecto que estemos donde estamos en un momento dado o que al eliminarnos afectando nuestra integridad corporal, no violan nuestros derechos. 78 Pero es sólo en la medida en que somos realmente tocados o afectados en nuestros cuerpos que el derecho a la integridad corporal se aplica.

está comprometido. Si otros pueden usar las cosas con las que estamos en contacto sin afectar nuestros cuerpos, pueden hacerlo de manera permisible. El punto crucial es que si bien el derecho a la integridad corporal no prohíbe la subordinación y el uso intencionales de las cosas, tampoco lo valida *como un acto de elección* que es distinto de la propia existencia corporal. No reconoce el ejercicio de la elección *como* una posible base de reclamos válidos contra otros y como una expresión de nuestro estatus como fuentes de reclamos auto-autenticadas. Por lo tanto, debido a que las categorías de tomar posesión, uso y alienación son *ejercicios de elección manifestados externamente* con respecto a cosas externas, no tienen existencia jurídica bajo la rúbrica de integridad corporal. Sin embargo, si estas formas de afectar las cosas externas pueden entenderse como expresión de nuestro estatus como fuentes de reclamos auto-autenticadas cuando se articulan como un derecho que va más allá del derecho a la integridad corporal, no hay nada en este último que lo excluya a priori; Por el contrario, sería arbitrario negar que tales actos puedan tener un significado normativo intrínseco cuando el derecho a la integridad corporal garantiza su posibilidad misma. Al ser compatible con el derecho a la integridad corporal, esta extensión podría representar la

continuación y la realización ulterior de la propia concepción de nosotros mismos que la sustenta.

Éste es precisamente el carácter del derecho de primera ocupación. Según este principio, los actos de un individuo se reconocen como potencialmente decisivos para establecer derechos interpersonales. Estos actos pueden tener *cualquier* contenido siempre que parezcan razonablemente a los demás como uno de los tres modos de subordinar las cosas externas a los fines de un individuo. Al especificar los actos de esta manera, el principio de primera ocupación lleva a cabo la distinción entre persona y cosa en el nivel más alto de generalidad: estos son los modos distintos aunque conceptualmente interconectados de **(p. 807)** *tratar las cosas como objetos utilizables* . Todo acto que una persona realiza, por complejo o desarrollado que sea, puede interpretarse únicamente en estos términos. Además, las definiciones tanto de los actos requeridos como de los objetos de estos actos son externas de acuerdo con la concepción jurídica de los derechos. El acto se define por cómo aparece razonablemente a los demás y el objeto del acto es algo que puede ser afectado por cualquiera, es decir, por otros. Dado que debe ser posible interpretar los actos como modos posibles de tratar las cosas como objetos utilizables, la unidad o integración del acto y el objeto bajo un aspecto externo es esencial para lo que el acto es, desde el punto de vista jurídico. Esta misma integración se refleja en el hecho de que el acto puede tener cualquier contenido, siempre que cuente como una subordinación intencional de una cosa. La neutralidad del contenido y la apertura del acto corresponden a la usabilidad incondicional de las cosas: dado su estatus normativo inherente como utilizables, las cosas no tienen capacidad para resistirse a ser sometidas a *cualquier* propósito.

Al considerar tales actos como necesarios y suficientes para establecer reclamaciones contra otros, la ley reconoce a los individuos como fuentes de reclamaciones válidas que se autentifican por sí mismas. Vimos que en el caso del derecho a la integridad corporal, el cuerpo de un individuo, al ser un modo externo de individuación en relación con otros, es un vehículo para expresar el estatus de la persona como fuente de reclamaciones que se autentifica por sí

misma. Lo mismo es cierto respecto de los actos de ese individuo: en lo que respecta a los demás, soy solo yo quien puede llevar a cabo mis actos y soy solo yo quien está inmediatamente presente en ellos. 79 Y debido a que estos actos se definen con respecto a cosas externas particulares que pueden ser apropiadas en su singularidad —pues solo así su posesión, uso o alienación puede ser exclusiva de un individuo dado— los actos son, de principio a fin, modos de expresar la individualidad de los agentes como fuentes de reclamaciones que se autentifican por sí mismas. Obsérvese, finalmente, que si bien esta visión del derecho de propiedad trata los actos (de manera similar a los cuerpos) como vehículos de individuación, no invoca ninguna noción de mérito o merecimiento.80 La referencia a la necesidad, la preferencia, el mérito, el bienestar individual y social o las consideraciones distributivas serían incompatibles con la posibilidad misma de una justificación jurídica de la primera ocupación sobre una base pública.

El derecho de propiedad considera que cada individuo tiene la capacidad de establecer derechos en relación con otros a través de sus actos. Para expresar el hecho de que **(p. 808)** los individuos son fuentes de derechos que se autentifican *por sí mismos* , estos actos son, y originalmente sólo pueden ser, puramente unilaterales: provienen de y son realizados por seres individuales considerados separados y distintos. Y así como el derecho a la integridad corporal continúa al menos mientras uno esté vivo, así también el derecho de propiedad continúa al menos mientras otros puedan razonablemente considerar que uno actúa de una manera que manifiesta la intención requerida. El carácter intrínsecamente ilimitado del derecho de propiedad refleja, una vez más, el hecho de que, a través de él, somos vistos como fuentes de derechos que se originan por sí mismos. Si no respetamos la exclusividad de los derechos de propiedad, no reconocemos la posibilidad de que los individuos puedan expresar su condición de fuentes de derechos que se autentifican por sí mismos a través de sus acciones.

Si esto es así, y a la luz del reconocimiento público del derecho a la integridad corporal, debe ser arbitrario negar la posibilidad o legitimidad de algún tipo8

1. El derecho de propiedad sobre las cosas externas. Hemos visto que el derecho a la integridad corporal protege por sí mismo la capacidad de acción. Al representar la forma conceptual más básica y general en que los actos, a diferencia de los meros estados de ser, pueden ser la base de las reclamaciones de una persona en relación con otras, el derecho Página 29 de 42

Filosofía del derecho de propiedad

El derecho de propiedad integra el ejercicio de esta capacidad en el mismo marco moral. En efecto, vistos como modos de individuación, la diferencia entre cuerpo y acto es simplemente la que existe entre un poder y su actualización. Desde la perspectiva de la cultura jurídica pública, la razón por la que el cuerpo humano es visto como un interés protegido es que pertenece a un ser que tiene una capacidad para la acción. Porque sólo a un ser con una capacidad para la acción intencional se le imputa responsabilidad y está sujeto al deber; y sólo a un ser que tiene al menos el potencial de ser una unidad de responsabilidad se le reconoce por la cultura jurídica pública como poseedor de una capacidad para derechos. Pero a menos que la capacidad para la acción pueda ser realizada mediante su ejercicio bajo condiciones definidas, no es una potencialidad real. En consecuencia, si hay algo intrínseco al ejercicio de una persona de su capacidad para la acción intencional tal que no puede ser, por derecho propio, una fuente de reclamaciones, entonces tampoco puede el hecho de que una persona tenga un cuerpo ser la base de derechos contra otros. El derecho de propiedad, visto de esta manera, no sólo completa el derecho a la integridad corporal; ambos derechos se mantienen o caen juntos.

El hecho de que quienes están excluidos de algo que ha sido puesto bajo el derecho de otro ya no puedan ejercer unilateralmente su capacidad de acción con respecto a esa cosa no es incompatible con su igualdad, como tampoco lo es el derecho a la integridad corporal con la igualdad de quienes son excluidos. En ambos casos, la limitación no tiene por qué representar una lesión a sus derechos, al menos desde un cierto punto de vista moral. Si bien todos tienen la misma capacidad para establecer reclamaciones

mediante sus actos, no tienen ninguna reclamación contra nadie a menos que y hasta que realicen el acto necesario de la manera requerida. Para que se aplique el derecho de propiedad, debe haber un acto ya completado, de la misma manera que el derecho a la integridad corporal **se** aplica sólo a un cuerpo ya existente. Debe enfatizarse que ninguno de estos derechos garantiza que los individuos de hecho tendrán, o tendrán de hecho la oportunidad de obtener, el interés que protege. Para que el ejercicio puramente unilateral de la capacidad de uno para hacer valer sus derechos mediante sus actos sea compatible con la igualdad de los demás, basta con que dicha capacidad se ejerza únicamente respecto de cosas que no hayan sido ya adquiridas por él. Concluyo, pues, que quienes están impedidos de adquirir algo porque ya ha sido apropiado de acuerdo con la primera ocupación no pueden alegar, *como una cuestión de derecho privado en el sentido de la concepción jurídica* , que se les ha causado daño alguno.

Además, una vez más desde este marco, cualquier distribución de la propiedad sobre la base de alguna otra norma tendría que ser consentida por aquellos que ya están en posesión exclusiva y legítima de la propiedad y tendría que llevarse a cabo mediante una serie de acuerdos de conformidad con los principios del contrato.

Analizado como un modo de adquisición, el derecho de propiedad refleja las implicaciones normativas inmediatas del contraste entre cosa y persona, tal como se materializa en las relaciones entre individuos que son vistos como fuentes de derechos válidos que se autentifican por sí mismos, cuando las consideraciones de necesidad, bienestar e interés particular son asuntos indiferentes. Si se acepta esta conclusión, se podría, no obstante, objetar que el argumento no resuelve la cuestión de cuál es, más precisamente, el carácter del derecho de propiedad que puede justificarse sobre esta base. Tal vez lo máximo que se puede justificar es un derecho de propiedad que sea coextensivo con la posesión física real. Si bien existe controversia sobre la razonabilidad de un derecho de propiedad pleno que puede continuar incluso cuando el propietario no tiene posesión física real, pocos rechazan la concepción más estrecha que implica un derecho a usar las cosas transitoriamente y a estar libre sólo de interferencias

con el uso real.82 Según esta visión estrecha, tan pronto como uno ya no tiene posesión física de la cosa, otros tienen derecho a tomar posesión de ella. Quiero sugerir que la visión estrecha debe, de hecho, dar paso a la concepción irrestricta del derecho de propiedad que se reconoce en la primera ocupación. No es el caso de que el argumento anterior en favor de un derecho sobre las cosas externas como una extensión y compleción del derecho a la integridad corporal deje indeterminado el carácter del derecho anterior. Como explicaré ahora, es la concepción irrestricta, no la visión estrecha, la que refleja de manera inequívoca y completa la idea de un derecho privado de propiedad sobre las cosas externas que es continuo con el derecho a la integridad corporal, pero al mismo tiempo genuinamente distinto de él.

Consideremos, en primer lugar, el carácter del derecho de propiedad en la perspectiva estrecha. Al igual que el principio de primera ocupación, la perspectiva estrecha presupone que uno puede hacer **(p. 810)** que algo sea suyo y puede imponer una incapacidad legal a otros simplemente *haciendo* algo con o a eso que razonablemente parezca a otros como una manifestación de una intención de subordinarlo al poder de uno. El acto cuenta como el acto propio de ese individuo -no se imputa a nadie más- y la cosa se considera totalmente subsumida bajo él -la cosa no tiene una posición separada una vez subordinada-. Incluso la concepción estrecha del derecho de propiedad puede ser vista como que considera a los individuos como fuentes de auto-autenticidad de reclamos válidos, que pueden establecer reclamos a través de actos que les son imputables como personas distintas y separadas. Y así como mi acto es 'mío' y no 'tuyo', así también la cosa que está totalmente subsumida por el derecho de propiedad bajo este acto es 'mía' y no 'tuya'. Esta visión de nosotros mismos está sugerida por el carácter excluyente incluso de la concepción estrecha del derecho de propiedad y es válida en la medida en que tomamos un punto de vista jurídico.

El hecho de que a uno se le prohíba usar algo que ya está en posesión física de otro no se toma, por lo tanto, como un

límite al derecho igualitario de uno a poseer cosas. El derecho igualitario consiste simplemente en una capacidad para establecer reclamos válidos contra otros y uno no tiene tales reclamos *a menos y hasta que* postula ciertos actos, actos que son imputables a uno mismo como una persona distinta y separada. En consecuencia, el mero hecho de que la primera ocupación extienda la inhabilidad legal a otros al aplicar la exclusión cuando el propietario no tiene posesión física, no necesariamente entra en conflicto con el derecho igualitario que presupone incluso la concepción estrecha. Depende de si la primera ocupación interpreta el requisito del acto de una manera que sea consistente con su papel y significado en la visión estrecha.

Ahora bien, si bien puede ser razonable exigir algún tipo de apropiación física para establecer la propiedad sobre una cosa sin dueño frente al mundo —porque este es el único tipo de acto que satisfará el requisito de publicidad en estas circunstancias— de esto no se sigue que el derecho pueda continuar sólo mientras el titular del derecho continúe teniéndola en su posesión física real. Habiendo reconocido la posibilidad de hacer reclamos contra otros mediante actos unilaterales que subordinan cosas sin dueño a los propios fines, lo único necesario es que sea *razonablemente evidente para otros* que la cosa continúa estando sujeta al poder de uno, ya sea que uno esté o no en posesión física real de ella en un momento dado. Pero esto, argumenté antes, es ciertamente posible en muchos casos —por ejemplo, cuando uno toma posesión marcando o imponiendo alguna forma sobre la cosa. Además, desde el propio punto de vista, ¿por qué debería uno aceptar descartar *ab initio* , como posibles modos de establecer reclamos contra otros, los modos de usar cosas que se originan en uno mismo y que expresan el alcance de los propios poderes racionales y prácticos, aunque puedan no requerir una posesión física continua? Una vez que se considera que la subordinación públicamente manifiesta y deliberada de algo no requiere necesariamente una posesión física continua, el derecho igual a adquirir puede considerarse ejercido incluso cuando falta dicha posesión física continua.

La imposición resultante de una incapacidad más amplia a los demás no es, por tanto, incompatible con sus derechos

simplemente por la definición más amplia de los actos que deben respetarse. La definición más amplia simplemente completa el contenido de los actos que tienen el carácter necesario para establecer reclamaciones de propiedad contra otros. **(p.**

811) El hecho de que la incapacidad resultante impuesta a otros sea mayor que en el caso de la concepción estrecha no la hace problemática en lo que respecta a la concepción jurídica de los derechos. Por supuesto, la incapacidad adicional puede ser problemática cuando se tienen en cuenta consideraciones de necesidad, propósito particular, mérito, recursos comparativos o bienestar general.83 Pero, como he subrayado, hasta ahora todo el debate se ha llevado a cabo desde el interior de la concepción jurídica de los derechos. Al evaluar tanto la concepción estrecha como la concepción completa del derecho de propiedad, suponemos, aunque sea de manera provisional, que tales consideraciones son irrelevantes.

La concepción irrestricta de la propiedad en la primera ocupación representa la idea de propiedad que la concepción estrecha presupone implícitamente pero que sólo realiza de manera ambigua.84 Para que el derecho de propiedad pueda calificarse como una categoría jurídica genuinamente distinta pero básica, debe depender de condiciones necesarias y suficientes que lo diferencien del derecho a la integridad corporal. El hecho de que la propiedad sea un derecho sobre una *cosa externa* , es decir, sobre algo que es distinto del propio cuerpo, es obviamente crucial para que sea una categoría jurídica propia. Al mismo tiempo, ambos tipos de derechos presuponen la posesión del tipo requerido: uno debe estar en posesión de su propio cuerpo o de la cosa externa para tener un derecho *frente a* otros con respecto a ellos. Es a través de mi posesión que estoy tan conectado con el objeto que puedo ser afectado por el toque de otro. Si la propiedad sobre las cosas externas ha de ser una categoría distinta de derechos, debe ser posible representar mi posesión de la cosa de una manera que esté separada de mi posesión de mi cuerpo. Sin embargo, si es necesario que yo esté en posesión física de la cosa para ser afectado por tu toque, mi derecho a excluir será sólo en contra de actos que puedan afectar mi derecho a la integridad corporal.

Así, el único tipo de posesión que es completa e inequívocamente independiente de la posesión de mi cuerpo es la posesión *no física* de la cosa: debe ser posible representarme como si la tuviera en mi posesión aunque no esté en mi posesión física real. La posesión no física de la cosa es posesión de ella *como una cosa externa* . Si se adopta la concepción estrecha de la propiedad, la posesión de la cosa no puede representarse como posesión de una cosa externa y, por lo tanto, ni completa ni inequívocamente, como un derecho de propiedad en absoluto. La concepción estrecha de la propiedad es insostenible sobre las mismas premisas que debe presuponer para que se la califique como una categoría distinta de derecho.

Esto completa mi argumento sobre la razonabilidad del derecho de propiedad desde el punto de vista de la concepción jurídica de los derechos (es decir, desde dentro de ella). Hasta aquí, todo el argumento se basa, pues, en el supuesto de la irrelevancia normativa de la necesidad, el mérito, el bienestar individual o social, etcétera. Es importante aclarar el significado de ese supuesto. No se trata simplemente de que los deseos o necesidades *arbitrarios de una persona no puedan ser la base de las reclamaciones.*

Filosofía del derecho de propiedad

No es justo que se espere que uno sea capaz de subordinar sus deseos a las exigencias del derecho. Esta versión débil de la irrelevancia del deseo y la necesidad debe ser presupuesta por **cualquier** *concepción* normativa . La concepción jurídica, como idea normativa específica, supone la premisa mucho más fuerte de que las necesidades, los deseos, las consideraciones de bienestar, etc. de cualquier *tipo* no son, como tales, la base de las reclamaciones contra los demás y no juegan ningún papel en la determinación de su contenido. La concepción jurídica, a diferencia, por ejemplo, de una concepción política de la justicia, no tiene lugar ni siquiera para una noción de necesidades legítimas. Frente a la objeción de que esta indiferencia extrema ante la necesidad debe ser irrazonable, no es suficiente mostrar la razonabilidad de cualquier principio o norma desde dentro de la concepción

jurídica. Debemos dar el paso adicional de ver si la concepción jurídica misma puede ser compatible con una visión de los individuos como personas libres e iguales. Más particularmente, debemos identificar el poder o poderes morales que se les atribuyen como tales personas y que harían moralmente plausible esta indiferencia hacia las necesidades.

Hemos visto que el derecho de propiedad considera a los individuos como poseedores y ejercitantes de una capacidad de elección a través de la cual son fuentes de auto-autenticidad de reclamaciones válidas contra otros. Ahora bien, si se considera a los individuos como fuentes de *auto-autenticidad* de reclamaciones válidas, se les atribuye una capacidad para hacer reclamaciones cuya validez no depende de que satisfagan ningún propósito o consideración particular previo: se reconoce que los individuos tienen legitimidad y valor sólo en sí mismos, no a través de otros ni a causa de los deseos, propósitos, concepción del bien o características que tengan. En otras palabras, pueden hacer reclamaciones que tienen peso sin suponer la validez antecedente de ningún factor particular que se les dé, independientemente de su elección, desde dentro o desde fuera. De hecho, podemos decir que si se considera a alguien como una fuente de auto-autenticidad de reclamaciones válidas , se considera que *tiene* la capacidad de disipar el dominio que cualquier cosa, de la cual uno puede distinguirse, tiene sobre sí mismo. Sólo así se considera que uno hace algo que tiene su fuente *en uno mismo* . Por lo *tanto* , al reconocer a los individuos como fuentes de reivindicaciones válidas que se autentifican por sí mismas, les atribuimos *una El poder moral de pensarse a sí mismos como distintos de cualquier factor particular* que pueda ser visto como una fuente antecedente —y por lo tanto el verdadero "propietario"— de sus derechos. De ello se desprende que reconocer a los individuos como fuentes de derechos implica considerarlos no inevitablemente ligados a sus necesidades, preferencias, etc., sino más bien como personas que *eligen* adoptarlas o rechazarlas en la formación y ejecución de sus fines. Y esto apunta a un segundo poder moral: se reconoce a los individuos como poseedores de una capacidad para establecer y realizar fines —es decir, como poseedores y ejercitadores de una capacidad para elegir algo— de una manera y con un

contenido que refleja el hecho de que los fines son sólo suyos y no son imputables (a los efectos de asignar derechos o deberes) a nada ni a nadie más.

Los individuos tienen, podríamos decir, un *interés legítimo* en ejercer estos poderes morales en sus acciones y cualquier cosa que satisfaga este interés puede convertirse en la base de reclamaciones válidas contra otros.

En la cultura jurídica pública, la posesión de estos dos poderes morales es al menos una base suficiente para reconocer a los individuos como poseedores de personalidad moral (con la capacidad absolutamente igual para hacer reclamaciones que esto implica), así como para imputar a los individuos los efectos que producen a través de sus acciones, en la medida en que afectan las reclamaciones de otros. Una vez más, la concepción de los poderes morales es normativa más que **metafísica.8**

5 En nuestro

En los juicios, tanto cotidianos como jurídicos, hacemos referencia a estos poderes, o al menos los suponemos implícitamente, cuando exigimos que los individuos sean considerados responsables de sus actos, incluso frente a la fuerza de sus impulsos más fuertes, el peso de su historia y circunstancias personales, o el hecho de que otros puedan haber aprobado o incluso ordenado sus acciones. No podemos dar sentido a nuestra cultura jurídica pública a menos que nos veamos, y tengamos derecho a vernos, de esta manera.

Ahora bien, si bien es perfectamente razonable, dentro de una concepción política liberal de la justicia, suponer que los individuos tienen necesidades de cosas externas cuya satisfacción les permite desarrollar y ejercitar sus poderes morales y que, sobre esta base, pueden reclamar a otros una división justa de los bienes necesarios, no podemos empezar directamente con tales reivindicaciones basadas en las necesidades. Si ha de haber una concepción de las necesidades que sea apropiada para los individuos como fuentes de reivindicaciones que se autentifican por sí mismas, debe ser consonante con su absoluta independencia como tales personas. Para llegar a esta

concepción de las necesidades, *primero debemos* especificar una relación entre las personas con respecto al mundo externo que pueda dar lugar a reivindicaciones que *no* se basen en necesidades de ningún tipo. Este primer paso debe consistir, por tanto, en un ejercicio de los dos poderes morales que esté intrínsecamente definido con respecto al mundo externo, pero que preserve la independencia de las personas *con respecto a* él. Y este paso constituye una expresión conceptualmente distinta de la libertad y la igualdad. Al tratar las necesidades de cualquier tipo -y, de hecho, cualquier característica particular a la que uno pueda responder- como si aún no fueran una base para las reivindicaciones interpersonales, este primer paso representa a los individuos *simplemente* como personas sin calificación ni ninguna otra determinación. Cada uno es idéntico a todos los demás por el simple hecho de que

razón por la cual todos se definen únicamente en términos de una capacidad para los dos poderes morales sin referencia a ningún factor o consideración que pueda diferenciarlos. La igualdad de los individuos consiste en su identidad absoluta como fuentes de reivindicaciones que se autentifican por sí mismas.

Esta concepción conceptual básica de los individuos como libres e iguales es la concepción jurídica de la persona ("personalidad jurídica") y se refleja en el derecho de propiedad. Lo que distingue a la propiedad, y más en general a la concepción jurídica de los derechos, como una concepción normativa *específica* es que el único interés legítimo que atribuye a los individuos está en el ejercicio de sus poderes morales a través de actos que tratan con cosas *puramente externas ;* es decir, con cosas que no forman parte de su estatus como fuentes de auto-autentificación de derechos válidos y que cuentan meramente como utilizables.

Así, por una parte, hay que subrayar que los individuos son y siguen siendo fuentes de derechos que se autentifican por sí mismos, independientemente de que se apropien de algo o no. En la concepción jurídica, *no* se considera que las

personas tengan interés en ejercer sus poderes morales *porque* necesiten cosas externas para ser libres e iguales. Son sacrosantas e intocables en sí mismas, independientemente de lo que hagan en el mundo exterior. Al mismo tiempo, sin embargo, *como personas* , se considera que tienen **(p. 814)** al menos como potencialidad, el poder de elección y la capacidad de realizar los propósitos que ellos mismos eligen en el mundo. Por tanto, sería arbitrario e irrazonable sostener que las personas son sacrosantas e intocables *sólo* en la medida en que aún *no han* ejercido este poder y esta capacidad.

También deben ser reconocidos como tales en sus acciones. Ahora bien, *por hipótesis,* las cosas son simplemente lo que puede usarse y las personas están autorizadas a usarlas. Todos tienen la misma autorización para poner las cosas en los fines que elijan. Cuando ponen las cosas bajo sus fines (mediante actos de apropiación, uso o alienación), a esta manifestación de propósito en el mundo se le debe otorgar el respeto debido a las personas como tales. Esto es respetar a las personas en sus acciones. Sin embargo, el hecho de que los individuos no tengan derechos válidos contra otros hasta que realmente subordinan las cosas a sus fines refleja la independencia de las personas respecto de las cosas: precisamente porque se nos considera como personas que no necesitan nada, no hay, por así decirlo, una conexión original entre nosotros y las cosas -ninguna referencia intrínseca a las cosas como parte de nuestro ser libre- salvo la autorización general para usar las cosas. Por lo tanto, debemos hacer algo que genere una relación individualizada con las cosas que pueda ser la base de los derechos contra otros. Cuando el punto de vista moral se formula exclusivamente y de manera exhaustiva en términos del contraste fundamental entre personas independientes y cosas utilizables, esto necesariamente debe, y sólo puede, lograrse mediante actos de apropiación, uso o enajenación. En otras palabras, el derecho de propiedad puede considerarse razonablemente como una extensión de la idea moral subyacente a la prohibición de la esclavitud a las relaciones mutuas entre personas respecto de sus tratos intencionales con cosas externas.

Cuando un individuo se apropia de algo con exclusión de otros, no cuenta en lo particular o en cualquier forma que lo diferencie de los demás, sino sólo *como persona* . Por lo tanto, el hecho de que sea este individuo y no aquel quien sea propietario es una cuestión de absoluta indiferencia. La propiedad representa el ejercicio de los poderes morales que son compartidos de manera idéntica por todos. La exclusividad del derecho simplemente refleja el hecho de que la propiedad es un ejercicio completo de estos poderes en cualquier caso dado. Cada caso de propiedad representa, por así decirlo, la encarnación completa de la personalidad jurídica. Si cada uno de esos casos no necesita ser respetado por los demás, nadie puede razonablemente reclamar tal reconocimiento en ningún caso. El significado normativo del derecho exclusivo es que se ha concedido respeto a la personalidad jurídica que es idéntica en todos de una manera que muestra el hecho de que la autorización general e igual para usar las cosas puede ser una base para reclamos interpersonales. El hecho de que la necesidad de un individuo sea satisfecha mientras que la de otro no lo es puede ser incorrecto e injusto sólo cuando la libertad consiste en algo más que nuestra capacidad de expresar en el mundo externo nuestra mera independencia de la necesidad. Pero, repito, esa indiferencia hacia la necesidad es conceptualmente básica en nuestra comprensión de la libertad y debe presuponerse si queremos llegar a una visión, como una concepción política de la persona, que especifique una noción de necesidades legítimas como base para reclamos contra otros. Entendido de esta manera, el derecho de propiedad es una doctrina que puede pertenecer a un liberalismo de la libertad.86

Notas:

Deseo agradecer a Daniel Batista, Joshua Getzler, Katie Sykes, Sophia Reibetanz y al lector anónimo de este volumen por sus útiles sugerencias sobre versiones anteriores de este capítulo. Estoy particularmente agradecido a Jim Harris y James Penner por sus cuidadosos comentarios escritos y las instructivas conversaciones de las que me beneficié mientras presentaba el trabajo en la Universidad de Oxford como parte de la Conferencia de

Jurisprudencia de la Universidad de Oxford y Toronto en febrero de 2001.

(1) Esto es cierto en el caso de J. Waldron, *El derecho a la propiedad privada* (Oxford: Clarendon Press, 1988), SR Munzer, *A Theory of Property* (Nueva York: Cambridge University Press, 1990), y J. Christman, *The Myth of Property* (Nueva York: Oxford University Press, 1994). Dos excepciones notables son J.W. Harris, *Property and Justice* (Oxford: Clarendon Press, 1996) y J. Penner, *The Idea of Property in Law* (Oxford: Clarendon Press, 1996). La diferencia entre estos dos últimos trabajos y el presente trabajo es que este capítulo explicita una concepción normativa definida del derecho privado y considera en qué consiste el derecho de propiedad cuando se lo considera estricta y exclusivamente dentro de los parámetros de esta concepción.

(2) Esta formulación está tomada de Munzer, *Theory of Property* , págs. 191-2. Como respuesta a esta pregunta sobre la equidad distributiva, como él la llama, Munzer propone una justificación pluralista que integra distintas normas de utilidad y eficiencia, justicia e igualdad y, finalmente, trabajo y merecimiento. Véanse los capítulos 8, 9 y 10.

(3) Véase J. Rawls, *Political Liberalism* (Nueva York: Columbia University Press, 1993) y 'The Idea of Public Reason Revisited', en *Collected Essays* , ed. S. Freeman (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999). Creo que la forma en que he interpretado la idea de una base pública de justificación en el presente capítulo se ajusta a la comprensión de Rawls. Por supuesto, algunos pueden estar en desacuerdo con esta afirmación como una cuestión de interpretación. En cualquier caso, el enfoque que he adoptado debe sostenerse por sí mismo, o no en absoluto. Aquí debo señalar que, quizás solo entre las contribuciones recientes a la teoría de la propiedad, *Property and Justice de Harris* , supra n. 1, cap. 10, explora la posibilidad de una

base pública de justificación para la propiedad, aunque no la llama así. Harris evalúa la legitimidad de la institución de la propiedad a la luz de una concepción minimalista de la asociación humana justa que, dice, está diseñada para el debate público sobre las instituciones sociales y políticas. Es una concepción que, según afirma, "de hecho cuenta con el asentimiento de la cultura pública del mundo moderno" (ibid., p. 180). Esto supone abordar la cuestión de la justificación sobre una base pública. En mi opinión, la principal diferencia entre nuestras respectivas justificaciones es que la que yo formulo está enmarcada únicamente en términos que son internos y específicos de la concepción jurídica de los derechos, es decir, del derecho privado entendido como un dominio normativo distintivo, mientras que la de Harris no está tan limitada.

(4) En artículos anteriores he intentado mostrar cómo esta concepción jurídica se refleja en las doctrinas y principios del derecho contractual y de responsabilidad civil. Véase, P. Benson, 'The Unity of Contract Law', en P. Benson (ed.), *The Theory of Contract: New Essays* (Nueva York: Cambridge University Press, 2001), 118–205 (en adelante *Contract Law*), y P. Benson,

'La base para excluir la responsabilidad por pérdidas económicas en el derecho de responsabilidad civil', en D. Owen (ed.), *The Philosophical Foundations Exclusión de responsabilidad en materia de responsabilidad civil extracontractual* (Nueva York: Oxford University Press, 1995) (en adelante, 'Exclusión de responsabilidad en materia de responsabilidad civil extracontractual').

(5) La distinción entre mala conducta y falta de conducta es una característica fundamental y, de hecho, organizadora del derecho privado. Como dijo Francis Bohlen, "no hay distinción más arraigada en el derecho consuetudinario ni más fundamental". Véase F. Bohlen, "El deber moral de ayudar a otros como base de la responsabilidad civil por agravios", *Universidad de Pensilvania. Law Review* , 56 (1908), 217 en 219. Para evitar malentendidos, debo enfatizar que la distinción entre mala conducta y falta de conducta, como creo que se entiende mejor, *no es* la misma que la diferencia entre actos y omisiones; ni depende de la presencia o ausencia de causalidad fáctica. Una omisión

(como el incumplimiento de un contrato) puede ser mala conducta y un acto (como interceptar el flujo de agua que se filtra) puede ser falta de conducta. Además, mi incapacidad para rescatarlo en ausencia de una relación especial entre nosotros (un caso de falta de conducta) puede, por la prueba de "pero por", ser una causa de daño resultante para usted. Hay falta de conducta siempre que el acto u omisión del demandado interfiera o afecte de otro modo algo que no esté *comprendido* en los derechos exclusivos del demandante frente al demandado. Si el demandado se abstiene de hacerlo, esto equivale, en términos legales, a otorgar un beneficio al demandante. Por el contrario, la mala conducta es un acto u omisión que *daña* algo que es legalmente del demandante, exclusivamente contra el demandado. Se pueden encontrar presentaciones judiciales claras y útiles de esta distinción en el influyente discurso de Lord Diplock en *Home Office v Dorset Yacht* ,

[1970] AC 1004 en 1027 (Eng. HL) y la decisión del juez principal Cardozo en *HR Moch Co. v Rensselaer Water Compañía* , 159 NE 896 (Nueva York 1928).

(6) En este punto del argumento, simplemente asumo que el objeto del interés externo debe ser el propio cuerpo o alguna cosa externa. Explico esta opinión en el resto del capítulo. Debo agregar que incluso aquí no supongo que uno "posea" su propio cuerpo de la misma manera que posee una cosa externa. Como se explica en el capítulo, estos dos derechos son en ciertos aspectos cualitativamente diferentes. También debo advertir al lector sobre el hecho de que a lo largo del capítulo, distingo entre *propiedad* por un lado y *propiedad* por el otro. Como explicaré a su debido tiempo, el derecho de propiedad es solo un caso específico de propiedad o, más precisamente, una forma específica de propiedad.

Filosofía del derecho de propiedad

La adquisición de la propiedad. El contrato es otra. La propiedad está omnipresente en todo el derecho privado, del cual la propiedad es sólo una parte.

(7) Así, la noción de "público" en este tipo de justificación no se refiere al derecho público, en contraposición al derecho privado. Puede haber una base pública de justificación tanto para el derecho privado como para el derecho público, y las justificaciones reflejan el carácter distintivo de los principios, doctrinas y valores que conforman el dominio que es objeto de la justificación en cada caso. Rawls ha elaborado una justificación pública para el dominio de lo político, para la asignación de derechos y deberes y la división de los beneficios y cargas de la cooperación social en la medida en que estos pertenecen a lo que él llama "la estructura básica de la sociedad", supra, n. 3. He analizado el carácter de una base pública de justificación tal como podría aplicarse al derecho privado en "La idea de una justificación pública para el contrato", *Osgoode Hall Law. Journal* , 33 (1995), 273 en 305–34 y he tratado de elaborar en detalle tal justificación para la ley del contrato en

'Derecho de contratos', supra, n. 4.

(8) Como se establece en obras estándar como FH Lawson y B. Rudden, *The Law of Property* , 2.ª ed. (Oxford: Clarendon Press, 1982).

(9) Arriba, n. 1, págs. 93–7.

(10) AM Honoré, 'Propiedad' en AG Guest (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (Oxford: Clarendon Press, 1961).

(11) 3 Cai R. 175; 2 Am. Dec. 264; 1805 WL 781 (NY Sup.) (NY 1805). Véase también el conocido caso inglés de *Young v Hichens* , 6 QB 606. Entre las muchas discusiones teóricas contemporáneas del principio, menciono a Harris, supra n. 1, en 213-20 en particular, pero de manera más general toda la Parte I; R. Epstein, 'Possession as the Root of Title', *Georgia Law Review* , 13 (1979), 1221; Waldron, supra n. 1 en 284-90, 386-9; y SR Munzer,

'La adquisición de derechos de propiedad', *Notre Dame Law Review* , 66 (1991), 661. La discusión seminal sigue siendo la de Holmes en *The Common Law* , ed. M. DeWolfe Howe (Boston: Little, Brown, and Company, 1963), conferencia VI.

El análisis de la posesión que realiza Holmes es una fuente indispensable para conceptualizar el principio de primera ocupación como parte de una base pública de justificación.

(12) Arriba, n. 11 (por Livingstone, J.).

(13) ibíd.

(14) ibíd. (por Tompkins, J.).

(15) A los efectos de la siguiente discusión y, de hecho, para el tratamiento del derecho de propiedad en este capítulo, considero la propiedad sólo sobre cosas *corpóreas externas* . Este es un recurso simplificador. La forma en que los objetos corpóreos caen bajo el principio de primera ocupación es clara, en relación con el caso de, por ejemplo, los intangibles. Si no podemos proporcionar una explicación adecuada y coherente de la propiedad sobre objetos corpóreos, no podemos esperar hacerlo para otros casos más difíciles, como la propiedad intelectual. Esta última plantea un conjunto particular de cuestiones que deben abordarse por sí mismas y que no puedo discutir dentro de los parámetros de este capítulo.

(16) Locke sostiene que la persecución es suficiente para dar al perseguidor la propiedad privada del animal, y la razón es que "quienquiera que haya empleado tanto *trabajo* en cualquiera de esa clase, como para encontrarlo y perseguirlo, lo ha sacado con ello del estado de naturaleza, en el que era común...". J. Locke, *Two Treatises of Government* , libro I (Nueva York: Cambridge University Press, 1988), pág. 290. Sin embargo, desde el punto de vista de la concepción jurídica de los derechos, el hecho de que uno haya gastado su esfuerzo y trabajo es relevante *sólo* en la medida en que esto implica la subordinación del objeto en la forma requerida. En otras palabras, lo que cuenta no es que uno haya trabajado como tal, sino más bien que haya hecho algo que pone al objeto bajo una relación externa con uno mismo. El hecho de que Post se esforzara por encontrar y luego perseguir al zorro y de que Pierson se beneficiara del esfuerzo de Post y tal vez no lo hubiera capturado sin él son, en sí mismas, consideraciones jurídicamente irrelevantes. En lo que respecta a la concepción jurídica, el trabajo o bien cuenta como un mero

acto externo del tipo requerido o bien no es nada en absoluto.

(17) Penner no reconoce suficientemente este punto en su crítica de la opinión de Hohfeld sobre la distinción *in rem-in personam* . Véase supra, nota 1, págs. 25-28.

(18) Véase Rawls, *Political Liberalism* , supra nota 3, págs. 32-3.

(19) Véase Holmes, supra n. 11, págs. 174-178.

(20) Por ejemplo, en el derecho inglés se ha sostenido que las aguas subterráneas que se filtran en canales no definidos no son propiedad de nadie precisamente porque no pueden ser ocupadas de la manera requerida. Véase *Mayor of Bradford v. Pickles* [1895] AC 587 (Eng. HL). Los autores anteriores suelen señalar este punto y dar ejemplos. Véase, por ejemplo, A. Smith, *Lectures on Jurisprudence* (Oxford: Clarendon Press, 1978), pág. 25; W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of Inglaterra, Libro Segundo: De los derechos de las cosas* (Chicago: University of Chicago Press, 1979), cap. I, pág. 14; y G.

WF Hegel, *Filosofía del derecho* , trad. TM Knox (Oxford: Oxford University Press, 1952), párrafo 52.

(21) Reconozco que esta caracterización de la relación no encaja con la clasificación de Hohfeld, en la medida en que éste sostiene que el correlato de una incapacidad es una inmunidad, no un derecho (cuyo correlato propio es un deber). Poniendo el análisis que propongo en los términos de Hohfeld, mi toma de posesión representa en primer lugar el ejercicio de un poder (correlativo a una sujeción en otros) que los pone bajo una incapacidad (correlativa a una inmunidad en mí). Prima facie, cada uno de nosotros tiene este poder con respecto a cualquier cosa externa. Sin embargo, una vez que uno de nosotros lo ha ejercido, esto extingue el poder en los otros en la medida en que el

ejercicio de este último sería incompatible con el acto del primero.

Dicho esto, no creo que sea inapropiado interpretar la relación de propiedad como una relación de derecho-discapacidad, si se entiende por "derecho" en un sentido más amplio. (El propio Hohfeld distingue entre dos usos de "derecho", uno que es estrecho o estricto y que tiene como correlato el deber y otro que es amplio o genérico y que presumiblemente puede tener como correlato algo distinto del deber. Véase WN Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (Westport, Conn.: Greenwood Press Publishers, 1923) en 36–8.) Refiriéndose a un lado de la relación como un

El término "derecho" pone de manifiesto el punto fundamental de que mis actos con respecto a cosas externas pueden ser objeto de una exigencia de respeto que puedo reclamar a otros y que ellos me deben. El uso de "derecho" capta el punto crucial de que el ejercicio de cualquiera de los incidentes de la propiedad nunca es el ejercicio de una mera libertad en el sentido de Hohfeld, sino siempre algo más, ya que, independientemente de que uno esté o no en posesión física real de su cosa, otros no pueden legítimamente hacerla suya. Esta exigencia de respeto se concreta de las siguientes maneras. En el primer caso -bajo el título de propiedad y adquisición- la exigencia toma la forma particular de una incapacidad por parte de otros que les niega el poder de hacer legalmente suya mi cosa mediante sus actos unilaterales. En la siguiente sección argumentaré que otro ejemplo de esta exigencia -considerada bajo el título de responsabilidad- es que otros no pueden hacer nada que me perjudique o me perjudique como propietario. En ambos casos, el propietario tiene un derecho (reclamo) contra otros a tal respeto que, correlativamente, le deben ellos. Por otra parte, he optado por utilizar incapacidad en lugar de deber porque la noción de deber en cualquier sentido significativo implica que uno debe o no debe hacer algo (el incumplimiento es moralmente censurable o al menos ilícito), mientras que en el caso del derecho a la propiedad en primera ocupación, no hay, estrictamente hablando, ningún acto requerido o prohibido sino simplemente una negación del carácter generador de derecho a las acciones unilaterales de los no

propietarios. Por lo tanto, es menos apropiado hablar aquí de deber incluso en un sentido amplio. Además, el derecho y la incapacidad son correlativos en el sentido (que puede divergir un poco del de Hohfeld, pero es discutiblemente compatible con él) de que los hechos operativos que establecen el derecho establecen simultánea y necesariamente la incapacidad, y viceversa; que el derecho debe entenderse solo en relación con la incapacidad, y viceversa; y, por último, que si se especifica el contenido del derecho, se determina necesariamente e igualmente el contenido de la incapacidad, y viceversa. Desde este punto de vista, el derecho y la incapacidad no son más que dos caras de la misma especificación del requisito de respeto. Por todas estas razones, he elegido la caracterización de la relación jurídica de propiedad como derecho-incapacidad. Agradezco a Jim Harris por sugerirme la necesidad de discutir la relación entre mi caracterización de la relación de propiedad y la importante clasificación de Hohfeld.

(22) Este punto fue planteado por primera vez por Kant. Véase I. Kant, *Metafísica de las costumbres: la doctrina del derecho* , parte I, cap. I, en *Filosofía práctica* , trad. M. Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 401–4 (6: 245–50) (en adelante, *La doctrina del derecho*).

(23) 'Todos están de acuerdo en que no es necesario tener siempre un poder presente sobre la cosa, de lo contrario uno sólo podría poseer lo que estuviera en su poder. ... Cuando se han puesto de manifiesto ciertos hechos que confieren un derecho, no hay ningún fundamento general sobre el cual la ley deba considerar que el derecho ha llegado a su fin, excepto la manifestación de algún hecho incompatible con su continuidad...'. Holmes, supra n. 11, pág. 186.

(24) El argumento aquí toma la misma forma que el utilizado para demostrar que el derecho a poseer es un incidente de la

derecho de propiedad. Véase pág. 765, supra.

(25) Cabe mencionar aquí que el derecho a determinar los usos de la propia propiedad *no* impide que uno sea influenciado por otros o que trate a otros como autoridades a las que hay que seguir para decidir cómo utilizarla.

El derecho no supone que los titulares de derechos se consideren los más capacitados, o incluso los moralmente autorizados, para tomar esa decisión por sí mismos. No los considera como seres atomizados y desubicados. Más bien, incluso cuando uno se somete voluntariamente a la autoridad de otro, por ejemplo, por motivos religiosos o morales, esa sumisión se considera *en derecho* como la expresión de la propia decisión y elección.

(26) Como ocurre en el relato de Locke, supra n. 16, pág. 290.

(27) Analizo esto con más detalle en la Sección 3, págs. 778-90, más abajo.

(28) Un análisis reciente, útil y exhaustivo de esta perspectiva se encuentra en JE Penner, 'The “Bundle of Rights” Picture of Property', *University of California Law Review* 43 (1996), 711. Entre las afirmaciones más influyentes de esta perspectiva se encuentran Hohfeld, supra n. 21, págs. 96-7, en particular; y Honoré, 'Ownership', supra n. 10.

(29) Uno de los pocos esfuerzos recientes para interpretar los incidentes de propiedad como elementos centrales de una idea coherente de propiedad es la instructiva discusión de Richard Epstein en *Takings: Private Property and the Power of Eminent Dominio* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985) en 58–62.

(30) Supra n. 10.

(31) ibíd. 112.

(32) ibíd. 113.

(33) ibíd. 114.

(34) En el relato de Honoré, estos son respectivamente los incidentes séptimo, octavo y undécimo y se analizan en ibid. 120-2 y 126-8.

(35) Honoré señala que “[e]n definitiva, resulta que la residualidad es simplemente uno de los incidentes habituales de la propiedad”. Ibíd., pág. 128.

(36) Véase nota 1, págs. 32-3.

(37) Por "propietario" me refiero a cualquier persona que tenga el interés propietario o posesorio mínimo requerido en la tierra.

(38) Podría decirse que este es el estándar que aplican los tribunales ingleses y de la Commonwealth y que se establece de manera más influyente en el caso principal de *Bolton v Stone* [1951] AC 850 (Eng. HL) (por Lord Reid).

(39) Analizo con más detalle la idea de la responsabilidad como categoría jurídica distinta en la Sección 3, págs. 791-9.

(40) Penner, supra n. 1, págs. 147-149, enfatiza este punto.

(41) En palabras de Hegel, «mi voluntad enajenada es al mismo tiempo la voluntad de otro». Véase supra, n. 20, párr. 73.

(42) Fue Kant quien especificó por primera vez este requisito de simultaneidad —al que llamó el «principio de continuidad»— como esencial para la posibilidad de adquisición de otro. Véase su *Doctrina del derecho* , supra n. 22, parte I, cap. I, secc. I en 424 (6: 274). La formulación de esta idea por parte de Hegel se encuentra en *La filosofía del derecho* , supra n. 20, párr. 72.

(43) Agradezco a Daniel Batista por esta formulación.

(44) Para una discusión más detallada de este punto, véase "La unidad del derecho contractual", supra n. 6, pág. 132 y siguientes. Debo señalar aquí que la cuestión de si el derecho de legado, como el contrato, cae dentro de la idea de adquisición y transferencia derivada (como sugieren

Harris y Kant) o si debe ser visto como una creación de la política social y familiar (como sostiene Hegel) es un asunto que no puedo discutir en este capítulo. Sin embargo, no creo que mi análisis de la propiedad, el contrato y la responsabilidad se vea afectado de ninguna manera. Para la opinión de Harris, véase supra n. 1, pág. 249.

y sigs.; para Kant, supra n. 22, pp. 440-441 (6: 294-5); y Hegel, supra n. 20, párr. 80.

(45) Analizo esta cuestión con más detalle en 'La unidad del derecho contractual', supra n. 6, págs. 134-137.

(46) Como explico brevemente, el análisis de la adquisición contractual muestra que el valor es la sustancia de lo que uno posee cuando posee algo.

(47) Supongo que a lo largo de esta discusión del contrato *como modo de adquisición* la formación del contrato establece una nueva relación de derecho-incapacidad entre las partes con respecto a cosas externas, una que no existía antes.

Sin embargo, si se analiza el contrato desde el punto de vista de la responsabilidad, se lo considera bajo el epígrafe de una relación derecho-deber. Por lo tanto, el incumplimiento puede caracterizarse de dos maneras: en primer lugar, no *da* al demandado un derecho sobre la cosa que ha prometido al demandante ni priva al demandante de su derecho, que sigue correspondiéndole desde el momento de la celebración del contrato; también es un ilícito que interfiere con la legítima posesión del demandante sobre la cosa, tal como se ha establecido en los términos de su contrato.

(48) Para una encuesta reciente y un análisis reflexivo de diferentes concepciones de la inconstitucionalidad, véase SM

Waddams, 'Unconscionable Contracts: Competing Perspectives', *Saskatchewan Law Review* , 62 (1999), 1. Una importante decisión de la Anglo-Commonwealth que refleja la opinión expuesta en el texto anterior es la opinión concurrente de Lord Denning en *Lloyds Bank v Bundy* [1975] 1 QB 326 (Eng. CA). Analizo la abnegación con más detalle en 'The Unity of Contract Law', supra n. 6 en 184-201.

(49) El derecho a la integridad corporal, aunque no sea un derecho respecto de una cosa externa, es *in rem* , puesto que es contra los demás en general. La característica negativa que comparten éste y el derecho real de propiedad *es* que las condiciones necesarias y suficientes de ninguno de ellos implican la participación de otros. En el caso de la integridad corporal, ésta se asegura por ser innato el derecho; en el caso de la propiedad, por ser adquirido por el acto unilateral de una sola persona.

(50) Esta idea está consagrada en el análisis de la responsabilidad por incumplimiento de contrato bajo el principio enunciado en *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex. 341. *Hadley* sostiene que al determinar el alcance de la responsabilidad del demandado por la pérdida que surge a través de una interferencia ilícita con los fines a los que el demandante pretendía destinar la cosa prometida, es necesario que el demandante demuestre que la pérdida fue de un tipo que fue razonablemente contemplado por las partes al momento de la formación del contrato.

(51) Así, pues, la cuestión de si es incompatible con los derechos del demandante que el demandado se beneficie con ocasión de su incumplimiento vendiendo la cosa a un tercero se determina por el contrato: si el derecho en virtud del contrato es simplemente el de recibir la posesión de la cosa en un momento determinado, entonces el valor de esta posesión para el demandante, y no los ahorros o las ganancias del demandado, es la medida pertinente del derecho. Si bien esta conclusión coincide con la de la teoría del incumplimiento eficiente, el razonamiento que conduce a ella se basa únicamente en la concepción jurídica de los derechos.

(52) Véase n. 21, pág. 77.

(53) Como Hohfeld no restringe la aplicación de la distinción *in rem-in personam* a las relaciones jurídicas consideradas desde el punto de vista de la adquisición, sino que la aplica como una distinción cuantitativa puramente formal a cualquier relación jurídica, se ve obligado a adoptar la opinión de que un derecho real debe "ser cuidadosamente diferenciado, en cuanto a su carácter como tal, del derecho o reclamación secundario [personal]... que surge de una violación del primero". Véase la nota 21 supra, pág. 101. Esto es necesario para evitar "confusiones de pensamiento" que de otro modo se seguirían de la suposición ampliamente compartida de que debe haber alguna identidad básica entre la caracterización del derecho primario, por un lado, y la del análisis de la responsabilidad y del remedio apropiado para la violación de este derecho, por el otro.

Ibíd., pág. 102 y siguientes. Mi afirmación de que la distinción *in rem-in personam* es esclarecedora cuando se la considera como un reflejo de las diferencias en los modos de adquisición evita posibles confusiones al tiempo que sostiene, como explicaré brevemente en el análisis de la responsabilidad, la idea de que existe una identidad subyacente en la naturaleza del derecho, la responsabilidad y el remedio.

(54) Este análisis de los derechos *in personam* e *in rem* también se aplica a las actuales transmisiones de propiedad que no implican el cumplimiento de obligaciones contractuales. La diferencia básica entre estas transacciones y los contratos es que, en estos últimos, pero no en los primeros, la adquisición del derecho *in personam* se hace explícita mediante la división de la transacción en los dos momentos de la formación y el cumplimiento del contrato. Sin embargo, incluso en el caso de transmisiones de propiedad no contractuales, el derecho del cesionario contra el cedente surge del acto de enajenación de este último y, por lo tanto, es contra el cedente sobre una base que no es válida frente a terceros.

(55) Esta parece haber sido la opinión de Holmes. Sugiere que la posesión y el contrato son las relaciones especiales "principales" de las que surgen los derechos y deberes especiales. Supra n. 11, pág. 130. Kant sostiene que existe una tercera categoría de adquisición que caracteriza como un derecho a una persona similar a un derecho a una cosa y que le da a uno un derecho a la posesión (aunque no al uso) de *otra persona* como una cosa. Según Kant, uno adquiere el estatus de la otra persona, más específicamente, del cónyuge, los hijos o los sirvientes de uno. Véase supra n. 22 en la parte I, cap. I, secc. I I. En el texto anterior, mi afirmación es que la propiedad y el contrato agotan los modos de adquirir *cosas externas* . La discusión de la tercera categoría de Kant está más allá del alcance de este capítulo, aunque debe notarse que hay evidencia de que el derecho privado contemporáneo considera problemática la idea de poseer el estatus de otro. Esto se refleja en su renuencia a reconocer o ampliar las acciones por negligencia por pérdidas económicas o por pérdida de consorcio derivadas de lesiones sufridas por el cónyuge o el empleado. Por ejemplo, véase *Best v Samuel Fox & Co., Ltd.* , 2 Al ER 394 (Eng. HL).

(56) Debo destacar que, a lo largo de este capítulo, el análisis se realiza desde el punto de vista del derecho privado puro (es decir, la concepción jurídica de los derechos) y, por lo tanto, supone solo aquellos principios de derecho que se aplican como una cuestión de razonabilidad a los individuos en sus interacciones mutuas, independientemente de las formalidades legales y las disposiciones legislativas. Mi argumento es que, vistos en estos términos, la primera ocupación y el contrato deben dar lugar, respectivamente, a derechos *in rem* y derechos *in personam* .

(57) En este capítulo, asumo que existen tres motivos principales de responsabilidad en el common law, a saber, el enriquecimiento injusto, el agravio y el incumplimiento de contrato. También distingo entre el ilícito civil y el ilícito penal y centro mis observaciones en el primero.

(58) He intentado demostrar en detalle en otros lugares que este es el problema al que se enfrentan los demandantes en situaciones de pérdida económica pura

causada por negligencia en las que el derecho consuetudinario tradicionalmente ha negado la recuperación. Véase P. Benson,

'Exclusión de responsabilidad civil extracontractual', supra n. 4. Para un análisis más detallado de esta distinción fundamental, véanse mis observaciones en n.

5, arriba.

(59) Para simplificar la exposición, me refiero aquí sólo a las cosas del demandante y no a su persona (es decir, a su cuerpo). La interpretación propuesta de la responsabilidad se aplica a ambos.

(60) En el derecho de la negligencia, el requisito de culpa asegura que no puede haber responsabilidad a menos que el demandado manifieste externamente una elección que razonablemente parezca una imposición de propósitos sobre la cosa del demandante, en circunstancias en las que el demandado debería razonablemente tomar la cosa como perteneciente a alguien distinto de él mismo.

A menos que, en el momento de la acción, el demandado pueda prever razonablemente el riesgo de los efectos que impone sobre la cosa del demandante, estos efectos, y el daño resultante, no pueden considerarse evitables por él o como el resultado de su elección. En ausencia de una previsibilidad razonable, la imposición de efectos no puede ser intencional y, por lo tanto, incompatible con el derecho de propiedad del propietario. La responsabilidad estricta es incompatible con la idea de propiedad en el derecho privado. Esta conclusión va en contra de la opinión aparentemente plausible de que la responsabilidad estricta puede justificarse precisamente sobre la base de que si algo es de mi propiedad, entonces tú estás excluido de ella, y si, sin mi consentimiento, haces algo con ella (previsible o no) que perjudique mi capacidad de poseerla, usarla o enajenarla, esto viola mi derecho de propiedad. Se argumenta que la responsabilidad estricta toma en serio el derecho de propiedad. Sin embargo, el argumento es erróneo porque elude la diferencia entre el análisis de la adquisición y el de la responsabilidad. Si bien es cierto que, desde el punto de vista de la adquisición, nada de lo que

hagas puede darte la propiedad de mi cosa, de ello no se sigue que todo lo que hagas con ella también sea un delito. El derecho de propiedad, que requiere una manifestación externa de elección para su establecimiento, solo puede ser infringido por una manifestación externa de elección con respecto a los efectos que limitan el ejercicio de los derechos de propiedad por parte del demandante. De esta manera, el análisis de la responsabilidad, como el del contrato, trata expresamente a las partes como iguales y, a diferencia de la adquisición de la propiedad, hace de una interacción real el fundamento de la relación jurídica pertinente. Además, debido a la base interaccional de la responsabilidad, el estándar de culpa en la negligencia, como el estándar de interpretación y formación del contrato, es objetivo: a un demandado se le imputará la previsión de precisamente aquellos tipos de riesgos que otro, en las circunstancias de su interacción, podría razonablemente presumir que tenía. Por último, al hacer la distinción entre la imposición razonable e irrazonable de riesgos, el criterio de culpa no puede, de acuerdo con la concepción jurídica de los derechos, dar lugar a consideraciones de necesidad, talento, propósito particular o bienestar. Por lo tanto, en sí mismo, el hecho de que el demandado tenga que incurrir en costos para evitar imponer un riesgo previsible no debería afectar la prohibición. Y esta es, de hecho, la opinión ampliamente adoptada en las jurisdicciones anglo-Commonwealth. Sin embargo, estas jurisdicciones tienen en cuenta hechos generales como el de que, al vivir juntos en las condiciones de hacinamiento de la vida moderna, no podemos evitar crear o aceptar ciertos riesgos. Se trata de riesgos que existen debido a un hecho social del que ningún individuo es responsable.

Se considera que todos han aceptado estos riesgos de fondo, cuya imposición no es irrazonable. Véase el influyente discurso de Lord Reid en el caso principal de *Boulton v Stone* [1951] AC 850 en 867. Debo añadir que se establece una distinción similar en la legislación sobre molestias, que adopta la forma de un contraste entre el uso

ordinario y extraordinario de la tierra, según se determina a la luz de un estándar de la comunidad local.

(61) Para ser más precisos, en materia de responsabilidad civil extracontractual e incumplimiento de contrato, es necesario que el demandado sepa razonablemente que la cosa que afecta pertenece a otro. Por el contrario, la responsabilidad por enriquecimiento injusto supone que el demandado *no podía* razonablemente saber esto. En el caso del enriquecimiento injusto, la ley exige que el demandado no adquiera la cosa del demandante (que da lugar al enriquecimiento del demandado) ni del demandante mediante donación ni sobre alguna otra base legalmente reconocida. Esto garantiza que la cuestión entre las partes no sea "¿quién es el propietario de la cosa?" -el demandante lo es- sino más bien "¿qué requisitos se aplican cuando el demandado tiene un valor que resulta de tener, usar o enajenar la cosa del demandante, cuando el demandado no puede saber razonablemente que pertenece al demandante?" Se trata de una cuestión de responsabilidad que se aplica a una forma particular de interacción entre las partes.

(62) Es *precisamente* este hecho de que la negligencia *no* implica que el demandado tome posesión directamente de la cosa del demandante lo que la distingue del agravio intencional y del incumplimiento del contrato. Por lo tanto, la diferencia entre el agravio intencional y la negligencia no es que la primera requiera una manifestación de intención de interferir con los derechos del demandante. La intención de dañar a otro —en este caso particular, la intención de excluir al propietario de su cosa cuando uno sabe que él es el propietario— hace que el delito sea criminal y punible en lugar de civil.

(63) Según Austin, el derecho de propiedad consta de dos elementos distintos e inherentemente separables: primero, un derecho de uso indefinido que excluye a otros de perturbar los actos de uso del propietario y, segundo, un derecho a excluir a otros de usar el objeto por sí mismos. Véase J. Austin, *Lectures on Jurisprudence* , i , 4ª ed. (Londres: John Murray Publisher, 1879) en 836-837. En la medida en que existe una distinción aquí, es, expresada en los términos del presente capítulo, una entre la propiedad

vista como un modo de adquisición con el correlato del derecho siendo una incapacidad (segundo elemento de Austin) y la propiedad vista bajo el aspecto de la responsabilidad, con el correlato del derecho siendo un deber de no interferencia (primer elemento de Austin). Es necesario enfatizar, sin embargo, que a menos que el uso unilateral del demandado afecte la capacidad del demandante para usar, no hay ilícito, no hay daño externo, no hay violación de derecho. En resumen, no se puede concebir un elemento sin el otro, en lo que respecta a la articulación completa de la concepción jurídica de los derechos.

(64) *Webb v Portland Manufacturing Co.* (1838), 3 Sumner's Rep. 189 en 192 (por Story, J.) (en adelante 'Webb').

Las declaraciones en el mismo sentido son omnipresentes en las decisiones, siendo una de las primeras la opinión seminal del Presidente de la Corte Suprema Holt en el caso de *Ashby v White* (1703) 2 Ld. Raym. 938. Se hace referencia a una variedad de tales declaraciones en *Constantine v Imperial London Hotels, Ltd.* [1944] 2 Al ER 171 (KB Eng).

(65) *Webb* , pág. 192 (énfasis añadido).

(66) La declaración judicial más clara y cuidadosamente articulada del carácter correlativo de esta relación sigue siendo la del juez principal Cardozo en *Palsgraf v Long Island RR* , 162 NE 99 (NY 1928).

(67) Contrariamente a la opinión de Hohfeld, yo sugiero, por tanto, que la propiedad es originariamente y necesariamente sólo un derecho y ni siquiera en parte una libertad, excepto en la medida en que esto ya está implícito en la noción de derecho. Así, al tener un derecho a tomar, usar o enajenar algo exclusivamente de otros, uno también y necesariamente tiene la libertad (es decir, el permiso correlativo a la incapacidad de los demás) de hacerlo. Además, contra Hohfeld, el derecho y la libertad no son coetáneos; la libertad no es, como el derecho, una relación jurídica fundamental. La categoría de mera libertad puede parecer fundamental en la medida en que se aplica a

cualquier situación en la que no estén en juego los derechos de los demás. Pero, en sí misma y por sí misma, una pura ausencia de derechos es una situación no jurídica. Sólo porque los individuos pueden tener y tienen derechos y porque la línea de base que se supone en el pensamiento jurídico es la posibilidad de derechos, la libertad, en el sentido de ser correlativa a una ausencia de derecho, es una categoría jurídica significativa. De lo contrario, tendríamos que decir que las fuerzas naturales tienen, jurídicamente, la libertad de afectar a otras cosas. Los derechos se suponen conceptualmente por las libertades y son anteriores a ellas.

Por supuesto, al limitar su derecho de propiedad exclusivo frente a otro, un propietario puede dar al otro un permiso (es decir, una libertad) para poseer o usar su cosa sin conferirle al otro ningún derecho a excluirlo.

(Hohfeld ofrece esta posibilidad como prueba de que los derechos y las libertades son relaciones jurídicas distintas e igualmente fundamentales. Véase, supra, n. 21, p. 41.) Sin embargo, la libertad que surge de esta manera también presupone la preexistencia del derecho de propiedad *como derecho* y, por lo tanto, no es igualmente fundamental que él.

(68) 'De todos modos, cuando se ha medido lo sufrido, una parte se llama pérdida y la otra ganancia.'

Aristóteles, *Ética de Nicómaco* , trad. T. Irwin (Indianápolis: Hackett Publishing Company, 1985), pág. 126.

(69) Debo aclarar que la afirmación que se hace en el texto sobre la importancia de la pérdida —que el objetivo de la ley debe ser reparar la pérdida— no significa que la ley nunca pueda hacer referencia a los ahorros o ganancias que los demandados obtienen al incumplir sus obligaciones. Por el contrario, puede hacerlo si, en determinadas circunstancias, esta es una forma adecuada de medir el

valor de la pérdida del demandante. Véase, por ejemplo, la determinación de la pérdida en *Livingstone* v.

Rawyards Coal , 5 App. Cas. 25 (1880). Pero incluso en este caso, el objetivo de la ley es compensar las pérdidas, no reparar las ganancias como tales.

(70) Debo subrayar que esta conclusión sólo se aplica a los delitos civiles, *no* penales. Sólo cuando el demandado no ha manifestado la intención de perjudicar al demandante en sus derechos, la exigencia de reparación de la pérdida pone de manifiesto explícitamente el carácter de relación con otros de la conducta del demandado y representa una restricción a la misma. En el caso de un delito penal, la conducta del demandado ya está expresamente relacionada con otros en un sentido negativo y la exigencia de simplemente compensar la pérdida establecería los términos de una licencia para causar daño en lugar de representar una coacción ejercida contra la intención culpable del demandado. Impondría un intercambio al demandante en lugar de expresar una prohibición contra el delito del demandado. Por tanto, la respuesta jurídica a tal delito debe ser un castigo que interfiera directamente con el ejercicio por parte del infractor de su capacidad para perseguir sus fines, no sólo una exigencia de compensación.

(71) Véase el número 11.

(72) Epstein, supra n. 11, págs. 1241–3.

(73) Según Sidgwick, la primera ocupación como principio de adquisición puede justificarse directamente sobre una base utilitaria sólo "siempre que las oportunidades de otros hombres de obtener cosas similares no se vean con ello materialmente disminuidas".

La inclusión de esta disposición, que hace referencia explícita a consideraciones de bienestar y oportunidad, descalifica una justificación utilitarista directa del principio de primera ocupación como base *pública* de justificación.

Sidgwick, *The Elements of Politics* , 4ª ed. (Londres: Macmil an, 1919), pág. 71.

(74) J. Rawls, 'De la justicia a la bondad', en *Collected Essays* , supra n. 3, pág. 285.

(75) Véase la nota 1, cap. 13. Como Harris observa correctamente, así es también como Hegel ve el tipo de justificación que da a la propiedad en "Derecho abstracto", la primera sección de la *Filosofía del derecho* .

(76) No debemos considerar esta conclusión como metafísica. Está implícita en las creencias básicas más firmemente sostenidas que sustentan la cultura jurídica pública. Una declaración no filosófica influyente de esta idea se encuentra en *los Comentarios de Blackstone* , supra n. 20, en el libro I, cap. 1, 125: 'Porque como no hay otro método conocido de compulsión, o de restricción del libre albedrío natural del hombre, sino mediante una infracción o disminución de uno u otro de estos importantes derechos

[a saber, los derechos de integridad corporal y propiedad privada], la preservación de estos, inviolados, puede decirse con justicia que incluye la preservación de nuestras inmunidades civiles en su sentido más amplio y extenso. Para una elucidación filosófica de la misma idea, véase Hegel, *Filosofía del derecho* , supra n. 20, párrs. 90-8.

(77) Esta formulación, así como la caracterización de las personas como fuentes de reivindicaciones que se autentifican por sí mismas, están tomadas de Rawls. Véase *Liberalismo político* , supra n. 3, p. 33.

(78) El hecho de que mi presencia en la superficie de la tierra no sea ilícita desempeña un papel crucial, como subraya Kant, en el análisis de la primera ocupación. Cuando me apropio de algo que está en el suelo, nadie más puede alegar que no puedo haber adquirido la cosa porque no poseía ya el suelo en el que está situada la cosa, dejándole a él o ella la posibilidad de tomar posesión tanto del suelo como de la cosa. Todos tienen el mismo derecho innato a estar en cualquier lugar (donde el azar o la elección inevitable los han colocado) y cada uno de nosotros está necesariamente ocupando la tierra en la que se encuentra. Para la opinión de Kant, véase supra nota 22, supra en la parte I, cap. I, secc. I en 414-15.

(79) Esta importancia de los actos la destaca Alexandre Kojève en su importante obra *Esquisse d'une fenomenología del derecho* (París: Ediciones Galimard, 1981) en 477: 'Es en y a través de sus *actos* que *A* se diferencia de todos los miembros de la sociedad, ya que son sus actos los que *actualizan* su potencia de ser [sa puissance d'être] transformándola en un aquí y ahora, por definición diferente de todos los demás' (mi traducción).

(80) Por lo tanto, el enfoque en los actos en la perspectiva que propongo no debe tomarse como un reflejo de una teoría del trabajo de la propiedad, que, como se entiende comúnmente, invoca nociones de merecimiento y confianza. En mi opinión, las teorías del trabajo que pretenden estar basadas en derechos han sido criticadas correctamente como fundamentalmente erróneas. Para una crítica más antigua pero, creo, decisiva, véase la discusión de Kant en *La doctrina del derecho* , n. 22, supra en la parte I, cap. I, secc. I, p. 413 y para una discusión crítica más reciente, véase Epstein, n. 11, supra en 1225-30. Sidgwick, supra en la n. 74, propone una teoría del trabajo basada en el utilitarismo que, en sus propios términos, no es vulnerable a estas críticas. Para los propósitos presentes, la dificultad con el enfoque de Sidgwick es, como señalé antes, que no puede servir como base pública de justificación. Si bien no puedo analizar el asunto más a fondo aquí, creo que la explicación de Locke, o al menos una cierta parte de ella, puede interpretarse de manera plausible en las líneas que he sugerido en el texto.

(81) En este punto es necesario matizar en el texto que existe "algún tipo" de derecho de propiedad, pues ello indica que aún no he defendido la concepción completa de la propiedad que se refleja en el principio de la primera ocupación, en contraposición a lo que llamo la "concepción estrecha" del derecho de propiedad. Abordo esta comparación adicional en las páginas 809-11 más abajo.

(82) Ésta es la caracterización de Sidgwick. Véase la nota 73, supra, pág. 67. Adam Smith presenta la concepción

estrecha como la primera etapa en el reconocimiento de la propiedad. Véase la nota 20, supra, págs. 18-23. Por el contrario, Kant, correctamente en mi opinión, no la considera como una concepción del derecho de propiedad en absoluto. Según él, el hecho de que el derecho de uno sea coterminus con la posesión física de la cosa por parte de uno muestra que el derecho es sólo aparentemente propietario y de hecho es indistinguible del derecho a la integridad corporal. Véase Kant, nota 22, supra, pág. I, cap. I, secc. 6. El argumento que sigue en el texto es, creo, básicamente de Kant.

(83) Esto es de interés para una justificación utilitarista directa y se aborda mediante la inclusión de una condición lockeana o algún otro principio calificador. Véase Sidgwick, supra n. 73, pág. 70 y siguientes.

(84) El argumento de este párrafo fue formulado por primera vez por Kant, como ya he señalado en la nota 82 supra.

(85) Observo aquí que diversas teorías filosóficas, incluso opuestas, reconocen que estos poderes morales son al menos provisionalmente válidos, desde un punto de vista moral. Esto es obviamente cierto en el caso de Kant y Hegel, pero también en el de Sidgwick. Véase H. Sidgwick, *The Methods of Ethics* , 7.ª ed. (Indianápolis: Hackett Publishing Company, 1981; 1.ª publicación, 1907), libro I, cap. V, sección 3, págs. 65-70.

(86) Tomo esta bella frase de las conferencias de Rawls sobre Hegel en *Lectures on the History of Moral Philosophy* , ed.

B. Herman (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000), pág. 330.

Peter Benson

Peter Benson, profesor de Derecho en la Universidad de Toronto.

La filosofía del derecho penal

Manuales de Oxford en línea

La filosofía del derecho penal

Larry Alexander

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho, Crimen y

Criminología

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0020

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo presenta las principales cuestiones filosóficas dentro del derecho penal y sus relaciones entre sí. Se ocupa del castigo legal como dominio del derecho penal. Comienza con tres teorías del castigo, a saber, retributiva, consecuencialista y basada en amenazas. Aborda además las razones del castigo y divide la respuesta en dos partes. La primera parte trata de aquellas cosas que son materiales para que una persona merezca el castigo. La segunda parte trata de identificar los daños o los males que justifican el castigo de quienes los causan, intentan o se arriesgan a ellos. El artículo requiere llevar a cabo una teoría normativa general y debe ser coherente con la explicación del derecho penal. El artículo analiza las teorías liberales frente a las perfeccionistas y deja varias vías

abiertas. Por último, analiza la responsabilidad penal por omisiones.

Palabras clave: cuestiones filosóficas, derecho penal, teorías del castigo, teoría normativa, responsabilidad penal Existen muchos puntos de entrada posibles y formatos organizativos apropiados para el tema de los fundamentos filosóficos del derecho penal. El mío puede parecer demasiado idiosincrásico, pero espero que el lector encuentre que el siguiente mapa del terreno del derecho penal ilumina las principales cuestiones filosóficas dentro de él y sus relaciones entre sí.

Mi punto de entrada en el tema es el castigo legal, que elijo porque el castigo legal define el ámbito del derecho penal. El castigo legal es un trato, que se supone no deseado, que imponen las autoridades legales por violaciones de prohibiciones legales. La pregunta básica que utilizaré para organizar los materiales es: ¿qué actos (u otras cosas) justifican el castigo legal?

Por supuesto, hay muchos puntos de entrada y esquemas organizativos posibles apropiados para un tema tan vasto y controvertido como la filosofía del derecho penal. No obstante, creo que mi punto de entrada —¿en virtud de qué se castiga justificadamente a alguien?— y el esquema organizativo que se sigue naturalmente de él son los más perspicaces. La respuesta que doy a mi pregunta sobre el punto de entrada —uno es castigado justificadamente si merece el castigo, y uno merece el castigo en virtud de actuar (o, en algunos casos, no actuar) con insuficiente preocupación por los intereses de los demás por los que uno está obligado a actuar con preocupación— se desarrolla naturalmente en tres etapas. En la primera etapa, Teorías del castigo, relaciono la justificación del castigo con el mérito. En la segunda etapa —Derecho penal: la parte general— abordo las características generales de actuar con insuficiente preocupación. En la tercera etapa (Derecho Penal: La Parte Especial) pregunto cuáles son los intereses de los demás **(p. 816)** por los cuales debemos mostrar preocupación al actuar bajo pena de merecer un castigo, y qué razones prevalecen sobre qué riesgos para esos intereses.

Como la tercera etapa conduce inevitablemente al vasto territorio de la teoría normativa general, la abordaré de manera un tanto superficial. El núcleo de la filosofía del derecho penal como materia distintiva se encuentra en las dos primeras etapas, las teorías de la pena y la parte general del derecho penal.

IMPRESO DESDE OXFORD HANDBOOKS ONLINE (www.oxfordhandbooks.com). (c) Oxford University Press, 2014. Reservados todos los derechos. Según los términos del acuerdo de licencia, un usuario individual puede imprimir un PDF de un solo capítulo de un título en Oxford Handbooks Online para uso personal (para obtener más detalles, consulte

La filosofía del derecho penal

1 Teorías del castigo

Mi pregunta básica me lleva, en primer lugar, al tema de las teorías del castigo. Las teorías del castigo se plantean la cuestión de en qué virtud se justifica el castigo por las violaciones de las prohibiciones legales. Dividiré las teorías del castigo en retributivas, consecuencialistas y basadas en amenazas.

1.1 Teorías retributivas

1.1.1 Tipos de teorías retributivas

Todas las teorías retributivas justifican el castigo sobre la base de que las personas que cometen o intentan cometer actos y omisiones moralmente incorrectos merecen el castigo. Los teóricos retributivos difieren entre sí sobre si el merecimiento del castigo es una condición suficiente o solo necesaria para un castigo justificado. Los "retributivistas débiles" creen que el merecimiento negativo es una condición necesaria pero no suficiente para un castigo justificado, y que otra condición necesaria es que el castigo produzca buenas consecuencias, como la disuasión del delito o la reforma o incapacitación de los delincuentes.

1 En otras palabras, para los retribucionistas débiles, el merecimiento negativo del infractor establece un límite a la cantidad de castigo que puede imponérsele justificadamente; pero ningún castigo puede imponerse justificadamente si no se espera que traiga consigo buenas consecuencias.

Los "retribucionistas fuertes", por otra parte, sostienen que el merecimiento negativo por sí mismo proporciona una justificación para el castigo, y que el castigo de los malhechores en la medida de su merecimiento negativo es permisible en ausencia de cualquier buena consecuencia prevista. Los retribucionistas fuertes difieren en la fuerza de su retribucionismo. Algunos creen que el merecimiento negativo permite pero no requiere el castigo, mientras que otros **(p. 817)** creen que existe un deber moral de ver que quienes merecen castigo lo reciban. Estos últimos a su vez difieren sobre la fuerza del deber moral de castigar a los merecedores, o, dicho de otra manera, sobre la fuerza de las consideraciones morales compensatorias necesarias para invalidar el deber. Nadie cree que el deber de castigar a quienes merecen castigo sea tan fuerte como para requerir la inversión de todos los recursos sociales en su cumplimiento.

1.1.2 El terreno del desierto negativo

Los retribucionistas difieren no sólo en cuanto a la fuerza del deber de castigar a quienes lo merecen (negativamente), sino también en otras cuestiones. Una de ellas es si el merecimiento negativo es una función de los actos culpables en sí mismos o si, en cambio, es una función del carácter de los actores que los actos culpables revelan. En otras palabras, ¿el fundamento básico del merecimiento negativo es la elección o el carácter revelado en la elección? Hablaremos más sobre esto cuando abordemos tanto las condiciones de culpabilidad como las condiciones de exculpación.

1.1.3 Responsabilidad moral

En cualquiera de los dos casos, el retribucionista debe afrontar la cuestión del libre albedrío y el determinismo en lo que respecta a la responsabilidad moral. Si nuestras

decisiones (incluidas las decisiones que forman el carácter) son causadas por nuestro carácter no elegido, y nuestro carácter no elegido es causado por nuestros genes y nuestro entorno, ¿se ve socavada la responsabilidad moral y, por lo tanto, el merecimiento negativo? Obviamente, este problema filosófico trasciende el derecho penal y es un campo en sí mismo.

1.1.4 Identidad personal

Otro tema para los retribucionistas es el de la identidad personal a través del tiempo. A veces, en el transcurso de un largo encarcelamiento, y quizás ocasionalmente incluso en el tiempo que transcurre entre la comisión de un delito y el juicio por él, el criminal experimenta un cambio tan radical de valores y carácter que ya no puede identificarse con el pasado.

El "yo" que cometió el crimen. ¿El "hombre nuevo" todavía merece el castigo que el yo anterior le infligió?2

1.1.5 Medición del desierto

Las cuestiones de mayor importancia práctica para los retribucionistas se refieren a la medición del merecimiento negativo. En realidad, aquí hay toda una serie de cuestiones.

Justicia comparativa versus justicia no comparativa

En primer lugar, ¿el castigo negativo es esencialmente comparativo o no comparativo? En otras palabras, ¿el castigo es una Página 2 de 37

La filosofía del derecho penal

¿El delincuente merece una función únicamente de cuánto **(p. 818)** delincuentes similares son castigados, o hay una cantidad específica de castigo que cada delincuente merece independientemente de cuánto sean castigados los demás?

Supongamos que adoptamos la última posición y supongamos que concluimos que el merecimiento negativo no comparativo ("cósmico") es diez años de prisión.3

Entonces, si por un acto dado de robo a mano armada por parte de *A*, *A* recibe diez años de prisión y el ladrón armado *B* , que no difiere en ningún aspecto moralmente relevante, recibe cinco años de prisión, ¿ha sido tratado injustamente *A* ? Ha recibido su merecido cósmico, aunque ha sido tratado comparativamente (con *B*) injustamente. Si, alternativamente, tanto *A* como *B* reciben un castigo de cinco años de prisión, ambos habrán sido tratados comparativamente justamente pero no comparativamente injustamente. ¿Es la injusticia no comparativa una injusticia *para* alguien? ¿Y cómo se puede medir? (¿Cuánto castigo supone, digamos, un robo a mano armada no comparativamente —cósmicamente—

¿merecer?)

Por otra parte, si rechazamos la existencia de una justicia no comparativa, presumiblemente podemos imponer *cualquier* castigo a *A* y *B* siempre que sea el mismo para ambos y siempre que sea menor que el castigo que recibieron los malhechores más culpables, es decir, siempre que los castigos sean *proporcionales* al merecimiento negativo.

Por supuesto, si se nos exige no sólo castigar a quienes merecen lo mismo, sino también castigar a los malhechores más culpables que a los menos culpables, podríamos acabar en una posición parecida a la de los defensores de la justicia no comparativa, pues si no sólo exigimos proporcionalidad del castigo a los delitos cometidos, sino también proporcionalidad entre el trato que se da a los malhechores y el trato que se da a los inocentes y virtuosos, la justicia comparativa puede no dejarnos más discreción para fijar los castigos que la que nos deja la justicia no comparativa.

Justicia retributiva versus justicia distributiva

Un tema relacionado es cómo el merecimiento negativo que preocupa a los retribucionistas encaja en un esquema más general de justicia *distributiva* . Si uno creyera que todo —tanto los beneficios como los daños— debería distribuirse de acuerdo con el merecimiento, tanto positivo como negativo, entonces el castigo retributivo sería simplemente

un aspecto de un esquema más general de distribución según el merecimiento. Por otra parte, si los bienes generalmente se distribuyen según alguna métrica distinta del merecimiento, surge la pregunta de cómo se puede combinar el castigo retributivo con la justicia distributiva. Por ejemplo, supongamos que *A* y *B* cometen cada uno delitos similares y merecen castigos similares. Sin embargo, *A es mucho más rico que B* —y no solo monetariamente— debido únicamente a la buena suerte, no al merecimiento positivo. ¿El castigo justo para *A es* uno que lo dejará tan miserable como *B* —en cuyo caso puede tener que ser más severo que el de *B*— o es uno que es igualmente severo que el de *B* , incluso si deja *a A* en mejor situación que *B* ? Visto de otra manera, ¿deberían la dura vida de *B* o las injusticias anteriores que ha sufrido reducir su castigo como una cuestión de justicia retributiva? ¿O es la cantidad justa de castigo inmune a las desgracias e injusticias pasadas **y** a las circunstancias presentes? Estas preguntas se pueden resumir en esta viñeta: *A* comete un robo a mano armada y, por lo tanto, merece sufrir *X.*

cantidad de dolor como castigo. Cuando *A* abandona el lugar, es alcanzado por un rayo y sufre una cantidad *X* de dolor como consecuencia. ¿Debería el rayo afectar y quizás reducir a cero la cantidad de castigo impuesto por el delito?

Un problema relacionado surge siempre que se postulan restricciones deontológicas además de las retributivistas. Por ejemplo, si *A* está protegido por una restricción deontológica, expresada en la ley penal, contra ser obligado a levantar un dedo o gastar un centavo para salvar la vida de *B* , ¿cuál es el merecimiento retributivo de *C si C* viola la restricción deontológica y su expresión en la ley penal y obliga *a A* a gastar una cantidad modesta de esfuerzo o usa la propiedad de *A sin* el consentimiento de *A para salvar la vida de B* ? ¿ *C* merece castigo y, si es así, cuánto? Ha violado una o más prohibiciones graves de la ley penal, que en este caso estamos asumiendo que reflejan la moralidad. Pero ¿ *C* merece un castigo grave (o cualquier castigo)?

1.1.6 La fuerza de las restricciones retributivistas

Para los retribucionistas débiles, que consideran que el merecimiento negativo es simplemente una restricción colateral o un límite al castigo, que de otro modo se justificaría por las buenas consecuencias que produce, el principal mal que se debe evitar con el castigo es castigar deliberadamente o correr un riesgo injustificadamente alto de castigar a una persona inocente, o castigar a una persona culpable más de lo que merece, para producir buenas consecuencias. En otras palabras, la restricción colateral del castigo, medida en función del merecimiento, que aplica el retribucionista débil se dirige únicamente a las violaciones deliberadas o imprudentes, no a las involuntarias y no imprudentes. Ningún sistema humano de castigo puede evitar la posibilidad de castigar a los inocentes y castigar a los culpables más de lo que merecen.

5 La pregunta es qué tan grande es el riesgo de hacerlo.

¿Es permisible? La carga de la prueba que recae sobre el Estado para demostrar la culpabilidad de un acusado afectará a cuántas personas inocentes de la acusación (o culpables de un delito menor que el acusado) serán castigadas más de lo que merecen. Lo mismo ocurrirá con la definición estatutaria de los delitos y las defensas. Si el Estado debe probar sólo un bajo nivel de culpabilidad (o ninguna culpabilidad en absoluto) por el delito en su conjunto, o por elementos particulares del mismo, entonces el menos culpable o el totalmente inocente será previsiblemente castigado tanto como el más culpable. Esto parecería violar la justicia retributiva siempre que el juez sepa o crea probable que el acusado penal merece un castigo menor que el que conlleva el delito por el que se lo condena. Es menos seguro que se viole la justicia retributiva al establecer una carga de la prueba particular **(p. 820)** o definir la culpabilidad requerida para elementos particulares de los delitos de una manera que crea un alto riesgo en casos individuales (y una certeza virtual en una serie de casos) de un castigo mayor que el merecido.6

Con respecto al retribucionismo fuerte, la pregunta es qué consideraciones prevalecen sobre el *permiso* para castigar (por ejemplo,

El deber de castigar (para los retribucionistas fuertes y "débiles") o el *deber* de castigar (para los retribucionistas fuertes y "fuertes"). Detectar, condenar y castigar a los culpables en la medida que se lo merecen es costoso. Consume recursos escasos. Perjudica a la familia y a los amigos de los condenados. En algunos casos, priva a la sociedad de los talentos productivos de los condenados. ¿En qué punto esos costos prevalecen sobre el deber o el permiso de dar a los infractores sus merecimientos negativos?7

Por último, aunque los retribucionistas normalmente consideran que la equiparación del castigo con el merecimiento negativo es una restricción secundaria o un deber, es posible considerarla como ninguna de las dos cosas, sino como un objetivo. Así, podría darse el caso de que castigar a algunas personas más de lo que merecen y a otras menos dé como resultado, con el tiempo, que más personas reciban el castigo que merecen que si se persigue un castigo igual al merecimiento en cada caso. Es más plausible que, si tomamos la victimización por parte de criminales, así como el castigo mayor que el merecimiento, como ejemplos de *daño inmerecido* , entonces el objetivo de minimizar el daño inmerecido podría requerir castigar más de lo que se merece en algunos casos. Obviamente, esta forma de retribucionismo es más consonante con un consecuencialismo que toma el merecimiento como base de la distribución que con cualquier visión moral que tome el merecimiento como una restricción secundaria deontológica.

1.2 Teorías consecuencialistas

En estas páginas voy a dar muy poca importancia a las teorías consecuencialistas del castigo. La razón es ésta: las teorías consecuencialistas del castigo son parte de los sistemas morales consecuencialistas en los que todos los actos, motivos, reglas e instituciones se juzgan por las consecuencias que producen. Los utilitaristas juzgan la ley penal y los castigos por los delitos en función de si

maximizan el maximando relevante, como la felicidad **(p. 821)** o el bienestar.

Los consecuencialistas igualitarios juzgan el derecho penal y el castigo en función de si producen una distribución igualitaria del bienestar, o de la oportunidad de bienestar, o de las capacidades, etcétera. Es únicamente una cuestión contingente si cualquier definición dada de un delito o de una defensa, cualquier rigor o asignación de la carga de la prueba, y cualquier castigo por un delito dado —o incluso, posiblemente, una recompensa por abstenerse de un delito dado— producirán las consecuencias pertinentes y su distribución. Aunque los consecuencialistas tienen mucho que decir sobre cómo se deben definir, probar y castigar los delitos, al final, el derecho penal y el castigo no son aspectos distintivos de las teorías consecuencialistas. 8 El consecuencialismo tiene muy poco que ofrecer en conjunto a la teoría del derecho penal, aparte de panaceas consecuencialistas de sentido común como (1) en igualdad de condiciones, un castigo mayor disuadirá de cometer delitos más que uno menor (excepto para los masoquistas y los mártires); (2) algunos tipos de castigo —por ejemplo, la ejecución y el encarcelamiento— reducirán el crimen al incapacitar a los posibles criminales; (3) algunos tipos de castigo reducirán el crimen al reformar a los criminales; (4) los costos del crimen en sí, de la detección, el procesamiento y el castigo del crimen, y de la disuasión de actividades inocentes y valiosas son una función, *entre otras cosas* , de las definiciones de los crímenes y las defensas, los niveles de castigo prescritos, la asignación y el rigor de las cargas de la prueba y la tecnología de detección del crimen.

1.3 Teorías del castigo basadas en amenazas

Recientemente, algunos han propuesto lo que consideran una teoría del castigo que no se basa ni en el merecimiento negativo del criminal ni en las consecuencias sociales generales del castigo. La teoría parte de la premisa de que los individuos tienen diversos derechos y que tener derechos implica un permiso para amenazar a quienes violarían injustamente esos derechos. Se sostiene luego, de manera más controvertida, que el derecho a amenazar implica el derecho a cumplir la amenaza si se produce la

violación de los derechos. De esto se concluye que el castigo criminal está justificado en virtud de que su amenaza está justificada.9

Esta teoría se aparta del retribucionismo en dos aspectos. En primer lugar, algunas personas que merecen un castigo según el retribucionismo (porque actuaron de manera culpable) no serían castigadas justificadamente según esta teoría porque no habían sido amenazadas previamente con un castigo de la manera pertinente. En segundo lugar, algunas personas que podrían merecer un castigo menor según el retribucionismo porque su culpabilidad fue menor sufrirían un castigo severo según la teoría basada en la amenaza porque fueron amenazadas con un castigo severo y no hicieron caso de la amenaza.

(p. 822) Es esta última desviación del retribucionismo lo que hace que las teorías basadas en amenazas sean controvertidas, pues parece que autoriza posibles castigos draconianos incluso para delitos menores, siempre que el criminal haya sido amenazado antes de la comisión del delito. Esta desviación del retribucionismo cuenta con el apoyo de la intuición ampliamente aceptada de que podemos hacer cosas para que la comisión de delitos menores sea bastante peligrosa, siempre y cuando, al menos, se advierta al criminal del peligro (y siempre que el peligro para personas inocentes sea suficientemente bajo). Si soy dueño de Mt.

En el Everest, presumiblemente puedo colocar mis joyas en la cima para que el robo de las mismas sea obviamente peligroso y, por lo tanto, improbable. Asimismo, para evitar que alguien no autorizado recoja mis preciadas rosas, presumiblemente puedo rodearlas con un foso lleno de cocodrilos, al menos mientras coloque carteles y altavoces que transmitan en todos los idiomas que cruzar el foso es probable que sea fatal.10

La única diferencia entre estos ejemplos de delitos menores que se consideran obviamente peligrosos y los castigos

draconianos basados en amenazas es que estos últimos exigen que alguien opte por cumplir la amenaza después de que el criminal la ignore. En los casos del monte Everest y los cocodrilos, una vez que el criminal ignora la amenaza, su destino ya no está en manos del que la amenaza. Por supuesto, la cuestión importante para las teorías basadas en amenazas es si esta diferencia tiene importancia moral.1

1 Porque si podemos amenazar *pero nunca imponer* un castigo mayor que el que merecen las luces retributivas, el carácter distintivo de las teorías basadas en la amenaza se disuelve.

2 Derecho penal: Parte general

A partir de ahora supondré que el merecimiento es la clave para justificar el castigo legal, lo que lleva a la pregunta de en virtud de qué las personas merecen el castigo. Seguiré la tradición y dividiré la respuesta a esa pregunta en dos partes. La primera parte, que se conoce como la parte general del derecho penal, trata de aquellas cosas, *además de las Tipo de daño causado o arriesgado* , que son materiales para que una persona merezca el castigo. La segunda parte de la respuesta a la pregunta de en virtud de qué se merece el castigo, que se conoce como la parte especial del derecho penal, trata de identificar aquellos daños o faltas que justifican el castigo de quienes los causan, intentan o arriesgan a ellos. En esta sección, abordo las cuestiones de la parte general del derecho penal, dejando para la sección 3 las cuestiones de la parte especial.

(p. 823) 2.1 Legalidad y retroactividad

Está bien establecido en el derecho penal estadounidense que nadie puede ser castigado penalmente si el delito del que es culpable no ha sido promulgado por ley, en lugar de haber sido desarrollado judicialmente.12 También es el caso que, como cuestión de derecho constitucional federal, nadie puede ser castigado por una conducta que no fue considerada criminal en el momento en que ocurrió, sino que solo fue prohibida penalmente en un momento posterior.13 Estos dos principios -el principio de "legalidad", que requiere que las prohibiciones penales

sean legales, y el principio contra la retroactividad (no hay leyes penales *ex post facto*)- están estrechamente relacionados y están diseñados para garantizar que la criminalidad de la conducta sea conocida antes del hecho por aquellos que podrían participar en ella para que puedan ser influenciados por ese conocimiento.

¿Son la legalidad y la prospectividad condiciones necesarias para que un acusado merezca un castigo? Mucha gente cree que sí, y por eso los juicios de Nuremberg a los dirigentes nazis después de la Primera Guerra Mundial resultaron bastante inquietantes para quienes creían que las leyes que se acusaba a los acusados de violar en Nuremberg se habían creado después de los hechos. Pero si Nuremberg es instructivo es porque demuestra que la legalidad y la prospectividad no son condiciones necesarias para merecer un castigo.

La ausencia de una ley penal que prohíba el genocidio es irrelevante para el merecimiento negativo de quienes lo cometen, porque es suficiente para ese merecimiento que uno comprenda las características que hacen que el genocidio sea un delito, que no dependen de su legalidad. En el caso de los delitos más graves (homicidio, agresión, violación, robo, etc.), las características que hacen que el delito sea un delito son obvias para casi todo el mundo. La ausencia de una prohibición legal previa no elimina ni siquiera mitiga el merecimiento del castigo, aun cuando, como cuestión de derecho positivo, lo prohíba constitucionalmente.14

2.2 El requisito de un acto voluntario

Es ortodoxo que en general no puede haber delito que no tenga como elemento un acto voluntario.1

5 A

Un acto voluntario es un movimiento corporal voluntario — o un intento voluntario **(p. 824)** de mover el propio cuerpo

(un acto mental)— por parte de alguien que, de otro modo, tiene el control de su voluntad.16 Por lo tanto, se dice que no puede haber castigo por los meros pensamientos o incluso por las meras intenciones. Los primeros no están sujetos a la voluntad, y ni los pensamientos ni las intenciones implican movimientos corporales.17 Tampoco puede haber castigo por un mero estado, al menos mientras el estado no esté asociado a un acto voluntario.18

Las cuestiones principales que rodean el requisito de la acción voluntaria son qué tipos de condiciones anulan la voluntariedad; si el requisito de la acción voluntaria está completamente subsumido dentro del requisito de culpabilidad; y cuándo, por qué y cómo se puede ser responsable por omisiones en lugar de actos. El tema de las omisiones se aborda mejor en la parte especial del derecho penal porque es realmente sólo un aspecto de qué tipos de deberes caen dentro del alcance legítimo del derecho penal y sustentan los juicios de mérito negativo. Si existe un deber de actuar que se hace cumplir adecuadamente a través del derecho penal, el hecho de que la responsabilidad dependa de una omisión de actuar en lugar de un acto (un movimiento corporal voluntario) es irrelevante siempre que no estén presentes las condiciones que anulan la voluntariedad de un movimiento corporal. En otras palabras, los mismos factores que niegan la responsabilidad penal al demostrar que no ocurrió ningún acto voluntario también anulan la responsabilidad basada en una omisión de actuar cuando el derecho penal impone legítimamente un deber de actuar. En la sección 3 (la parte especial del derecho penal) se analiza cuándo lo hace el derecho penal.

Volviendo a la primera pregunta —qué condiciones derrotan la voluntariedad— la respuesta usualmente consiste en alguna forma de conciencia alterada, como el sonambulismo, el trance hipnótico o el automatismo.19 En teoría, el actor en un estado alterado de conciencia no es moralmente responsable ya sea porque no puede acceder completamente a sus razones para la acción o porque no tiene el control total de su voluntad.20 (Los movimientos corporales que no son conscientes en absoluto, o que son completamente reflexivos, no son "actos" en absoluto, mucho menos actos voluntarios.) Por otro lado, los actos

hechos por hábito, aunque no sean completamente conscientes, son considerados voluntarios, sobre la base de que el actor puede controlar los actos al atraer su atención.21

Una impulsividad tan extrema que se pasan por alto los mecanismos normales de control del agente también parecería invalidar el requisito del acto voluntario. Una patología de este tipo **(p. 825)** se suele relegar a la defensa por demencia, donde debe ir acompañada de la presencia de una enfermedad o defecto mental.22 Sin embargo, no hay razón para que la evidencia de una impulsividad extrema no pueda utilizarse para negar el elemento del acto voluntario y, por lo tanto, el delito, en lugar de simplemente plantear una defensa contra él.23

Por otra parte, las circunstancias que hacen que al autor le resulte extremadamente difícil elegir entre otras opciones distintas de la comisión de un delito, si bien pueden eximirle de responsabilidad moral y excusar su delito, normalmente no anulan la voluntariedad de su elección de cometer el delito en el sentido en que se refiere al requisito de la voluntad. Las razones morales prudenciales o relativas al agente del autor (como una amenaza a su hijo) a favor de cometer el delito dominan tanto sus razones morales en contra de cometerlo que no podemos considerarlo merecedor de un castigo por su elección, aun cuando la elección refleje su capacidad de acción racional. Estas circunstancias se consideran apropiadamente como posibles defensas a las acusaciones penales, no como negaciones de las mismas.

Subyacentes a estos "derrotadores" del requisito del acto voluntario se encuentran los estados alterados de conciencia y la impulsividad.

—es la idea de que nadie es culpable de sus actos si su capacidad racional está suficientemente deteriorada en ese momento. La deficiencia puede afectar su voluntad, de modo que no tenga suficiente control de lo que hace como para ser moralmente responsable por ello. O puede afectar su racionalidad, privándolo del acceso a las razones ordinarias que tiene a favor y en contra de actos

particulares.24 De cualquier manera, no tiene suficiente control como para ser considerado un actor voluntario.

Esto nos lleva a nuestra segunda pregunta, a saber, si el requisito del acto voluntario puede separarse del requisito de culpabilidad. Creo que no puede serlo. Para que un acto sea culpable, debe ser voluntario; y toda condición que niegue un acto voluntario niega forzosamente la culpabilidad. Si ese no fuera el caso —si, por ejemplo, los sonámbulos fueran culpables de lo que hicieron mientras caminaban sonámbulos— no habría razón para eximirlos de responsabilidad penal. Un requisito separado de que se pruebe un acto voluntario está incluido dentro del requisito de que se pruebe un acto culpable.

Además, hay una buena razón para incorporar las consideraciones del acto voluntario en la investigación de la culpabilidad y eliminar el elemento separado del acto voluntario.2

5 Todo posible delito incluirá actos voluntarios del

'criminal' como parte de su historia.

(p. 826) El acusado hipnotizado tal vez se puso voluntariamente en presencia del hipnotizador. El acusado sonámbulo se fue a la cama voluntariamente sin encerrarse en su dormitorio. El conductor del automóvil que sufría un ataque epiléptico se puso al volante sin sufrir ataques. El conductor del automóvil con el acelerador atascado condujo voluntariamente el automóvil. En todos estos casos podemos contar la historia del crimen de tal manera que el crimen contuviera un acto voluntario. Por supuesto, el acto puede haber sido completamente inocente, y ese es el punto. Si hay un acto culpable presente, eso es todo lo que se necesita para merecer el castigo. Y si no lo hay, la presencia de actos voluntarios pero no culpables no justificará el castigo.

Por lo tanto, la pregunta central debería ser cuál de los diversos factores que se supone que influyen en el cumplimiento del requisito del acto voluntario afectan la culpabilidad. Por ejemplo, ¿puede uno ser culpable por sus pensamientos?

Seguramente puede haber algunos tipos de *pensamiento* —actos mentales— que sean al menos susceptibles de *ser* considerados culpables. Si de alguna manera fuera perjudicial para otros que yo intentara calcular los primeros cien números primos, pero aun así lo hiciera, seguramente se me podría considerar culpable y tal vez merecedor de un castigo. Por otra parte, probablemente no soy culpable simplemente porque un pensamiento en particular entró en mi mente. Este último, a diferencia de los cálculos mentales, está fuera de mi control directo (aunque puede ser el producto de algún otro acto sobre el que sí tengo control directo y que, por lo tanto, podría ser culpable).

Si los pensamientos puros no pueden ser la base del merecimiento, ¿qué pasa con las intenciones? ¿Es la intención un acto sobre el que ejerzo control? Aplazaré el tratamiento de esta cuestión hasta que me ocupe de los intentos incompletos.

Los demás factores que influyen en la voluntariedad de los actos influyen en la culpabilidad precisamente por las mismas razones: socavan el acceso a la razón y al control. Por lo tanto, se podría decir que quienes actúan de maneras que de otro modo serían culpables pero lo hacen en estados alterados de conciencia no son culpables. Lo mismo ocurre con quienes no pueden controlar sus impulsos. La investigación de la culpabilidad incluye todo lo que hace la investigación del acto voluntario sin dejar rastro.

2.3 Culpabilidad penal

La culpabilidad penal se divide por lo general en tres estados mentales culpables: intención, conocimiento e imprudencia, y dos estados no mentales: negligencia y responsabilidad estricta.26 Cuando el elemento relevante del delito es producir un resultado particular, como una

muerte, el estado mental culpable de intención se define como tener el objeto consciente de causar ese resultado.27 Por lo tanto, un homicidio intencional sería un acto que causa la muerte de una persona realizado por el actor con el objeto consciente de causar la muerte. Cuando el elemento relevante del delito es simplemente alguna circunstancia **(p. 827)** que acompaña al acto (por ejemplo, la circunstancia de que la víctima del homicidio sea un agente de policía o que el lugar del robo sea una residencia), la intención con respecto a dicho elemento suele ser sinónimo de creencia en su existencia.28 Por lo tanto, quien mata a una víctima creyendo que era un agente de policía ha matado "intencionadamente" a un agente de policía incluso si no era su deseo que su víctima fuera un agente de policía. (Por supuesto, uno podría tener un elemento circunstancial que requiriera un propósito en el sentido de un objeto consciente, aunque sería un crimen inusual que así fuera). Asimismo, cuando el elemento del crimen se refiere a la naturaleza de la conducta del criminal, en oposición al resultado de esa conducta o las circunstancias que la acompañan,

El hecho de participar "intencionadamente" en esa conducta normalmente no es más que intentar hacerlo siendo consciente de su naturaleza. Por lo tanto, cuando decir una falsedad a propósito es un delito (como en el caso del perjurio), se cumple este elemento de conducta al intentar decir algo que se sabe que es falso.

El estado mental culpable de conocimiento se refiere a una creencia de que existe el elemento criminal o, cuando el elemento es el resultado producido por la conducta del actor, a una creencia con certeza práctica de que el resultado ocurriría.29

El conocimiento no exige ninguna actitud particular hacia la conducta, el resultado o las circunstancias. El propósito, por otra parte, al menos cuando exige que el elemento sea el "objeto consciente" del actor, tiene que ver con la actitud del actor más que con sus creencias. Se puede actuar deliberadamente con respecto a un elemento incluso si se cree que es muy improbable que el elemento exista o se produzca si el elemento es el objeto consciente de uno. (Sin embargo, hay que creer que la propia conducta ha

aumentado la probabilidad de la existencia del elemento, aunque sea ligeramente.) Ni el propósito ni el conocimiento tienen en cuenta las razones que tiene el actor para actuar y que cree que justifican su acción. La imprudencia, en cambio, incorpora las razones del actor para actuar al estado mental culpable. El actor que es imprudente con respecto a un elemento de un delito actúa con un desprecio consciente de un elemento sustancial e injustificable.

riesgo de que el elemento caracterice, acompañe o sea causado por su conducta.30 Es decir, el actor imprudente debe ser consciente de un riesgo de un elemento que es a la vez un riesgo sustancial y un riesgo injustificable.

Son muchas las cuestiones que giran en torno al estado mental culpable de la imprudencia.3

1 Un conjunto de cuestiones se refiere a

¿Hasta qué punto es subjetiva la imprudencia? Está claro, por ejemplo, que si un actor asume lo que cree que es un riesgo del 80 por ciento de matar a alguien simplemente para llegar a casa a tiempo para ver su programa de televisión favorito, no importa si *caracteriza* ese riesgo como "sustancial" o "injustificable". Esas caracterizaciones son, sin duda, una cuestión objetiva de derecho.

(p. 828) Por otra parte, ¿qué ocurre si el actor cree que está creando un riesgo porque se equivoca acerca de algún hecho? (Cree que está conduciendo a una velocidad insegura, pero su velocímetro está roto y en realidad está conduciendo mucho más despacio y con mayor seguridad). ¿Es ese actor imprudente (suponiendo que sus razones no justifican la creación del riesgo que cree que está creando)? ¿O es ese actor solo un intento de ser imprudente?

La mejor respuesta a esta pregunta es que tal actor debería ser considerado "imprudente". En primer lugar, si uno cree, como yo, que es tan merecedor de castigo negativo por los

delitos cometidos como por los cometidos con éxito, una cuestión que abordo en la Sección 2.5.

—Entonces, la "intento de imprudencia" y la "imprudencia" merecerían el mismo tratamiento. En segundo lugar, la distinción entre

La distinción entre la "imprudencia" y la "intento de imprudencia" depende de una distinción entre los riesgos que el actor estima y los riesgos "reales" creados por su conducta. Pero la noción de un riesgo "real", en contraposición a la evaluación del riesgo por parte de alguna persona, es confusa. El riesgo es una noción epistémica más que óntica, y siempre se evalúa desde una perspectiva informativa particular. Sólo Dios, que lo sabe todo, conoce los riesgos "reales" de la conducta, que son, para cualquier resultado, uno o cero. Por lo tanto, el intento de imprudencia, que se basa en una noción de riesgo que no es ni de Dios ni del actor, sólo será definible arbitrariamente.

Otra cuestión relativa a la subjetividad de la imprudencia es si el actor debe advertir conscientemente los peligros específicos que crea su conducta o la magnitud exacta del riesgo que cree que está asumiendo. Si, por ejemplo, el actor se salta un semáforo en rojo, puede pensar para sí mismo "Esto es peligroso", pero no puede pensar "Esto crea un 10 por ciento de posibilidades de muerte, un 20 por ciento de posibilidades de lesiones corporales, un 40 por ciento de posibilidades de daños materiales", etc. ¿Es imprudente el actor que sólo piensa "Esto es peligroso" y, de ser así, con respecto a qué resultados? Planteo esta cuestión, pero no puedo tratarla aquí.32

Una última cuestión en relación con la subjetividad de la imprudencia es si el requisito de que el riesgo que el actor cree que está asumiendo sea sustancial es independiente del requisito de que sea injustificable. Creo que no lo es, y que todo el trabajo se hace con este último requisito. Si alguien somete a otro a un riesgo incluso minúsculo por razones crueles o maliciosas, el primero es sin duda imprudente. Consideremos jugar a la ruleta rusa con otra persona sin su consentimiento y sólo por emoción con una pistola que contiene un millón de recámaras y una bala

real. Seguramente este riesgo de uno en un millón se impone de manera imprudente, aunque sea bastante pequeño y menor que muchos otros riesgos que se imponen de manera no culposa. Son las razones del actor a la luz de la magnitud del riesgo las que hacen todo el trabajo. No se requiere ningún umbral particular de magnitud.

Creo que estos tres estados mentales culpables —propósito, conocimiento e imprudencia— exhiben juntos el único defecto moral de preocupación insuficiente por los intereses de los demás.33 Cuando uno tiene como objeto consciente que esos intereses sean dañados **(p. 829)** (propósito) o cree con una certeza práctica que serán dañados (conocimiento), se presume que hay preocupación insuficiente. Si el actor tiene razones para actuar que de hecho justifican su acción y refutan la acusación de preocupación insuficiente, debería tener que plantear estas razones como defensa.

En lo que respecta a los riesgos para los intereses de los demás que no tienen una certeza práctica y que no tienen motivos para actuar que no sean el deseo de causar daño, la presencia o ausencia de una preocupación insuficiente es una cuestión de las razones justificativas del actor. Por eso la ausencia de justificación es interna a la imprudencia pero externa al propósito y al conocimiento. Sin embargo, lógicamente, dado que los actos con propósito o con conocimiento pueden justificarse, los tres estados mentales culpables pueden considerarse como aspectos de la única falla moral de imponer riesgos a los intereses de los demás por razones que no justifican ese nivel de imposición de riesgos.

Esta concepción unificada de la culpabilidad penal es teóricamente conveniente por varias razones.34 Nos permite dar sentido a algunas formas de culpabilidad que de otro modo serían anómalas, como la "ceguera voluntaria". La ceguera voluntaria se refiere a los casos en los que el actor tiene motivos para creer que existe un elemento de un delito pero se abstiene deliberadamente de investigar más porque quiere preservar su ignorancia. Algunos casos de ceguera voluntaria son tratados por los tribunales como

Equivale a "conocimiento", aunque eso es una ficción. El actor se ha abstenido de adquirir conocimiento, lo cual es incompatible con el hecho de que lo tenga. No obstante, es culpable de asumir un riesgo injustificado de que exista el elemento, lo que significa que técnicamente es imprudente en lugar de saber. Pero en muchas situaciones puede ser más culpable que el actor imprudente común, por lo que los tribunales se ven tentados a decir que sabe. Sin embargo, una vez que vemos que el conocimiento y la imprudencia son partes de una concepción unificada de la culpabilidad penal, podemos vernos liberados de la necesidad de encasillar la ceguera voluntaria como conocimiento o imprudencia.

Si la intención, el conocimiento y la imprudencia son sólo componentes de una única concepción de la culpabilidad, a saber, la preocupación insuficiente, la negligencia no lo es. En primer lugar, y de manera indiscutible, el actor negligente no tiene un estado mental particular en el momento de la conducta en cuestión. La negligencia se define como la falta de advertencia sobre un riesgo sustancial e injustificable, lo que significa que el actor podría estar advirtiendo sobre cualquier otra cosa.35

(p. 830) En segundo lugar, y de manera bastante controvertida, el actor negligente no es, creo, culpable por no advertir y no merece castigo por su negligencia.36 Hay dos razones relacionadas para esta conclusión. Primero, como se mencionó anteriormente con respecto al "intento de imprudencia", no hay una manera no arbitraria de especificar el riesgo de causar un elemento de un delito que el actor está creando si descartamos tanto la estimación del actor como la de Dios (que siempre es uno o cero). Se supone que el actor negligente no percibe el "riesgo real" -el riesgo que el actor está creando-.

El "actor razonable" percibiría, pero el actor razonable no es Dios. Más bien, el actor razonable, desde cuya posición se evalúa el "riesgo real", es un constructo que tiene algunas de las limitaciones epistémicas del actor real, pero no otras. Pero el constructo puede adoptar un número

infinito de formas, y no hay una buena razón para elegir cualquiera de ellas.

En segundo lugar, nadie es culpable de no advertir, porque nadie tiene control sobre la publicidad de asuntos sobre los que no está ya advirtiendo. Por supuesto, la omisión de advertir en el momento pertinente puede deberse a una elección culposa anterior en la que el actor optó por correr el riesgo, sin motivos suficientes, de no advertir o comprender un riesgo más adelante. En otras palabras, una elección anterior que refleje una preocupación insuficiente puede causar inadvertencia.

Sin embargo, la inadvertencia en sí no refleja una preocupación insuficiente y, por lo tanto, no es culpable. Tampoco es culpable la preocupación insuficiente por sí misma, incluso si causa inadvertencia de riesgos para otros, si no causa inadvertencia mediante una elección que la manifiesta.

Por último, la responsabilidad estricta denota la ausencia de un requisito de culpabilidad respecto de un elemento de un delito.37

Sin culpabilidad respecto del elemento, la mera presencia del mismo no demuestra que el actor merezca el castigo o el agravamiento del castigo por él cometido.

Por lo tanto, la negligencia y la responsabilidad estricta, que no son estados mentales culpables ni evidencian mérito negativo, no pueden por sí mismas proporcionar justificaciones para el castigo. Por supuesto, el castigo por negligencia y responsabilidad estricta, al no requerir prueba de que el actor advirtió un riesgo que no tenía motivos suficientes para correr, hace que sea más fácil obtener la condena de los verdaderamente culpables (aquellos que *actúan* con insuficiente preocupación). El deber del retribucionista fuerte de castigar al culpable se cumplirá así más fácilmente, aunque al precio de violar la orden de evitar castigar más de lo que se merece.

Por supuesto, el castigo basado en la negligencia o la responsabilidad estricta promueve objetivos consecuencialistas. No sólo hace que la condena sea menos

costosa y más segura, sino que disuade a los actores verdaderamente culpables que, de otro modo, actuarían sin la debida atención creyendo que evitarán la condena porque no habrá pruebas de su insuficiente atención.

Por supuesto, el castigo basado en la negligencia o la responsabilidad estricta también produce consecuencias negativas, como la disuasión excesiva (disuasión de actividades inocentes y socialmente valiosas). Debido a que los actores no pueden controlar si serán negligentes o estrictamente responsables **(p. 831)** , si son reacios al riesgo se mantendrán alejados de las actividades, incluso las socialmente valiosas, que muestren una preocupación adecuada por los intereses de los demás, que podrían resultar en su castigo. Por ejemplo, si vender medicamentos mal etiquetados es un delito incluso si el vendedor ha actuado de manera no culpable, los vendedores pueden tomar más cuidado que razonable -es decir, precauciones excesivamente costosas- para evitar vender medicamentos mal etiquetados, con el resultado de que los medicamentos beneficiosos se vuelven más caros o no están disponibles.

Sea cual sea el resultado del cálculo consecuencialista, la responsabilidad penal basada en la negligencia o la responsabilidad estricta dará lugar al castigo de aquellos que las autoridades consideran verdaderamente inocentes y, por lo tanto, no merecedores de castigo. A diferencia de los ocasionales acusados inocentes que son condenados por delitos por jueces y jurados que creen que son culpables, los acusados castigados por negligencia o responsabilidad estricta a menudo serán considerados culpables de haber actuado con la debida preocupación por los demás y, por lo tanto, de manera no culpable. Por lo tanto, los jueces y jurados castigarán a sabiendas a estos acusados. Página 9 de 37

La filosofía del derecho penal

Los acusados reciben un castigo mayor del que merecen.

2.4 Errores exculpatorios de hecho y de derecho

El tratamiento de los errores exculpatorios de hecho y de derecho es, en su mayor parte, meramente un corolario lógico del análisis de la culpabilidad penal en la subsección anterior. Si un delito requiere como elemento que el actor actúe *sabiendo* que existe el hecho F , o *sabiendo* que su acto tiene carácter jurídico L , entonces un actor que crea equivocadamente que no existe F o que no existe L no ha cometido el delito.38 Por lo tanto, en su mayor parte, una alegación de error exculpatorio de hecho o de derecho será intencional y extensionalmente equivalente a una negación de que uno poseía el estado mental culpable alegado.

El único punto que merece la pena discutir son los errores en el contenido de la propia ley penal. ¿Cómo debemos considerar a quienes afirman "no sabía que era un delito hacer X "?

En casi todos los delitos, la conciencia o incluso la negligencia respecto de la existencia del delito no es un elemento del mismo.39 Y eso es seguramente justificable para una conducta que evidencia culpabilidad moral independientemente de su ilegalidad, por las razones que se analizaron anteriormente en relación con el principio de legalidad. Uno es culpable y merecedor de castigo por matar, herir, violar o tomar la propiedad de otro intencionalmente, a sabiendas o por imprudencia, al menos en ausencia de una buena excusa o justificación, incluso si uno no es consciente de que dicha conducta está legalmente proscrita.

Por otra parte, muchas conductas que son criminales son inmorales sólo porque han sido legalmente proscritas. Aunque puede ser moralmente incorrecto que yo no pague mi parte justa de impuestos al gobierno federal, no es moralmente incorrecto que yo no pague el 37 por **ciento** de mi ingreso marginal al gobierno federal en impuestos, excepto en la medida en que esa sea la tasa impositiva establecida por ley. De la misma manera, puede ser moralmente incorrecto que yo dañe el medio ambiente al ampliar mi casa; pero sólo es moralmente incorrecto que yo no presente una declaración de impacto ambiental si tal declaración es legalmente requerida como parte de un esfuerzo coordinado para proteger el medio ambiente.

En los casos en que la incorrección moral de una conducta depende de que haya sido prohibida legalmente, quienes ignoran la prohibición legal sin culpa no demuestran culpabilidad y, por lo tanto, incurren en un merecido castigo por esa conducta. Por lo tanto, la doctrina del derecho penal, que generalmente se niega a reconocer la ignorancia de la ley penal como factor que anula la responsabilidad penal a menos que el conocimiento de la ley se convierta explícitamente en un elemento del delito, debe ser reformada para muchos delitos si se quiere que merezca el castigo por su violación.

Una última observación sobre los errores. A veces, la prueba de un error demuestra que el acusado no cometió culpablemente el delito por el que se le acusa, sino que, si las cosas hubieran sido como él creía, habría cometido culpablemente un delito diferente. Si un cazador, creyendo que está cazando ciervos fuera de temporada, dispara y mata a lo que cree que es un ciervo, pero que resulta ser un ser humano, puede que no haya cometido un homicidio culposo, pero puede que haya *intentado* violar la ley que regula la temporada de caza de ciervos. En otras palabras, su *error exculpatorio* en relación con el homicidio puede resultar ser un *error inculpatorio* en relación con el intento de caza fuera de temporada. Y es el tema de los intentos al que me referiré ahora.

2.5 La tentativa consumada como única piedra de toque del merecimiento negativo Una tentativa consumada de cometer un delito ocurre cuando el actor, actuando con el propósito (objeto consciente) de que ocurra un resultado prohibido, participa en una conducta que cree que hará que ese resultado sea más probable que ocurra sin una conducta adicional de su parte; cuando el actor cree que un resultado prohibido resultará casi con certeza de su conducta; o cuando el actor cree que la conducta que cree que está realizando está prohibida. Dicho de manera más sucinta, uno comete una tentativa consumada cuando participa en una conducta tal que, si los hechos son como uno cree que son o como uno espera que sean, habrá cometido un delito.40 Una tentativa consumada se distingue de un delito exitoso en virtud de la falla en ocurrir el resultado previsto o contemplado o un error con respecto a la naturaleza prohibida de la

conducta. Si el acusado dispara una bala a la víctima, deseando matarla, ha cometido asesinato si la víctima muere, pero un intento de asesinato consumado si la víctima vive. Si el acusado pone lo que él **(p. 833)** cree que es una dosis letal de arsénico en la bebida de la víctima y abandona el lugar, esperando que la víctima consuma la bebida, entonces, independientemente de si desea o no la muerte de la víctima, ha cometido un intento de homicidio intencional si la sustancia no es arsénico sino algo inofensivo. Y si el acusado roba a la víctima lo que él cree que es un cuadro de 10.000 dólares, pero el cuadro sólo vale 100 dólares, el acusado ha intentado cometer un hurto mayor pero sólo ha tenido éxito y ha cometido un hurto menor.

En todos los casos de intentos consumados, el acusado ha actuado de manera culpable. Independientemente de si tiene intención de ir más allá de lo que ha ido o no, seguramente ha ido lo suficientemente lejos como para ser culpable. En efecto, porque ya será completamente culpable de un delito consumado si se produce el resultado que espera, o si sus creencias sobre la naturaleza de su conducta, sus efectos y las circunstancias circundantes resultan correctas, *y dado que el éxito en este punto está fuera de su control y Por lo tanto, no puede afectar su culpabilidad ;* es forzosamente culpable por su intento consumado.

Lo que es cierto en el caso de los intentos consumados también lo es en el caso de los actos imprudentes. La culpabilidad de los actos imprudentes se agota en el momento de su comisión. No se ve afectada por el hecho de que el nivel de riesgo culpable que el acusado cree que está asumiendo resulte ser inferior al riesgo real de uno (en los casos en que el acto da lugar a un daño prohibido) o superior al riesgo real de cero (en los casos en que el acto imprudente no causa daño).

Una vez definido el concepto de intento consumado, me propongo abordar cuatro cuestiones teóricas que surgen de

la importancia que le he dado. En primer lugar, ¿merece uno más castigo por un delito consumado que por el solo intento consumado?

En segundo lugar, ¿ merecen castigo los intentos *incompletos* y, si no, cómo se debería tratar a los diversos delitos incipientes? (Estos delitos incluyen la conspiración, la incitación y los delitos definidos en términos de "cometer el delito *A* con la intención de cometer el delito *B* "). Y, en relación con esto, ¿cómo se debería definir la complicidad en los delitos de otros si los intentos incompletos no son culpables?

En tercer lugar, ¿cómo debemos considerar a aquellos cuyo intento consumado implica una prohibición penal que es producto de su imaginación, lo que suele denominarse un intento "legalmente imposible"? Y en cuarto lugar, si los delitos que se cometen con éxito *merecen* un castigo mayor que los intentos consumados, ¿qué tipo de cuestiones teóricas hay que afrontar que de otro modo se obviarían si se equiparara el mérito de los intentos con el de los éxitos?

2.5.1 ¿Debe el éxito tener importancia respecto del castigo?

Los intentos consumados, a diferencia de los delitos que se cometen con éxito, implican una divergencia entre lo que el actor cree o espera subjetivamente que suceda y lo que ocurre objetivamente. Algunos teóricos de los intentos se oponen a que los intentos sean tan subjetivos, tan dependientes de lo que el actor cree que está haciendo en lugar de lo que realmente está haciendo. Yo sostengo, sin embargo, que las teorías "objetivas" de los intentos —aquellas que exigen que la criminalidad del intento sea de algún modo

'manifiestan' al margen del estado mental del actor—son incoherentes e incapaces de una articulación no arbitraria.41

(p. 834) La otra gran división entre los teóricos del derecho penal es sobre si los delitos consumados merecen más castigo que los delitos intentados. Así como he afirmado, contra quienes están a favor de una explicación

objetiva de los intentos, que creo que todos los intentos consumados, tal como los he definido, muestran una culpabilidad que merece castigo —y así como argumentaré más adelante que *sólo* los intentos consumados, y no los incompletos, deberían ser castigados42—, sostengo que los intentos consumados son todos los que deberían ser castigados en el sentido de que no deberían ser castigados menos que los delitos consumados que intentan.

El argumento a favor de esta postura es sencillo.43 El resultado de los intentos consumados (si se trata de un delito que se ha cometido con éxito) está fuera del control de la persona una vez que ha completado el intento. La distinción entre un intento consumado y un delito que se ha cometido con éxito es, por tanto, una cuestión de suerte. La suerte no puede afectar a la culpabilidad, y la culpabilidad es todo lo que afecta al merecimiento negativo.

Dos acusados idénticos, *D*

1 y *D* 2, disparan contra dos víctimas, *V*

1 y *V* 2, con la intención de matarlos. *V*

1 tiene, sin saberlo,

D ,

1 una Biblia en el bolsillo que absorbe la bala, o una constitución muy fuerte, mientras que *V 2* no.

1 vive, y

V 2 muere. La distinción entre *D* '

El intento de 1 y el éxito de *D2* son resultado de suerte, no de culpabilidad. Lo mismo ocurre cuando ambos *D*

1 y *D* 2 creen que están excediendo el límite de velocidad, pero *D* '

1 s el velocímetro está roto mientras

D 2 no lo es, y solo *D* 2 excede realmente el límite de velocidad. Nuevamente, la diferencia entre *D*

1 y *D* 2 es únicamente una

Cuestión de suerte, no de culpabilidad.

Quienes creen que los delitos cometidos con éxito deben ser castigados más que los intentos consumados, al menos si creen que los delitos cometidos con éxito *merecen* un castigo mayor, no niegan que los delitos cometidos con éxito y los intentos consumados sean igualmente culpables. Más bien, sostienen que la mala conducta en sí misma, además de la culpabilidad, conlleva un merecimiento negativo.

Reconocen que la mala conducta en ausencia de culpabilidad (un accidente no culpable, por ejemplo) es inerte en lo que respecta al merecimiento, pero cuando hay culpabilidad, sostienen, la mala conducta (el éxito) aumenta el merecimiento negativo.

Sin embargo, hasta donde puedo ver, sólo tienen dos argumentos para esto, uno positivo y otro negativo. El positivo

El argumento es que la moral nos ordena no *hacer* el mal, en lugar de no *intentar* hacerlo o no actuar *pensando* que estamos haciendo algo malo. Por lo tanto, sólo *hacer algo malo* viola las máximas morales.

Creo que este argumento es, en última instancia, irrelevante incluso si fuera cierto, pues se admite que la mala conducta no merece castigo en ausencia de culpabilidad, y nuestra culpabilidad refleja todo lo que podemos controlar en relación con el cumplimiento de las máximas de la moralidad. Si la mala conducta es inerte en términos de merecimiento en ausencia de culpabilidad, es un misterio cómo se activa si, por suerte, coexiste con la culpabilidad.

El argumento negativo es que, aunque la mala conducta sea una cuestión de suerte, también lo es la culpabilidad. El carácter del actor, que lo dispone a intentar cometer un delito, puede deberse a su suerte (**constitutiva**) en términos genéticos y ambientales. Asimismo, el hecho de que el actor se encuentre en una situación que desencadena sus disposiciones criminales puede ser una cuestión de suerte (circunstancial), como cuando un aspirante a ladrón se encuentra sin dinero y en presencia de las joyas de otro, mientras que otro aspirante a ladrón gana la lotería y nunca se ve tentado a robar.

Es cierto que el carácter y las circunstancias de una persona son en gran medida cuestión de suerte. Sin embargo, existe una diferencia entre la suerte constitutiva y circunstancial, por un lado, y la suerte resultante, que distingue los intentos y los éxitos, por el otro. La premisa de la culpabilidad es que, dentro de ciertos límites, uno puede controlar y es moralmente responsable de resistir las disposiciones de su carácter y las tentaciones de sus circunstancias. Por supuesto, este tema está en el centro de los debates sobre el libre albedrío y el determinismo. Pero, a menos que se rechace por completo la responsabilidad moral y, por lo tanto, la culpabilidad y el merecimiento negativo, el supuesto del retribucionista es que el carácter y las circunstancias innatos no son el destino y que, incluso si las elecciones son generalmente predecibles, uno puede elegir en contra del carácter y la tentación y se lo considera moralmente responsable por ello.

La suerte en los resultados es un asunto diferente. Porque no es una cuestión de lo que elegimos hacer, sino de si nuestras decisiones tienen éxito o no, algo que escapa a nuestro control de un modo que no lo tienen nuestras decisiones.

2.5.2 Tentativas incompletas y delitos incipientes44

Una tentativa incompleta ocurre cuando un actor tiene la intención de cometer una tentativa completada en el futuro y ha tomado algunas medidas antes, pero en la dirección de cometer esa tentativa completada. Esas medidas pueden o no ser delitos completos en sí mismas. Así, alguien que acecha a una víctima, con la intención de agredirla o

matarla, ha cometido una tentativa incompleta de asalto u homicidio. Alguien que entra en una vivienda sin consentimiento, con la intención de robar su contenido, ha cometido una tentativa incompleta de robo. En el último caso, pero no en el primero, el acto cometido (entrada no autorizada al edificio) es en sí mismo un delito (allanamiento). Además, la combinación de ese delito y la tentativa incompleta se considera un delito distinto (robo). Todo lo que tengo que decir en contra de la penalización de las tentativas incompletas se aplica con plena fuerza a delitos como el robo, que son de la forma "comete el delito *A* con la intención de cometer el delito *B* ".

Mi argumento contra los intentos incompletos como actos culpables que merecen castigo es el siguiente: la formación de la intención de cometer un acto culpable, incluso cuando va acompañada de la adopción de medidas en esa dirección, aunque con frecuencia refleja un defecto de carácter, no es en sí misma un acto culpable. Parece estar mucho más cerca de un pensamiento malvado, sobre el que uno no tiene control, que de un acto culpable, sobre el que uno sí lo tiene. Puede formarse con distintos grados de resolución. Puede estar condicionado, ya sea explícita o implícitamente, a que concurran diversas **circunstancias** en el momento de la ejecución que pueden ir desde muy probables a muy improbables. ("No robaré el banco mañana si gano la lotería esta noche"; "Si descubro que mi esposa me es infiel, le daré una paliza"; etc.) Y siempre existe la posibilidad de que entre el momento en que se forma la intención y el momento en que se va a ejecutar, uno renuncie a la intención. Hasta que el intento incompleto se convierta en uno completado, el actor tiene el control total y no ha aumentado (ni cree haberlo hecho) el riesgo de daño a la víctima (aunque cree que lo hará *en* el futuro).

Un punto relacionado es que las circunstancias que se darán en el momento del intento completado son opacas en el momento del intento incompleto. Supongamos que Adam tiene la intención de tener relaciones sexuales con Lolita, quien, sin que Adam lo sepa, es menor de edad. Supongamos que Adam lleva a Lolita a un motel, y supongamos que llevarla al motel con la intención de tener relaciones sexuales con ella es un paso suficiente para

contar como un intento incompleto de tener relaciones sexuales con ella. ¿Ha cometido Adam un intento de violación legal de Lolita? Es posible que no hubiera descubierto su edad entre el momento en que entró en el motel y el momento en que habría tenido relaciones sexuales con ella (o completado un intento de tener relaciones sexuales). Por otro lado, es posible que Adam hubiera descubierto su edad en ese período de tiempo, en cuyo caso podría haber decidido no tener relaciones sexuales o bien haber decidido cometer una violación legal. En el momento del supuesto intento incompleto Página 12 de 37

La filosofía del derecho penal

En cuanto a la tentativa, en cuyo caso podría ser detenido, no se sabe con certeza cómo se desarrollará. Y lo mismo se aplica a todas las tentativas incompletas, incluidos los delitos previstos que forman parte de esos delitos de tentativa incompleta, como el robo.

(Supongamos que Adán entra en la casa de Lolita con la intención de tener relaciones sexuales a la fuerza con ella si lleva un vestido rojo, y con la intención de robarle todos los Picassos que posea, aunque piensa que es improbable que posea alguno.) Tal vez el problema de la opacidad pueda evitarse si exigimos que el actor que comete un intento incompleto muestre una preocupación insuficiente en el momento del intento incompleto. Sin embargo, como la intención de cometer un delito en el futuro es difícil de distinguir de un mero deseo, cuya existencia no está sujeta al control del actor; porque está respaldada por diversos grados de resolución; porque está condicionada a hechos que pueden tener cualquier grado de probabilidad; porque es opaca a las circunstancias que se darán en el momento de la ejecución; y, sobre todo, porque su ejecución sigue estando sujeta al control del agente, creo que los intentos incompletos no son en sí mismos actos culpables. (Si los intentos incompletos fueran actos culpables, ellos, a diferencia de los intentos completados, *merecerían* menos castigo que los éxitos.) Los intentos incompletos no deberían ser delitos. También deberían abolirse los delitos como el robo, que tienen como definición la tentativa incompleta.

Por razones similares, los delitos o formas de criminalidad que involucran los actos de otros (incitación, conspiración y complicidad), que generalmente se basan en la intención del actor de que otros cometan un delito en el futuro,4

5 debería ser

repensado.46 Si está involucrado el delito de otra persona **(p. 837)** —como siempre ocurre en la incitación y la complicidad, y como a veces ocurre en la conspiración—la base de la responsabilidad penal del actor es la imprudencia de crear un riesgo injustificado de que la otra persona cometa un delito.47 Su propósito de que se cometa tal delito, que normalmente se requiere bajo la ley actual, es solo evidencia de que el riesgo creado es injustificable por falta de una razón justificativa.

Dada la opacidad de las circunstancias en las que se cometerá el delito futuro, el autor debe ser considerado imprudente en función de su evaluación de la probabilidad de los diversos delitos que ha fomentado. Su responsabilidad no debe depender de lo que los demás hagan de hecho, sino que debe ser completa en el momento en que brinda ayuda o aliento. En ese momento, ha completado su imprudencia. (Los comerciantes legítimos que sospechan que sus clientes tienen la intención de cometer delitos con la mercancía o los servicios proporcionados pueden, no obstante, ser considerados no imprudentes como una cuestión de derecho.)

Si el plan de una conspiración es que el propio actor lleve a cabo el delito convenido, el actor no debería ser responsable en ese momento. El actor no ha aumentado el riesgo de su propia criminalidad futura porque conserva el control total sobre ella, a diferencia del caso en que induce a otro a cometer el delito.

2.5.3 Intentos legalmente imposibles48

He definido los intentos consumados, que considero como la base de todo merecimiento negativo, como una conducta en la que, si las cosas fueran como el actor cree o espera que sean, habría cometido un delito con éxito o creado un

riesgo ilícito. ¿Y si, sin embargo, el error del actor que impide el delito con éxito es un error de derecho positivo?

Debo señalar simplemente que muchos errores de derecho positivo no plantean ninguna dificultad. Supongamos que el actor comete un error de derecho de propiedad y toma una propiedad que está legalmente abandonada pero que el actor cree que sigue siendo propiedad de su antiguo propietario. El actor ha cometido un delito de robo consumado a pesar de su error de derecho. Cuando el error se refiere a una ley distinta de la penal en virtud de la cual se está procesando al actor por tentativa, no niega la tentativa.

El problema de la imposibilidad legal se ilustra mejor con la hipótesis de dos cazadores que salen a cazar ciervos el 15 de octubre, el primer día de la temporada de caza de ciervos. El señor Fact sabe que la temporada de caza de ciervos comienza el 15 de octubre, pero cree que está cazando fuera de temporada porque ha leído mal el calendario y cree que hoy es 14 de octubre. El señor Law, por otro lado, sabe que hoy es 15 de octubre, pero cree que la temporada de caza comienza el 16 de octubre. Ambos creen que están violando la ley. Pero la ortodoxia sostiene que sólo el señor Fact puede ser condenado por intento de cometer un delito.

El problema es que si castigamos al señor Law, aparentemente le estamos permitiendo no sólo imaginar que está violando una ley, sino también imaginar la ley que está violando. Pero **(p. 838)** si hacemos eso, ¿qué culpabilidad le atribuiremos a su acto? ¿Es violar una temporada de caza hipotética el 16 de octubre tan culpable como violar la temporada de caza real del 15 de octubre? ¿Y qué pasa si alguien cree, erróneamente, que es un delito bailar los domingos y procede a hacerlo?

¿Hasta qué punto es culpable esa persona? ¿Se le puede considerar culpable de "intento de baile ilegal" cuando no existe ningún delito de baile ilegal ni se prevé ninguna pena para ello?

Podemos entender por qué el intento legalmente imposible se considera impune. Por otra parte, el Sr. Ley parece ser tan culpable como el Sr. Hecho. Además, como los errores de derecho pueden traducirse en errores de hecho (errores sobre los hechos que constituyen la ley, como qué palabras contiene la ley, qué significan esas palabras, etc.), la línea entre los errores de derecho y los errores de hecho puede borrarse. Supongamos, por ejemplo, que la ley de caza establece que se puede cazar ciervos cualquier día que ondee una bandera verde en la sede de pesca y caza, y no se puede cazar ciervos cualquier día que ondee una bandera roja. El Sr. Hecho (¿o es el Sr. Ley?) es daltónico y percibe la bandera verde como roja. No obstante, sale de caza, creyendo que está actuando ilegalmente. ¿Su intento es legalmente imposible o solo factualmente imposible? O considere que cada error de hecho puede traducirse en un error de derecho. El Sr. Hecho cree (erróneamente) que "es *ilegal* cazar *hoy en día* ". La persona que cree que está disparando un arma cargada contra alguien, cuando en realidad el arma está descargada, cree (erróneamente) que "es *ilegal* hacer lo que estoy haciendo". Y así con cada intento.

Aquí se plantea un profundo enigma. Por un lado, no queremos decir que quien crea equivocadamente que está violando una ley que es producto de su imaginación haya cometido un intento. Por otro lado, todos los intentos implican errores que pueden ser considerados errores de derecho. Y, sin duda, los señores Leyes del mundo pueden ser tan culpables y, por lo tanto, merecedores de castigo como los señores Hechos.

Tal vez lo que distingue a nuestro hipotético supuesto delincuente que baila los domingos del señor Law es que en este último caso hay *una* ley ('no se permite la caza de ciervos hasta el 15 de octubre') que está en la 'vecindaria' de la ley que imagina el señor Law ('no se permite la caza de ciervos hasta el 16 de octubre'). Esa no es una distinción muy sólida, ya que es solo de grado y no de tipo. Pero puede ser lo mejor que podemos hacer si deseamos preservar el vínculo entre la culpabilidad por intentar cometer un delito y la culpabilidad por intentar cometer *un*

delito. los delitos *prohibidos* y la existencia real de esos delitos.

Mi colega Michael Moore está en total desacuerdo con todo esto.49 Moore distingue entre los hechos que afectan al significado de la ley y los que afectan a su extensión. Si uno comete un error inculpatorio con respecto a un hecho significativo, no hay responsabilidad por tentativa. El tipo de acto que uno cree que está cometiendo no es ilegal, aunque crea —debido a errores de hecho que afectan al significado de la ley— que es ilegal. El tipo de acto que el Sr. Hecho cree que está cometiendo —cazar el 14 de octubre— es ilegal. El del Sr. Ley —cazar el 15 de octubre — es ilegal.

no lo es, *aunque* **(pág. 839)** *Lo que llevó al Sr. Law a creer que era ilegal fue un error de hecho* (por ejemplo, que el número 5 en la fecha del estatuto del 15 de octubre era un 6).

El argumento de Moore se basa en gran medida en la capacidad de distinguir los hechos que afectan al significado de la ley de los que afectan a su extensión. Por ejemplo, en mi hipótesis de bandera verde versus bandera roja, Moore describiría el error (percibir que una bandera verde es roja y luego creer que uno estaba cazando ilegalmente) como un error relacionado con la extensión, y el tipo de acto (cazar en un día con una bandera roja) como ilegal. Pero ¿no podría caracterizarse la ley como "es ilegal cazar hoy" y el error relacionado con el color de la bandera como un error de significado en lugar de un error de extensión? ¿Y no podría describirse el tipo de acto que el cazador cree que está cometiendo como "cazar en un día en que no se puede cazar"?

Consideremos el caso análogo de *Larkin v Grendel's Den, Inc.* ,50 en el que la ley efectivamente delegó a las iglesias el poder de prohibir bares ubicados a cierta distancia de sus instalaciones. Supongamos que el dueño de un establecimiento cree erróneamente que una iglesia vecina se ha opuesto a que abra un bar, pero lo hace de todos modos. ¿Ha cometido un error de derecho (es ilegal abrir un bar junto a esta iglesia) o solo uno de extensión? ¿La ley consiste solo en los hechos relacionados con lo que la

legislatura promulgó, o incluye los hechos relacionados con lo que su delegado, la iglesia, ha declarado? ¿El tipo de acto relevante es "abrir un bar cerca de esta iglesia" (no es ilegal) o "abrir un bar cerca de una iglesia que se ha opuesto" (es ilegal), dado que el dueño del bar podría describir su acto de ambas maneras?

Por último, el enfoque de Moore requiere una teoría de leyes individuantes, aunque la mayoría consideraría que la individuación es una cuestión de elaboración perspicaz en lugar de una cuestión con implicaciones sustantivas. Consideremos un caso que es el inverso de *Regina v Smith (David)* .5

1 En el caso original, el acusado, enfurecido con su arrendador, despojó su apartamento de los paneles que había instalado anteriormente. Acusado de destrucción deliberada de la propiedad de su arrendador, se defendió con éxito sobre la base de que no conocía la ley de instalaciones que convertía los paneles en propiedad del arrendador y, por lo tanto, creía que estaba destruyendo su propia propiedad. Supongamos que convertimos el caso de un error exculpatorio a uno de error inculpatorio. El acusado cree que los paneles *son* propiedad del arrendador (estudió los elementos fijos en la clase de Propiedad). Pero, sin que él lo sepa, la jurisdicción ha cambiado esa ley y los paneles ahora se consideran de su propiedad, no de su arrendador. Por lo tanto, no ha cometido el delito exitoso que pretendía de destruir la propiedad de su arrendador. ¿Ha cometido un intento?

Según el relato de Moore, el acusado podría describir su tipo de acto como "destrucción de la propiedad de otro" (ilegal) o Página 14 de 37

"Destruir la propiedad instalada en la propiedad de otro" (no es ilegal, pero se cree que lo es debido a otro error en cuanto al significado de la ley). ¿Se trata de un error en cuanto al significado de la ley penal o sólo de su extensión? ¿La ley penal del robo incluye la ley de la propiedad o no? ¿Y por qué debería importar eso?

(p. 840) 2.5.4 Rechazo de la ecuación de intentos y éxitos y el problema de la aproximación Causalidad52

He adoptado la postura de que la culpabilidad es lo único que importa para medir el merecimiento retributivo, y que el derecho penal sólo debería ocuparse de los intentos y de los actos subjetivamente imprudentes, no de si esos actos son objetivamente incorrectos o causan daño. Si se rechaza esa postura, como hacen todos los códigos penales y algunos teóricos del derecho penal, entonces quienes la rechazan deben afrontar el problema de la causalidad próxima. Es decir, una vez que se considera que el éxito y no sólo la culpabilidad es un factor en el merecimiento retributivo, hay que distinguir entre aquellos cuyos actos culpables causan resultados prohibidos y preguntarse quién de ellos causó los resultados de la manera que se suma a su merecimiento negativo.

Lo que se suele denominar causa de hecho no es una cuestión teórica importante. La investigación de la causa de hecho simplemente pregunta si el resultado prohibido se habría producido si el actor culpable no hubiera actuado como lo hizo. La respuesta suele ser bastante sencilla, excepto en los casos de sobredeterminación, en los que se suele considerar suficiente para que haya mérito negativo adicional que el acto del acusado sea una causa suficiente del resultado. (Sin embargo, no se suele explicar por qué el hecho de ser una causa suficiente en lugar de una necesaria aumenta el mérito negativo). La investigación de la causa próxima pregunta quiénes de los actores culpables que han causado el resultado prohibido de hecho no deberían ser considerados, no obstante, como los que lo han causado en el sentido de que merecen mérito negativo. Estos últimos son aquellos que no han "causado de manera próxima" el resultado porque la cadena causal desde su acto culpable hasta el resultado es del tipo incorrecto para hacerlos responsables del resultado.

Existen dos tipos principales de cadenas causales que plantean la cuestión de la causalidad próxima. Una es la cadena causal desviada. He aquí un ejemplo: Ed quiere matar a Edna y reemplaza el agua del vaso que está junto a su cama por veneno.

Edna se despierta por un trueno, que también sacude la mesita de noche, haciendo que el veneno se derrame. Edna salta de la cama, se resbala en la mancha húmeda causada por el derrame, se golpea la cabeza y muere. Aquí hay otra ilustración. Ed le dispara a Edna, con la intención de matarla. La bala falla, rebota en una lámpara de araña, que cae sobre Edna y la mata. O, asustada por el disparo fallido, Edna sale corriendo de la casa y sale a la calle, donde es atropellada por un coche y muere.

O bien la bala la hiere gravemente y años después sucumbe a una infección que no la habría matado si no fuera por su debilitada condición.

La otra cadena causal que plantea problemas de causa próxima es la que implica la intervención no planificada de otros malhechores. Ed le dispara a Edna, con la intención de matarla, y la abandona pensando que está muerta en una zona peligrosa de la ciudad. En realidad, no está muerta, pero **(p. 841)** más tarde es asesinada por uno de los muchos criminales salvajes del barrio donde Ed la dejó, o por la negligencia de un empleado del hospital al que la llevan.

No creo que haya manera de resolver satisfactoriamente estas cuestiones sobre cuándo el actor merece o no un merecimiento negativo mayor debido a los resultados que ha logrado. Todas las respuestas tienen el tono de *un ipse dixits arbitrario* . Y la razón es que las preguntas son erróneas. Los resultados no pueden sumarse a la culpabilidad, y la culpabilidad es todo lo que es material para el merecimiento, por las razones dadas en la discusión previa de la distinción entre intento/éxito. Como los resultados *no pueden* afectar el merecimiento, es inútil preguntar si el resultado es producto de una afirmación causal tan desviada, o tan influida por otros factores que *no debería* afectar el merecimiento.

2.6 La individualización de los delitos

He sostenido que la clave del merecimiento negativo es el acto culpable, independientemente de que sea objetivamente ilícito o cause daño o no. Sin embargo,

consideremos los siguientes ejemplos. Al quiere matar a Bob y le dispara un tiro el lunes. No le da en el blanco.

El martes, vuelve a disparar, pero también falla. Y así hasta el sábado. Al ha cometido seis intentos de asesinato. Compárese a Al con Carl, que, al intentar matar a Dan, dispara todas las balas de su revólver en rápida sucesión.

¿Carl ha cometido seis intentos de asesinato o sólo uno?

O pensemos en Ed, que obliga a Fran a tener relaciones sexuales el lunes, obliga a Felicia a tener sexo el martes, y así sucesivamente.

Ed ha cometido varios delitos sexuales. Supongamos, sin embargo, que secuestra a Fran y luego la obliga a realizar varios actos sexuales diferentes en un corto período de tiempo. ¿Ha cometido varios delitos sexuales o solo uno?

Por último, pensemos en George, que cada día, durante diez días, saca 20 mil millones de dólares del bolsillo de Harry. Ha cometido diez robos. Supongamos, sin embargo, que saca 200 dólares de un tirón. ¿Un robo de 200 dólares o diez robos de 20 dólares? ¿Importaría si saca los 200 mil millones de dólares de uno en uno, pero todos en unos pocos segundos?

Estos ejemplos plantean el problema de individualizar los actos culpables.53 Si preguntamos cuántos movimientos corporales intencionales han ocurrido, encontramos que tanto Al como Carl han cometido seis intentos de homicidio, Ed ha cometido varios delitos sexuales sin importar el tiempo transcurrido entre ellos o el número de víctimas, y George ha cometido diez robos si retira los billetes de uno en uno, ya sea durante diez días o unos pocos segundos, pero solo un robo si los retira todos a la vez.

Si pensamos que Al merece más castigo que Carl, que Ed merece más castigo si actúa durante varios días con varias víctimas, y que George merece más castigo si actúa

durante varios días pero no si retira el dinero un billón a la vez en unos pocos segundos, ¿qué explica nuestra intuición? ¿Creemos que **(p.**

842) ¿La culpabilidad y, por lo tanto, el merecimiento negativo están sujetos a un "descuento por volumen"?54 Si es así, ¿por qué? ¿Acaso creemos que la base real del merecimiento es el carácter y que los actos culpables son meramente evidencia de los rasgos que el merecimiento rastrea? Eso podría explicar por qué, por ejemplo, el hecho de que Carl disparara seis tiros a la vez no parece ser seis veces peor que el de que Al disparara un tiro.

Creo que el problema de la individualización de los actos culpables presenta dificultades para alguien como yo, que considera que los actos culpables son la base del merecimiento negativo y que rechaza el carácter como base del merecimiento excepto en la medida en que se manifiesta en los actos culpables. No ofrezco aquí ninguna solución al respecto, pero invito a quienes tienen aproximadamente la misma visión que yo sobre el castigo a que intenten resolverlo.

2.7 Justificación

Los académicos y los tribunales han debatido una serie de cuestiones relativas a las defensas justificativas: ¿qué marca la distinción entre una justificación y una excusa? Cuando comete lo que de otro modo sería un delito, ¿qué estado mental debe tener el acusado con respecto a una justificación para poder alegarla? ¿Es la (ausencia de) justificación simplemente parte de la definición de un delito, o es mejor conceptualizar las justificaciones como algo distinto de los delitos que anulan? ¿Cuáles son las bases morales de justificaciones como los "males menores" y la legítima defensa?

Voy a ofrecer algunas respuestas a estas preguntas, aunque sin todos los argumentos necesarios para sustentarlas. Espero que la coherencia y claridad que aporten mis respuestas sean lo suficientemente contundentes como para compensar la falta de argumentación.

En primer lugar, creo que lo más lógico es considerar las justificaciones como meras excepciones a los delitos. En otras palabras, se puede pensar en un delito según el modelo de “no hagas *X* a menos que *Y* o *Z* ”. *Y* y *Z* califican la orden general de abstenerse de *X*. La excepción *Y* podría referirse a circunstancias en las que no está presente el daño normal asociado con *X*.

La excepción *Z* , por otra parte, podría referirse a circunstancias en las que el daño asociado con *X* existe pero es menor que el daño de abstenerse de *X*. Aunque tanto *Y* como *Z* son excepciones al delito de *X* , las excepciones de tipo *Z* son las que consideramos como "justificaciones". No obstante, al igual que las excepciones de tipo *Y* , las justificaciones (tipo *Z*) pueden incluirse en el derecho penal como excepciones calificativas y, a menudo, lo son. Incluso cuando se expresan por separado, son funcionalmente equivalentes a las excepciones incluidas en las prohibiciones penales mismas. 55

En segundo lugar, cuando uno comete lo que de otro modo sería un delito en circunstancias en las que hay una justificación, no ha cometido ningún mal ni ha causado ningún resultado prohibido **(p. 843)** . Si uno actuó sin saber que existía la justificación, entonces en realidad ha intentado cometer un delito pero no ha tenido éxito en cometerlo, como tampoco sucedería si uno no fuera consciente de una circunstancia excepcional que hiciera inofensivo su acto normal y dañino. 56 Además, dado que los intentos y los éxitos, al ser igualmente culpables, merecen el mismo merecimiento retributivo, nada depende de la cuestión de si el actor justificado sin saberlo debe ser considerado como si hubiera cometido sólo un intento. (Sospecho que la naturaleza intratable del argumento sobre si el actor que sin saberlo está justificado ha cometido un crimen con éxito o sólo un intento se debe en parte al hecho de que hay *un* daño, aunque no un daño neto, y en parte a la opinión de que los éxitos y los intentos deben recibir castigos diferentes.) Y el actor que es consciente de las circunstancias justificantes pero no está motivado por ellas (habría cometido el crimen en ausencia de la justificación) debe ser considerado como si no hubiera cometido (o intentado) el crimen. Ha tenido la buena

(desde su punto de vista) suerte circunstancial de poder hacer lo que normalmente se le prohibiría hacer.

Y así como el multimillonario que tiene el carácter de un ladrón pero que tiene la suerte de poder ganar dinero sin robar, o la persona que disfruta matando y que consigue el trabajo de verdugo, el actor justificado que hubiera actuado sin la justificación o que se aprovecha de la justificación para actuar con razones deshonrosas no comete un acto culpable, por muy desagradable que sea su carácter.

En tercer lugar, debido a que las justificaciones son excepciones a los delitos (funcionalmente incorporadas a las definiciones de los delitos), quien erróneamente pero no culpablemente cree que está justificado no ha cometido el delito, pero sólo porque carece de *mens rea.57* Sin embargo, debido a que ha participado en la conducta prohibida o ha causado el resultado prohibido, *no es* un actor *justificado* . Más bien, está a la par con el actor que tiene una excusa. Esto es importante como cuestión teórica porque impide un choque de actores justificados. Un actor justificado puede chocar con un actor excusado o de otro modo no culpable, pero no con otro actor justificado.

En cuarto lugar, a diferencia de las justificaciones, las excusas no son excepciones a los delitos. Más bien, socavan la culpabilidad, ya sea al demostrar que el actor no es un agente racional y, por lo tanto, no es moralmente responsable, o al demostrar que las razones personales del actor para actuar, aunque inadecuadas para justificar su acto desde una perspectiva imparcial, no obstante disminuyen su culpabilidad por ello porque los actores ordinarios encontrarían esas razones **(p. 844)** convincentes. Obviamente, los factores que determinan las excusas son personales de cada actor y pueden proteger sólo a ese actor de la responsabilidad. Por otra parte, si un acto está justificado, no es un delito para nadie.

En quinto lugar, las razones sustantivas que justifican los delitos están a la par de las razones sustantivas de las

prohibiciones que califican. Como estas últimas pertenecen a la parte especial del derecho penal, las razones justificativas también deben considerarse en la parte especial y no en la parte general. No obstante, aquí consideraré dos justificaciones básicas, una que califica todos los delitos (la defensa del mal menor) y otra que califica los delitos de agresión y homicidio (la defensa de uno mismo, de los demás y de la propiedad contra los agresores).

2.7.1 La defensa del mal menor

La defensa del mal menor es una justificación residual y libre que se aplica a todos los delitos (aunque en algunas jurisdicciones no al homicidio). Si el daño que se pretende evitar con el acto delictivo es mayor que el daño que el acto causaría, se permite al autor elegir el acto delictivo (o lo que de otro modo sería el acto delictivo). 58 (Las justificaciones son siempre permisos para hacer lo que de otro modo sería delictivo, no requisitos para hacerlo. Esto está en consonancia con la negativa general del derecho penal a castigar las omisiones).

Lo que se considera un "mal menor" no está especificado por la legislación, sino que se deja para el desarrollo de cada caso. Sin embargo, hay dos aspectos de la defensa que son interesantes como cuestión teórica. En primer lugar, a pesar de su redacción, la defensa de los males menores no necesariamente encarna una filosofía social utilitarista en la que evitar un daño mayor siempre justifica cometer uno menor. La defensa es perfectamente coherente con las restricciones deontológicas que hacen hincapié en cómo se evita un daño mayor. Así, tomemos el par clásico de hipótesis en el que quitar una vida puede salvar cinco: el problema del tranvía y el problema del cirujano. En el problema del tranvía, alguien puede desviar un tranvía fuera de control de la vía principal, en la que cinco trabajadores, ajenos al tranvía, están trabajando, hacia una vía secundaria en la que está trabajando un trabajador. El consenso general, incluso entre los deontólogos, es que es permisible desviar el tranvía. En el problema del cirujano, un cirujano puede extraer cinco órganos de un paciente sano y desprevenido y trasplantarlos a cinco pacientes que de otro modo morirían.

Los deontólogos niegan que el cirujano pueda hacerlo. La diferencia entre los dos casos para el deontólogo es que en el caso del cirujano, pero no en el de la carretilla, la víctima es la única víctima.

'usado' para salvar el cinco.59

Ahora bien, la defensa del mal menor es sin duda coherente con esta distinción deontológica. Lo único que hay que decir es que en el caso del cirujano, matar al paciente no es en el sentido apropiado un "mal menor" que la muerte de los cinco, aunque sí es un "daño menor".

El segundo punto teórico interesante sobre la defensa de los males menores es que, tal como se formula habitualmente, no se aplica si está claro que el legislador, al prohibir **(p. 845)** la conducta en cuestión, consideró el tipo de daño que la violación de la prohibición podría prevenir y rechazó una excepción para ese tipo de daño.60 Por lo tanto, si el legislador ha considerado la excepción del carro a la prohibición del homicidio y la ha rechazado explícita o implícitamente, entonces quien desvía el carro no puede invocar la defensa.

La noción de un rechazo implícito de una excepción es más problemática de lo que parece. Las prohibiciones de la

La filosofía del derecho penal

El derecho penal son reglas y, como todas las reglas, son contundentes, demasiado o poco inclusivas en relación con sus justificaciones de fondo. Cuando un legislador promulga la regla “No matar”, presumiblemente es consciente de que la regla es o puede ser demasiado o poco inclusiva. Por lo tanto, cuando un acusado invoca la defensa de los males menores y afirma que la regla sería demasiado inclusiva en su caso, ¿es posible argumentar que al emitir una regla contundente, el legislador ha rechazado implícitamente una excepción como la que él está reclamando? Aquí hay una profunda cuestión filosófica con respecto a la compatibilidad de las reglas y las excepciones implícitas basadas en la moralidad de fondo.61

2.7.2 Defensa de uno mismo, de los demás y de la propiedad contra los agresores

Es una defensa universal contra el delito de agresión el que uno estaba defendiendo su propiedad contra un ladrón, y es una defensa universal contra el delito de homicidio el que uno estaba defendiendo su persona o la de otra persona contra una agresión gravemente violenta.

Los aspectos filosóficamente interesantes de estas defensas de fuerza defensiva son, primero, hasta qué punto deben verse limitadas por los requisitos de retirada, fuerza proporcional e inminencia del peligro y, segundo, hasta qué punto deben ser vistas como justificaciones en lugar de excusas.62

Aunque no puedo explicar aquí el argumento completo, creo que estos dos enigmas filosóficos son interdependientes. En pocas palabras, en los casos en que el agresor no es culpable (carece de *mens rea* , tiene una excusa, es un niño, etc.), la fuerza defensiva debe conceptualizarse como una excusa y asimilarse a la excusa general de la coacción. Además, para que se la pueda excusar, el acusado no debe haber podido retirarse o ceder de otro modo un derecho que proteja un interés menor que el que pierde el agresor si el acusado emplea la fuerza defensiva.

En efecto, no es un mal menor —el paradigma de todas las justificaciones verdaderas— que un agresor inocente sufra un daño para evitar un daño menor al que emplea la fuerza defensiva (o a alguien a quien está protegiendo). E incluso cuando el defensor no tiene otra alternativa que quitarle la vida al agresor inocente para salvar la suya, no se trata de elegir el mal menor, sino de una elección trágica y excusable.

(p. 846) Por otra parte, cuando el agresor es culpable —e incluso si los agresores superan en número a los defensores — la idea de que dañar o matar al agresor o a los agresores es un mal menor parece más aceptable. De hecho, en los casos de agresión culpable, lo que es controvertido no es si uno está justificado en usar la fuerza para defenderse a sí mismo o a otros. En cambio, lo que es controvertido son los

requisitos estándar para emplear la fuerza defensiva justificada: la retirada debe ser imposible y, lo que es equivalente, la fuerza empleada debe ser proporcional al daño amenazado.

(Estos son equivalentes porque tanto la retirada como la fuerza proporcional requieren que el defensor ceda sus derechos: si el defensor se retira, cede el derecho a permanecer donde estaba; si debe usar la energía y sufrir el dolor de los puños desnudos en lugar de perdonar ambos con un arma, cede el derecho a no verse obligado a gastar energía y sufrir dolor; y si la fuerza proporcional no sirve de nada, debe ceder el derecho que el agresor está violando. Ejemplos típicos de esto último son los robos y las intrusiones a cierta distancia del propietario, que sólo puede impedirlos con un arma, o las pequeñas agresiones infligidas, por ejemplo, por un hombre grande a una mujer pequeña, que también puede impedirlas sólo con fuerza letal.) Cuando el agresor es un agresor culpable, estas limitaciones al uso defensivo de la fuerza son cuestionables. Seguramente sería permisible hacer que incluso los delitos menores fueran extremadamente peligrosos para los actores culpables.

Por ejemplo, rodeando el manzano con un foso lleno de tiburones y colocando las advertencias correspondientes. Sin embargo, cuando los agresores no son culpables, el uso de la fuerza para resistir no es un "mal menor" que sufrir el daño, retirarse o emplear sólo una fuerza proporcional, y parece, en el mejor de los casos, excusable más que justificable.63

Debo señalar que mi referencia a los "agresores culpables" está en conflicto con lo que dije sobre los intentos incompletos, si no es que es contradictorio con ello. Consideré que estos últimos no son culpables porque el actor aún no ha creado un peligro para los intereses de los demás y todavía tiene control sobre si se crea o no dicho peligro. Aunque el estado mental actual del actor puede mostrar una "insuficiente preocupación", sus acciones aún no lo han hecho (al menos en la medida en que comprende su acción y los riesgos que ésta representa para los demás).

Toda fuerza defensiva, sin embargo, es preventiva: ocurre *antes* del acto al cual es una respuesta anticipatoria.

Por lo tanto, el "agresor" al que se dirige, como máximo, habrá cometido un intento incompleto. (Si ha cometido un intento completo, entonces el uso de la fuerza contra él no es defensivo.) Entonces, ¿en qué sentido es "culpable" un agresor culpable si no ha cometido un intento completo, y si los intentos incompletos no son actos culpables? Puede tener un mal carácter y puede tener la intención de hacer daño, pero no es un *actor culpable* .

Si me obligaran a elegir entre cambiar mi posición sobre los intentos incompletos y cambiar mi posición sobre las respuestas a los "agresores culpables", cambiaría esta última y trataría toda la fuerza defensiva preventiva como excusable en lugar de justificable. Por otra parte, se podría intentar conciliar las posiciones argumentando que los culpables **(p.**

847) El agresor *es* actor culpable, *no respecto del delito que pretende cometer, sino respecto de creando injustificadamente en sus víctimas o en sus defensores un temor a ser atacados* .

Por último, *la cuestión de cuándo* se producirá el ataque del agresor si no se lo previene con un ataque defensivo es relevante sólo en la medida en que afecta a la probabilidad del ataque y a las vías de retirada y modos alternativos de defensa. La inminencia del ataque no tiene relevancia independiente.

2.8 Excusa

Quien alega una excusa para una conducta que de otro modo sería culpable puede estar afirmando que no es un actor racional y, por lo tanto, no es moralmente responsable, o que la decisión de abstenerse de cometer un delito o de intentarlo fue difícil en un sentido que reduce o

elimina su culpabilidad por ello. Las tres principales defensas de excusa que examinaré son la locura, la intoxicación y la coacción. Una cuarta, la infancia, es similar a la locura en el sentido de que equivale a afirmar que el delincuente no es un actor moralmente responsable debido a una condición (en este caso, la inmadurez) que afecta su evaluación de las razones o su control volitivo.

2.8.1 Locura

La defensa por locura generalmente requiere que el delincuente pruebe que en el momento en que actuó, tenía una enfermedad o defecto mental que afectó su capacidad para comprender la naturaleza de su conducta o su control volitivo de la misma.64 Las preguntas centrales con respecto a la defensa son si el aspecto cognitivo de la defensa agrega algo al requisito ordinario de *mens rea* (especialmente si se omite la negligencia) y si el aspecto volitivo se refiere a algo real, es decir, si hay "impulsos irresistibles".65

La primera pregunta es: ¿puede uno poseer los estados mentales de propósito, conocimiento o imprudencia (lo que he unificado como "interés insuficiente") y, sin embargo, debido a una enfermedad mental, no apreciar la naturaleza de su conducta de una manera que lo vuelve no culpable? 66 Si no es así, entonces el aspecto cognitivo de la defensa de la locura es superfluo dado el requisito *de mens rea* . No tomo ninguna posición sobre esta cuestión más allá de señalar que incluso si es posible actuar con *mens rea* pero ser no culpable por razones cognitivas, el requisito de que esas razones cognitivas estén vinculadas a la enfermedad mental parece gratuito. Incluso si todos esos deterioros cognitivos estuvieran vinculados de esa manera, ¿por qué hacer de eso un requisito? Tal vez la enfermedad mental sirva como evidencia de que la afirmación de **(p. 848)** deterioro cognitivo no es falsa, y la ausencia de enfermedad mental desencadena una presunción concluyente de que no hubo deterioro.

Se pueden plantear preguntas similares en relación con el componente volitivo. ¿Existen, de hecho, actores que son tan impulsivos que no pueden ser considerados responsables y, por lo tanto, culpables? Y, de ser así, ¿qué

aporta el requisito de enfermedad mental, excepto pruebas que apoyen la afirmación de impulsividad?

Por último, dado que la presencia de un acto culpable voluntario es normalmente parte de la carga de la prueba de la acusación (más allá de toda duda razonable), ¿por qué la locura debería ser una defensa en absoluto en lugar de simplemente una negación de la acusación?67

Aunque esperaríamos que un acusado que sufre una enfermedad mental que socava su culpabilidad presente evidencia afirmativa de ese hecho, no esperamos que los fiscales *refuten* afirmaciones no planteadas como la locura.

—Esta "carga de la producción" es diferente de la carga de la prueba. Esta última recae sobre la acusación con respecto a todos los elementos de los delitos, y un acto culpable debería ser un elemento de todos los delitos (en mi opinión, realmente el único elemento).

Una última cuestión que se abordará mejor en relación con la defensa por demencia es si los psicópatas, que en cierto sentido comprenden perfectamente la naturaleza de sus actos criminales y tienen una capacidad normal para controlar sus impulsos, deberían ser considerados no moralmente responsables.68 La base para tal conclusión sería que los psicópatas no comprenden las razones morales *en cuanto* razones morales, y que tal comprensión es esencial para la culpabilidad. Los defensores de esta posición no sólo deben demostrar que los psicópatas carecen de tal comprensión, y que tal comprensión es necesaria para la culpabilidad. También deben demostrar que los psicópatas difieren en tipo y no en grado de los actores culpables ordinarios, o que la incapacidad de comprender una razón moral como un tipo distintivo de razón es diferente de la incapacidad de comprender el *peso* de las razones morales en relación con otras razones. Dejo a otros la decisión de si esas afirmaciones pueden ser reivindicadas.

2.8.2 Intoxicación

Seré muy breve. Aunque la intoxicación se considera tradicionalmente como una excusa exculpatoria, no lo es. Más bien, la intoxicación funciona en el derecho penal como un factor *inculpatorio* , no exculpatorio. La intoxicación involuntaria es irrelevante para la culpabilidad en sí, aunque puede dar lugar a que el actor no sea consciente de que está creando un riesgo injustificable y, por lo tanto, explicará la falta de culpabilidad del actor.

Por otra parte, la intoxicación voluntaria sólo puede aumentar la responsabilidad penal, no disminuirla. Por lo general, si un actor comete un acto sin saber que con ello está imponiendo un riesgo injustificable de daño o de mala conducta, y la causa de su ignorancia es la intoxicación voluntaria, la ley lo considera culpable de daño o mala conducta imprudente **(p. 849)** . En otras palabras, su intoxicación voluntaria, aunque no sea punible cuando no conduce a más daños, sustituye al estado mental real de imprudencia cuando sí conduce a más daños o mala conducta.69

Un camino teóricamente preferible para aquellos como yo que quisieran separar el merecimiento de los resultados sería considerar la intoxicación voluntaria como un delito menor en algunas circunstancias (aquellas que tienen más probabilidades de conducir a una conducta perjudicial posterior). Eso podría presentar algunas dificultades prácticas insuperables, pero al menos eliminaría el sistema actual en el que la intoxicación puede o no ser criminal dependiendo de la suerte de las consecuencias. (El mismo enfoque debería adoptarse con aquellos que realizan acciones que saben que crean riesgos injustificables de que más tarde causarán daño sin culpa alguna: aquellos que se someten a hipnosis por hipnotistas malvados, conducen automóviles sabiendo que son susceptibles a sufrir ataques o se ponen en circunstancias que saben que pueden desencadenar impulsos incontrolables de hacer daño).

2.8.3 Coacción

La excusa de locura examina las deficiencias del actor que socavan la responsabilidad moral. La excusa de coacción,

por otra parte, examina las circunstancias del actor y pregunta si éstas hicieron que la elección de evitar una conducta que de otro modo sería delictiva fuera tan difícil para él que su culpabilidad por elegir la conducta delictiva se ve disminuida parcial o totalmente. En los casos de coacción, las circunstancias del actor no *justifican* su elección, que de otro modo sería delictiva. La elección no es de un mal menor, al menos no desde un punto de vista imparcial (si lo fuera, la justificación del mal menor la cubriría). Más bien, la elección, aunque no de un mal menor cuando se consideran imparcialmente los intereses de todos (o cuando se tienen en cuenta los derechos deontológicos de todos), *es* de un mal menor desde el punto de vista del actor.

El actor da a su vida y a su integridad física y a las de su familia más peso en relación con los intereses de los demás que el que se les daría desde un punto de vista imparcial. La excusa de la coacción excusa a algunos actores que muestran a otros

intereses insuficientemente preocupados porque el que se preocupen más por sus propios intereses es comprensible y no culpable.

Una cuestión filosófica en relación con la coacción es qué intereses personales del actor tienen suficiente peso desde el punto de vista personal como para excusar su inacción en función de las razones morales. Un caso claro a favor de la excusa sería aquel en el que el actor viola una restricción deontológica pero impone un daño pequeño en relación con el que de otro modo habría sufrido. Así, un actor que se enfrenta a una amenaza de muerte inminente a menos que robe medicamentos de un farmacéutico sin duda tendría derecho a la defensa. (No debería importar si la amenaza de muerte proviene de otra persona, como exige actualmente la defensa, o de causas naturales, un punto que muchos críticos han señalado). Tal vez incluso el cirujano debería tener derecho a la defensa si los cinco pacientes moribundos que salva son sus hijos.

(p. 850) Otro tipo de caso que se cubre con la excusa es aquel en que no hay restricciones deontológicas, el daño que el actor impone a la víctima es mayor que el daño

amenazado al actor o a su familia que evita dañando a la víctima, pero este último daño es de tal magnitud que no esperamos que nadie, excepto los heroicos, se someta a él. Si, amenazado de muerte por personas o causas naturales, el actor para evitar esta amenaza debe conducir su automóvil en dirección a dos niños inocentes, esperamos que lo haga aunque no sea la elección moralmente correcta. No lo consideramos culpable por elegir mal en tales circunstancias.

Como argumenté anteriormente, creo que todos los casos de fuerza defensiva contra agresores injustificados pero no culpables...

Cualquiera sea la razón por la que no sean culpables, en la medida en que dicha fuerza defensiva sea en sí misma no culpable, debería caracterizarse como excusable en lugar de justificable70. (Supongo que la justificación del mal menor no está disponible). De hecho, creo que tales usos de la fuerza encajan en el paradigma de la coacción.7

1 La persona que cree que va a

ser baleado por niños armados que son demasiado jóvenes para ser moralmente responsables, por lunáticos o por aquellos que carecen de *mens rea* (por ejemplo, porque han sido mal informados de que el defensor está a punto de hacer estallar un edificio) seguramente enfrenta una amenaza que hace que su uso de la fuerza sea excusable, pero desde un punto de vista imparcial, la muerte del atacante o atacantes no es un mal menor que la lesión o muerte del actor.

Los requisitos que obligan al defensor a ceder ciertos intereses menores para evitar el empleo de la fuerza o de la fuerza letal

—los requisitos de retirada y proporcionalidad— funcionan como limitaciones a la excusa de la coacción en casos de agresión no culposa, aunque no se ajustan al uso de la

fuerza defensiva contra agresores culpables. Como el defensor no está justificado, sino solo excusado, de dañar al agresor, debería enfrentarse a una pérdida tan terrible como la que está imponiendo.

Por último, tal como lo he expuesto, la defensa de la coacción se centra en la compulsión racional, no psicológica. Es decir, cometer el delito bajo coacción es una elección altamente racional, aunque no sea la elección moralmente correcta; no es un impulso que las circunstancias hacen irresistible. Sin embargo, algunos consideran que la coacción equivale a una afirmación de impulso irresistible, donde la cuestión normativa es si la incapacidad del acusado para resistir el impulso de cometer el delito muestra un defecto de carácter por el que se le puede culpar (por ejemplo, cobardía excesiva). Quienes adoptan este punto de vista de la coacción obviamente adoptan un enfoque de carácter más que de elección culpable para el merecimiento negativo. Para quienes, como yo, adoptamos un enfoque de elección culpable para el merecimiento, un impulso verdaderamente irresistible, refleje o no un mal rasgo de carácter (cobardía excesiva o codicia), no es culpable, aunque puede reflejar, como los daños no culposos cometidos debido a la intoxicación, actos culpables previos que previsiblemente llevaron a la incapacidad de controlar el impulso en cuestión.

(p. 851) 3 Derecho penal: La parte especial

Esta sección será breve en comparación con la anterior. La parte especial del derecho penal pregunta qué intereses de los demás son tales que quien muestra un interés insuficiente por ellos en sus actos merece un castigo. Y responder a *esa* pregunta requiere una teoría normativa general, que está más allá del alcance de esta entrada. Hay algunas cosas que se pueden decir sobre la forma que debe tener una teoría normativa de ese tipo para que sea coherente con la explicación del derecho penal antes mencionada.

3.1 Sensibilidad al desierto

Si una teoría normativa no tiene lugar para el merecimiento —como es el caso, por ejemplo, de una teoría bienestarista exhaustiva— entonces no puede combinarse con una explicación del derecho penal que tome el merecimiento negativo como su característica organizadora central.

En otras palabras, si, como he sostenido, el derecho penal se distingue por su enfoque en el merecimiento negativo, entonces la teoría normativa que nos dice qué intereses debe proteger el derecho penal en su parte especial debe ser compatible con el castigo basado en el merecimiento. Y esa es una limitación significativa en el rango de teorías normativas disponibles para una teoría de la parte especial.

3.2 Teorías liberales versus perfeccionistas de la parte especial

Tal vez el intento más importante del siglo pasado de desarrollar una teoría de la parte especial del derecho penal es la obra magistral de cuatro volúmenes de Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law.*[72] Feinberg cree que el derecho penal sólo puede aplicarse legítimamente a conductas que causan daño o que causan delitos graves. (Más sobre los delitos graves a continuación.) "Daño" para este propósito "se refiere a aquellos estados de interés negativo que son consecuencia de actos u omisiones ilícitos de otros".[73] Por lo tanto, "las decepciones transitorias, las "dolores" físicas y mentales menores, y una variedad de estados mentales desagradables", aunque son males, no son daños para Feinberg porque no implican perjuicios de intereses.[74] Tampoco los perjuicios de intereses son causados por una conducta que es moralmente permisible (como la competencia comercial o la legítima autodefensa), o que es consentida por la persona cuyos intereses se establecen.

(p. 852) atrás.7

5 Por otra parte, los actos que injustificadamente entrañan un riesgo de daño sí caen dentro del principio de daño y pueden ser legítimamente castigados, como también lo pueden ser los actos por lo demás inofensivos que causan daño cuando se acumulan.76

No todos los daños causados por una conducta ilícita justifican un castigo penal. Por ejemplo, los daños causados por una conducta imitativa no deberían imputarse a la conducta imitada a los efectos del castigo penal en ausencia de 77

culpabilidad extrema.77 Además, incluso la nocividad de una conducta no es suficiente para su criminalización: la criminalización en sí misma causa daño y no puede justificarse a menos que el daño que causa sea menor que los daños causados por la conducta criminalizada.78

Feinberg parece aceptar la necesidad de la inmoralidad para la ilegalidad (criminal). En general, rechaza la proscripción penal de una conducta que es dañina sólo para quienes la practican voluntariamente (paternalismo legal) (porque no se les hace daño). 79 Pero rechaza la suficiencia de la inmoralidad para el castigo penal. Si la conducta inmoral no causa daño a otros, o causa un daño a otros demasiado minúsculo para justificar los daños causados por el castigo penal, entonces no puede ser castigada legítimamente a través de la ley penal. 80 La posición de Feinberg es, por lo tanto, consistente con el retribucionismo débil, pero no con el fuerte.

La postura de Feinberg sobre la aplicación legal de la moralidad es, por supuesto, bastante controvertida. Muchos consideran problemática su negación de que la conducta que causa daño a través de la imitación por parte de otros deba considerarse dañina en el sentido de que justificaría la proscripción penal, al menos en ausencia de un grado muy alto de culpabilidad. (Feinberg, sin embargo, permite el castigo penal de quienes "incitan" a otros a participar en una conducta dañina;8

1 y parece que

(Feinberg no aprueba la responsabilidad civil incluso para aquellos cuya conducta es dañina y imitada por otros.) Igualmente controvertido, Feinberg niega que los efectos

nocivos de la conducta inmoral en el carácter del actor deban considerarse un daño que justifique un castigo penal, incluso si adquirir un carácter vicioso es malo para el propio actor, incluso si el actor desea evitar adquirir dicho carácter (autopaternalismo), e incluso si alguien con un carácter vicioso tiene más probabilidades de dañar a otros de manera ilícita. 82 (Feinberg parece no rechazar como una cuestión de principio la criminalización de la conducta que causa daño a otros solo al causar rasgos de carácter viciosos; pero es bastante escéptico sobre la eficacia del derecho penal en ese esfuerzo.) 83 Y, de manera similar, Feinberg niega que los efectos groseros de inmoralidades inofensivas en la cultura pública deban considerarse daños a otros que justifiquen la intervención penal. 84

Por último, rechaza la opinión, asociada con Patrick Devlin en su debate con HLA Hart, de que una comunidad puede legítimamente criminalizar una conducta inmoral que de otro modo sería inofensiva sobre la base de que los actos inmorales impunes **(p. 853)** socavan el código moral que define a la comunidad y, por lo tanto, amenazan la existencia de la comunidad *como* comunidad.85

Feinberg propone una noción bastante amplia de inmoralidad, que incluye conductas que no causan daño a otros en el sentido que le da Feinberg de causar daño, como las depravadas y degradadas. El principio de daño que esboza no define la conducta inmoral, sino que limita su regulación legítima a través del derecho penal, lo que deja varias vías disponibles para atacar la postura de Feinberg.

En primer lugar, se podría aceptar tanto la amplia concepción de Feinberg de la conducta inmoral como el principio del daño, pero rechazar la visión restrictiva de Feinberg de este último. De este modo, se podría tener una visión más amplia del daño y, por lo tanto, del alcance del derecho penal. O se podría adoptar una visión más generosa que la de Feinberg sobre cómo la conducta inmoral *causa* daño a otros. Así, se podría sumarse a Devlin al afirmar que la destrucción de un código moral que define a la comunidad debería considerarse un daño que justifica un castigo penal. O se podría afirmar que los efectos de

embrutecimiento en la cultura pública son un daño de ese tipo, o que los vínculos causales entre la inmoralidad, la formación de un carácter vicioso y el daño a otros son lo suficientemente fuertes como para justificar la proscripción penal de la inmoralidad.

Alternativamente, se puede aceptar la posición filosófica que Feinberg rechaza —el moralismo legal, la posición de que la inmoralidad es suficiente para la criminalización— pero llegar a conclusiones similares a las de Feinberg al rechazar la amplia visión de Feinberg sobre lo que se considera inmoral. Por ejemplo, Ronald Dworkin, en su contribución al debate contra la posición de Devlin sobre la criminalización, argumentó no contra el moralismo legal de Devlin, sino más bien contra la visión bastante acrítica de Devlin sobre lo que se considera inmoral.86 La posición de Dworkin era que algo muy parecido al principio de daño de Feinberg o Mil funciona no como una restricción externa sobre qué tipos de conducta inmoral pueden ser legítimamente criminalizados, sino más bien como una restricción interna para definir la conducta como "inmoral". De manera similar, Michael Moore apoya el moralismo legal y su principio de que quienes hacen el mal merecen ser castigados.87 No obstante, la concepción de Moore de lo que cuenta como "mal" es mucho menos amplia que la de Devlin y operativamente mucho más cercana a la conducta que el principio de daño de Feinberg permitiría que fuera castigada.88

Por último, se podría sostener, como Feinberg, que la clase de conducta inmoral incluye mucho de lo que no causa daño en el sentido de Feinberg, pero rechazar por completo el principio de daño de Feinberg. Para esa persona —el moralista legal puro— los actos que son inmorales y degradantes pueden ser castigados penalmente, incluso si no son dañinos de ninguna otra manera.

La rica discusión de Feinberg sobre los contornos del daño a otros que justifica el castigo penal cubre temas que,

Aunque son muy importantes por sí mismas, son **(p. 854)** periféricas a nuestro interés en este capítulo. Entre esos temas están si las personas pueden ser perjudicadas injustamente de manera póstuma; si la explotación cuenta como un daño injusto; si la falta de prevención del daño puede ser un daño injusto; si los intereses que tienen en cuenta a los demás pueden ser la base del daño injusto (no si son maliciosos o sádicos, según Feinberg); si los fetos y los bebés, los severamente retrasados y seniles y los animales pueden ser perjudicados injustamente; y si uno puede ser perjudicado injustamente por un acto necesario para la propia existencia (es decir, el estatus del principio de "afectación a la persona" de Derek Parfit). (La cuestión de si las fallas en la prevención de daños pueden ser daños ilícitos -es decir, si los malos samaritanos pueden ser castigados bajo el principio de daño de Feinberg, al que Feinberg responde afirmativamente89- se trata más adelante bajo el tema de las omisiones.)90 Para nuestros propósitos aquí, sin embargo, lo que es más importante es el rechazo de Feinberg al paternalismo moral -la posición de que la ley penal puede emplearse legítimamente para proteger a las personas de dañar su propio carácter moral- y su rechazo al moralismo legal, que considera que la inmoralidad es suficiente para la aplicación penal incluso si es "inofensiva". El paternalismo moral se considera mejor como parte del tema más amplio del paternalismo en general. La cuestión filosófica central del paternalismo moral no es si la *inmoralidad* de una conducta que corrompe a la persona justifica su criminalización, sino si el daño a uno mismo que podría justificar el castigo penal para quien, de otro modo, acepta justificaciones paternalistas para las leyes penales, incluye daños al carácter moral de la persona, además de daños como la muerte, las lesiones físicas y la penuria. Por eso, el rechazo de Feinberg al paternalismo moral (en oposición a su rechazo al moralismo legal) se analiza mejor bajo el tema general del paternalismo y no se tratará más aquí.9

1 Ahora, pues, pasaremos a considerar los argumentos a favor y en contra de la legalidad.

moralismo.

Antes de pasar al moralismo jurídico, es importante examinar una categoría de conducta que Feinberg excluye del ámbito del principio de daño, pero no de la autoridad legítima del derecho penal. Se trata de la categoría de conducta que causa una profunda ofensa a otros. Feinberg dedica un volumen entero al concepto de delito.92

Concluye que la ofensa, sin importar cuán grave sea, no cuenta como un daño tal como lo define Feinberg en *Harm to Otros* . No obstante, Feinberg concluye que la conducta profundamente ofensiva puede ser legítimamente criminalizada (el Principio de Ofensa).93 Ejemplos de conducta profundamente ofensiva en nuestra cultura son la fornicación y la masturbación públicas, la bestialidad pública, la manipulación pública de excrementos y la profanación pública de cadáveres.94

Feinberg restringiría la excepción de delito profundo al principio de daño a la conducta que ocurre en público. El simple conocimiento de que dicha conducta ocurre en **privado** , por perturbadora que sea, no puede justificar la criminalización de su ocurrencia en privado.9

5 De lo contrario, como reconoce Feinberg, la criminalización de una conducta ofensiva probablemente se desplomaría en un moralismo legal. (Más adelante abordaré si la restricción de la criminalización que propone Feinberg a la conducta ofensiva pública es defendible y, por lo tanto, si Feinberg puede evitar el moralismo legal y al mismo tiempo adoptar el castigo de la conducta ofensiva).

Pasando ahora al moralismo jurídico, es importante hacerse una idea del tipo de conducta que el moralista jurídico castigaría, pero que los "liberales" como Feinberg eximirían del castigo por principio. La conducta, por supuesto, tendría que ser inmoral, pero al mismo tiempo no perjudicaría injustamente los intereses de otros (de lo contrario, caería dentro del principio de daño de Feinberg) ni se llevaría a cabo en público (de lo contrario, podría ofender profundamente a otros y ser legítimamente criminalizada por ese motivo).

He aquí algunos ejemplos de conducta que podrían considerarse inmorales pero no dañinas: la bestialidad (sexo con animales); la explotación (aprovecharse de las dificultades de otro para extraer la mayor parte del excedente contractual de las transacciones con él); producir y consumir pornografía dura que apela a impulsos sádicos y escabrosos; y organizar y asistir a combates de gladiadores en los que los participantes luchan voluntariamente hasta la muerte como un deporte para espectadores, un ejemplo aportado por Irving Kristol.96 La bestialidad puede no estar comprendida en el principio de daño, incluso si los animales están comprendidos en la protección del principio porque tienen intereses que pueden verse perjudicados, si la bestialidad de hecho no perjudica esos intereses. La explotación puede no estar comprendida en el principio de daño porque la "víctima" no resulta perjudicada pero se beneficia de forma inadecuada. La pornografía puede no estar comprendida en el principio de daño a menos que "haga" que sus consumidores dañen a otros.97 Y los combates de gladiadores pueden no estar comprendidos en el principio de daño por la misma razón.

Sin embargo, se podría decir que cada uno de estos tipos de conducta es inmoral.

Feinberg acepta la inmoralidad de la conducta en estos ejemplos, pero niega que la conducta pueda ser legítimamente penalizada y castigada en ausencia de daño o delito. Es un tanto ambiguo sobre el ejemplo de los gladiadores, en parte porque tiene dudas sobre si las competencias de gladiadores podrían evitar daños a otros, por ejemplo, si podrían evitar atraer a gladiadores cuyo "consentimiento" no fuera verdaderamente voluntario,98 o si 99

En última instancia, sin embargo, Feinberg parece admitir que prevenir males distintos de los daños a otros puede ser una razón legítima para la criminalización, solo que casi siempre es superada por los daños de la criminalización, pero tal vez no en el caso de las luchas de gladiadores.

(p. 856) ¿Qué implicaría el rechazo de Feinberg al moralismo legal para los "delitos sin víctimas" como la prostitución, el juego y el consumo de drogas? La respuesta no está del todo clara. La incitación abierta a la prostitución podría caer dentro del principio que permite la criminalización de actos que son profundamente ofensivos. Los actos dentro de cualquiera de estas categorías podrían implicar daño a otros (por ejemplo, adulterio, uso de fondos conjuntos sin consentimiento). Y casos particulares de juego y consumo de drogas podrían implicar el riesgo ilícito de dañar a otros, como cuando uno es probable que pierda el dinero de la leche de la familia, conduzca bajo los efectos del alcohol o se vuelva demasiado adicto para cumplir con sus obligaciones legales. Por lo tanto, Feinberg, a pesar de su rechazo al moralismo legal, podría respaldar la criminalización de al menos algunos casos de estas actividades.

Aparte de citar ejemplos contundentes como las luchas de gladiadores de Kristol, que debilitan la convicción de moralistas antijurídicos como Feinberg, ¿qué se puede decir de manera más sistemática en favor del moralismo jurídico? Un enfoque que el moralista jurídico adopta es el adoptado por Michael Moore.

Moore sostiene que el objetivo del derecho penal es velar por que las malas acciones (y los intentos y riesgos culposos de cometerlas) sean castigadas.100 Y las malas acciones no sólo incluyen aquellos actos ilícitos que caen dentro de los principios de daño y delito de Mil o Feinberg. Para Moore, si un acto es moralmente incorrecto, siempre hay una razón para procesarlo y castigarlo a través del derecho penal.

Sin embargo, a pesar de su moralismo jurídico, Moore probablemente llegaría a conclusiones sobre la punibilidad muy similares a las de Feinberg, pues sostiene que si bien la inmoralidad de una conducta es siempre una razón para su proscripción, el alcance de la ley penal se ve atenuado por tres preocupaciones morales contrapuestas. En primer lugar, al igual que Dworkin, Moore se niega a equiparar lo que *es* inmoral con lo que una mayoría legislativa, o una mayoría de la población, *cree* que es inmoral. Para Moore, una ley penal sólo es legítima si la conducta que prohíbe es

verdaderamente inmoral, y si una conducta es verdaderamente inmoral es una cuestión de realidad moral, no de creencia moral. 10

1 Por ejemplo, el propio Moore cree que la mayoría de las relaciones sexuales consensuadas

La actividad sexual, incluida la homosexualidad, no es inmoral y, por lo tanto, no debería ser criminalizada, independientemente de las opiniones de las mayorías democráticas.102

En segundo lugar, Moore cree que los costos de criminalizar una conducta (costos en términos de recursos, convicciones erróneas, pérdida de privacidad, corrupción y falta de respeto por la ley) son razones que pesan en contra de la criminalización y en muchos casos dictan que la inmoralidad quede impune.103 Además, existe lo que Moore considera la "presunción de libertad", que trata la reducción de la autonomía y el actuar desde la virtud por parte de la ley penal como un mal moral que pesa en contra de la criminalización.104 Seguramente muchas inmoralidades menores (por ejemplo, el incumplimiento de promesas) deberían quedar impunes porque los costos morales de la criminalización superan el principio retributivo de que la inmoralidad debe ser castigada.

(p. 857) En tercer lugar, Moore respalda el derecho a la libertad, un derecho que inmuniza del castigo a muchos tipos de conducta inmoral.10

5 Moore rechaza el principio de daño de Mil y Feinberg como base del derecho y, en cambio, caracteriza al derecho como protector de una esfera de "elecciones autodefinidas".106 Las elecciones autodefinidas que están protegidas por el derecho a la libertad incluyen elecciones que son inmorales y, por lo demás, legítimamente sujetas a la proscripción y el castigo penal. Por lo tanto, Moore respalda un "derecho a hacer el mal".

Moore aplica su derecho a la libertad a la cuestión de la criminalización del consumo de drogas. 107 Examina diversos argumentos en el sentido de que el consumo de drogas es inmoral: contraviene el ideal del ascetismo, crea

el riesgo de cometer delitos, reduce la productividad, impide el florecimiento y puede conducir a la destrucción del yo. Moore rechaza cualquier obligación moral de ser lo más productivo posible, de alcanzar un ideal humano o de florecer. 108 Sin embargo, Moore cree que en algunos casos la conducta es inmoral porque corre el riesgo de dañar a otros sin que intervenga un acto culpable. Pero el consumo de drogas conlleva el riesgo de causar daño al aumentar la probabilidad de que el consumidor de drogas cometa delitos culpables en el futuro, y Moore rechaza considerar el consumo de drogas como un sustituto de la conducta inmoral que podría hacer más probable. 109

Moore acepta, sin embargo, la obligación moral de abstenerse de destruir nuestra capacidad de actuar como agentes morales.110

En este punto, el derecho a la libertad de Moore entra en juego porque la autodestrucción es una elección que define a la persona. De modo que, si bien es moralmente incorrecto consumir drogas hasta el punto de la autodestrucción, también sería moralmente incorrecto que el Estado castigara tal maldad.111

Joseph Raz, al igual que Feinberg, cree que hay acciones moralmente repugnantes que no dañan a otros en el sentido de daño de Feinberg.112 También niega, contrariamente a muchos liberales, que el respeto por la autonomía requiera la tolerancia de todas las elecciones no dañinas.113 Las elecciones autónomas tienen valor, argumenta Raz, solo cuando están dirigidas a fines que son verdaderamente moralmente valiosos.114 Por lo tanto, eliminar las elecciones de base moral como opciones no perjudica el valor de la autonomía.115

A pesar de no encontrar ningún valor en las elecciones autónomas dirigidas a fines morales básicos (aunque inofensivos), Raz no obstante apoya algo así como el principio de daño de Feinberg para excluir el castigo criminal de inmoralidades inofensivas.116 Raz distingue

claramente entre las proscripciones criminales de la conducta inmoral inofensiva y el uso de medidas menos coercitivas como impuestos y subsidios para alentar el bien moral y desalentar el mal moral.

La coerción a través del derecho penal, dice Raz, es "una invasión indiscriminada de la autonomía".117 Esto se debe a que

'encarcelar a una persona le impide realizar casi todas sus actividades autónomas'.118

Así, Raz rechaza la imposición de la moralidad a través del derecho penal, si no a través de medios legales menos coercitivos. Pero, como han señalado muchos críticos de Raz, el impulso general **(p. 858)** de sus argumentos sobre el valor de la autonomía parece favorecer el moralismo legal. Después de todo, la amenaza a la autonomía al castigar a quienes cometen inmoralidades inofensivas no reside en la forma del castigo, como el encarcelamiento, sino en la exclusión práctica de la opción inmoral. Porque el encarcelamiento es sólo una forma histórica de castigo penal. Las multas son otra, pero dejan a quienes las sufren con tanta autonomía como a quienes pagan impuestos. De manera similar, si el castigo por la inmoralidad inofensiva fuera descargas eléctricas o azotes, la gente se vería disuadida de tomar decisiones inmorales por la amenaza de tales castigos, pero los castigos en sí mismos no impedirían la autonomía. Y Raz parece negar que hacer que las decisiones indignas sean poco atractivas o incluso no estén disponibles de algún modo perjudique el valor de la autonomía, dado que el valor de la autonomía solo se realiza a través de decisiones dignas.

De este modo, Raz ha ofrecido un argumento poderoso a favor del moralismo jurídico y en contra del principio de daño de Feinberg, a pesar de que apoya ese principio. Si hay inmoralidades inofensivas, cuya elección carece de valor por más autónoma que sea, entonces Raz debería respaldar su criminalización, siempre que no haya costos excesivos por hacerlo.

Pasemos ahora a la cuestión de si el apoyo a la penalización de conductas profundamente ofensivas es coherente con el

rechazo del moralismo jurídico, como sostiene Feinberg. Hay razones de peso para dudar de que así sea.

Dado que Feinberg y los moralistas legales apoyarían la criminalización de aquellas inmoralidades inofensivas que ofenden (el primero debido a la ofensa, el segundo debido a la inmoralidad) y dado que muchas (¿la mayoría?) inmoralidades inofensivas ofenderán a quienes las conozcan, ¿qué margen queda para que funcione la orden de Feinberg contra el moralismo legal? Un área es cuando las inmoralidades inofensivas no ofenden lo suficientemente gravemente como para justificar su criminalización. Un moralista legal podría llegar exactamente a la misma conclusión anticriminalización que Feinberg para estos casos. Esto se debe a que habrá intereses del actor que se verán perjudicados por la criminalización que bien pueden superar el interés en castigar la inmoralidad en los casos en que la inmoralidad es tan menor que no causará una ofensa grave.

Aunque no está claro exactamente cómo el moralista legal sopesará el valor abstracto de castigar la inmoralidad frente a los diversos intereses más concretos que se verán perjudicados por la criminalización, no hay razón para pensar que ignorará o descontará en gran medida estos últimos.

El área en la que Feinberg y el moralista legal claramente se distancian es la de la conducta ofensiva e inmoral que ocurre en privado. Esto es lo que Feinberg llama el "problema del conocimiento desnudo".119 Supongamos que Alfred se siente profundamente ofendido como resultado del mero hecho de saber de la relación lésbica de Betty y Clara, cuyas prácticas íntimas ocurren a puerta cerrada en su apartamento. Supongamos que Alfred no es anormal en su delito y que el delito por las prácticas lésbicas es generalizado y grave. Y supongamos, simplemente por el bien del argumento, que las prácticas lésbicas *son* inmorales, aunque **(p. 859)** inofensivas. ¿El principio de delito de Wil Feinberg legitima entonces para los liberales la prohibición penal de las prácticas lésbicas?

Feinberg quiere negar que esto ocurra. Traza una clara línea divisoria entre las prácticas delictivas ofensivas que

Alfred percibe directamente en lugares públicos y aquellas de las que Alfred tiene conocimiento por otros medios que no sean la percepción directa. Es aquí donde la noción de delito desempeña un papel en el principio de la ofensa, así como en el principio del daño. Para ser punible, la conducta no sólo debe ofender, sino que también debe perjudicar a sus víctimas. Esto requiere, dice Feinberg, que los agravios de las víctimas sean personales. Alfred no puede afirmar que la conducta inmoral de Betty y Clara *lo* ha perjudicado, a pesar de que la idea de ello lo ofende.

La filosofía del derecho penal

En un punto anterior de su argumento, Feinberg afirma que uno puede sufrir ofensas de orden inferior, no "profundas", como imágenes y olores repugnantes, desagradables o aburridos, solo si uno los percibe directamente en lugar de simplemente enterarse de ellos.120 Cuando uno los *percibe* , y por lo tanto sufre la ofensa, el agravio que uno siente se siente como personal, un agravio para quien percibe.

La ofensa que uno sufre debido a las violaciones de las normas morales —en términos de Feinberg, una ofensa "profunda"— no depende de que yo perciba las violaciones en lugar de saberlas. Alfred sufre una ofensa profunda ya sea que presencie a Betty y Clara en sus intimidades lésbicas o simplemente sepa de ellas. *Pero cuando no las ve, presencia la conducta, sino que simplemente la conoce, su queja no es personal porque no puede reclamar la La conducta es un mal para él* . Y si la conducta, por no haber sido presenciada, no perjudica a nadie, no puede prohibirse en virtud del principio de delito.

Estoy completamente de acuerdo con el análisis de Feinberg sobre la ofensa profunda, excepto por la conclusión que extrae de él.12

1 Allí

Hay dos caballos que Feinberg podría montar aquí, y ninguno de ellos lo llevará adonde quiere ir. Uno es la

distinción entre conducta percibida y conducta conocida. La otra es la distinción entre conducta que ofende porque viola normas y conducta que viola normas porque ofende. Abordemos cada una de estas distinciones por turno.

Feinberg basa su posición en la distinción entre conducta percibida y conducta conocida. Quiere decir que si Alfred se viera obligado a presenciar el acto sexual de Betty y Clara, *incluso en relación con su profunda ofensa* (la ofensa que sufre como resultado de la violación de la norma moral), tiene un agravio personal que puede ser protegido por el Principio de Ofensa. Sin embargo, si Alfred simplemente conoce la conducta de Betty y Clara, entonces carece de un agravio personal.

¿En qué se basa la distinción que hace Feinberg entre percepción y conocimiento? Hay dos posibilidades.

Una posibilidad es que los delitos que se perciben tengan una calidad diferente a los delitos que se conocen. La otra posibilidad es que la percepción, pero no el conocimiento, individualice el daño del **delito** de tal manera que los agravios resultantes puedan caracterizarse como daños a personas particulares.

La primera posibilidad pasa por alto el hecho de que estamos tratando aquí con una ofensa profunda, una ofensa que responde al hecho de que se han violado las normas morales. Ya sea que Alfred perciba directamente a Betty y Clara o simplemente sepa acerca de ellas, esa parte de su ofensa que es una ofensa profunda sería constante. Al menos Feinberg no ofrece argumentos para afirmar lo contrario. La percepción directa de Alfred es sólo una de las formas en que él puede saber acerca de la conducta profundamente ofensiva de Betty y Clara. En todos los casos es su conocimiento de que se están violando las normas morales lo que causa su ofensa.

Pensemos en Agnes, que cree que el sexo extramatrimonial, incluidas las caricias intensas, es inmoral (pero inofensivo). Se ha enterado de que Barbara y Charles, solteros, tienen una aventura, y se siente profundamente ofendida. En un baile, observa a otra pareja, Bil y Candy, que se acarician intensamente. Al

principio, cree que están casados y no se siente ofendida por su comportamiento, aunque sea indiscreto. Cuando se le informa de que no están casados, se siente profundamente ofendida. Es evidente que su ofensa en ambos casos es producto de su conocimiento de que se están violando las normas morales. La percepción en el segundo caso simplemente le proporciona evidencia de la violación.

La otra base posible para la distinción de Feinberg entre conducta inmoral percibida y conocida es que la percepción, pero no el conocimiento, de alguna manera personaliza la ofensa de una manera que nos permite identificar a personas específicas que han sido perjudicadas. Esto también es problemático. Consideremos dos casos de conducta inmoral, uno que es percibido por miles de personas y otro que ocurre en privado pero del que se enteran unas pocas personas. No hay ningún impedimento conceptual para afirmar que unos pocos han sido perjudicados. ("Si actúas de manera inmoral y otros se enteran, les has hecho daño: este es un riesgo que corres siempre que actúas de manera inmoral"). Tampoco hay ningún impedimento conceptual para afirmar que miles han sido perjudicados personalmente en el primer caso. Los meros números son irrelevantes, aunque si lo fueran, estarían a favor, no en contra, del mero conocimiento.

Concluyo que Feinberg no ha ofrecido una justificación convincente para distinguir entre casos de delito profundo que involucran la percepción directa de la conducta delictiva y casos de delito profundo que involucran el mero conocimiento de la conducta delictiva.

Además, Feinberg en cierto sentido trivializa su libertad liberal respecto de las prohibiciones criminales moralistas al obligar a quienes se involucrarían en inmoralidades inofensivas a hacerlo a puertas cerradas. Porque ya ha...

Si no intentan comunicar ideas, perderán en la ponderación del principio de la ofensa, a menos que se retiren del ámbito público. Pero, si vamos a prohibirle el ingreso al

moralismo legal por la puerta principal, ¿por qué deberíamos permitirle entrar por la puerta trasera como una forma de protección contra la ofensa profunda, una protección que convierte al inmoralista en un ciudadano de segunda clase que no puede dedicarse a sus pasatiempos favoritos al aire libre?

(p. 861) Si, en el caso de una infracción grave, rechazamos la distinción de Feinberg entre conducta inmoral percibida y conducta meramente conocida, nos quedamos con otra distinción posible que podría impedir que el principio de infracción se derrumbe en el moralismo jurídico: la distinción entre conducta que viola las normas morales porque ofende y conducta que ofende porque viola las normas morales. Aunque Feinberg no se basa en última instancia en esta distinción al presentar su argumento contra la penalización de la conducta inmoral que ocurre en privado, es útil considerar las implicaciones de emplear dicha distinción. Después de todo, la distinción parece estar mucho más relacionada con el rechazo del moralismo jurídico que la distinción entre conducta percibida y conducta meramente conocida.

Feinberg reconoce la distinción entre una conducta que es inmoral porque ofende y una conducta que ofende porque es inmoral, y en un momento dado incluso parece trazar la frontera entre el principio de ofensa y el moralismo jurídico basándose en él. Sin embargo, en última instancia, acepta la prohibición de la conducta que ofende porque es inmoral siempre que la conducta ocurra en público.

Pero supongamos que rechazara esto y exigiera que la conducta fuera ofensiva independientemente de la inmoralidad antes de que pudiera ser prohibida bajo el Principio de Ofensa. ¿Esto lo llevaría a donde quiere estar? Seguramente no. Si eliminamos de la aplicación del Principio de Ofensa toda conducta que ofenda porque viola las normas (en oposición a la conducta que viola las normas porque ofende), el Principio de Ofensa será eviscerado. Se aplicará tal vez a conductas cuya vista, olor o sonido serían ofensivos en todas las culturas -tal vez el olor del ácido sulfúrico o el sonido de la tiza chirriando en una pizarra-. Pero la mayor parte de la conducta ofensiva que Feinberg

desea criminalizar como profundamente ofensiva no sería elegible para la prohibición bajo el Principio de Ofensa.122

La mayor parte de las conductas que nos ofenden lo hacen porque violan las normas. Esto es evidentemente cierto en el caso de eructar en público. Probablemente también sea cierto en el caso de la conducta bulímica o coprófaga en público, ya que es muy posible que haya culturas que no consideren repugnante esa conducta. Y es cierto también en el caso de la desnudez o la fornicación en público.

(p. 862) Feinberg parece creer lo contrario en algunos puntos. Señala que nos ofende la desnudez pública o la fornicación, pero no la desnudez privada o la fornicación. 123 Por lo tanto, es nuestra percepción de la conducta, no su violación de normas, lo que causa nuestra ofensa. Las normas contra la desnudez pública y la fornicación son las únicas normas que violan, y no explican, sino que son explicadas por, la ofensa causada.

Este análisis de tales normas es incorrecto. La desnudez pública y la fornicación no siempre y en todo lugar resultan ofensivas.

Cometen delitos cuando violan normas de comportamiento público, normas que no son en ningún sentido universales.

Por supuesto, es correcto que la desnudez y la fornicación en privado no violan nuestras normas y no nos ofenden. Y, por lo tanto, también es correcto que algo relacionado con su carácter público nos lleve a condenar la desnudez y la fornicación en público. Pero es incorrecto concluir que la mera percepción (sin juego de palabras) y no la transgresión de las normas es la fuente de nuestra ofensa en tales casos. Hay normas sobre la conducta adecuada en público que son fuente de ofensa cuando se violan, pero que no protegen contra la ofensa que preexiste a las normas mismas.

Elimina las normas y eliminarás la ofensa.

Consideremos en relación con esto el siguiente ejemplo. Bil y Candy se dedican a fornicar en público ante una multitud entusiasta de veinte espectadores. Ninguno de los

presentes se siente ofendido porque nadie respalda la norma contra la fornicación en público. Sin embargo, Alfred, que no estaba presente pero que se habría sentido ofendido si hubiera estado presente,

—Él suscribe la norma contra la fornicación pública—se entera de lo de Bil y Candy. ¿Se sentirá ofendido por lo que hicieron y, si es así, por qué?

Creo que Alfred puede muy bien sentirse ofendido (en el sentido profundo) aunque nadie de los presentes lo haya estado. Y la fuente de tal ofensa no será necesariamente su imaginación de cómo se veían Bil y Candy en ese momento. Alfred puede sentirse ofendido simplemente por el hecho de que Bil y Candy violaron una norma a la que Alfred se adhiere, al menos si asumimos que la norma no admite una excepción cuando los espectadores no se ofendan. (La norma contra la

La fornicación pública podría de hecho no admitir tal excepción: podemos pensar que la fornicación pública es impropia incluso si a nadie presente le importa.)

Feinberg debe admitir que muchos actos públicos que generan ofensas lo hacen porque violan normas que son anteriores a la ofensa. Esa admisión, junto con el argumento previo de que la distinción entre percepción y conocimiento es irrelevante en el caso de la ofensa causada por violaciones de normas (ofensa profunda), amenaza con hacer que el principio de ofensa se hunda casi por completo en el moralismo jurídico o, alternativamente, con rescatar el principio de ofensa al reducir su aplicación al pequeño número de casos de imágenes, olores y sonidos universalmente repugnantes.

Para salvar un principio de delito más sólido y, sin embargo, evitar el moralismo jurídico, Feinberg podría recurrir al siguiente argumento. Es cierto, podría decir, que la mayoría de los casos de delito que yo permitiría que se castigaran implican la violación de una norma como fuente de la infracción **(p. 863)** . Pero las normas en cuestión, a diferencia de las normas con las que se

relaciona mi rechazo del moralismo jurídico, se entienden como convenciones culturales relativas sobre el comportamiento adecuado en público y, por lo tanto, sobre cómo mostrar respeto (y falta de respeto) a los presentes. Toda cultura necesita convenciones de este tipo porque en toda cultura la gente necesita saber si se le está mostrando falta de respeto (y, por lo tanto, debería sentirse ofendida). El contenido de estas normas puede ser bastante variable, ya que su contenido es relativamente poco importante. Es decir, su contenido es relativamente poco importante de la misma manera que el contenido de la norma sobre en qué lado de la carretera conducir es relativamente poco importante.

Seguramente hay normas que encajan en esta descripción. Su violación pública ofende a los presentes (al menos si suscriben la norma). Su violación privada no ofende porque no se pueden violar en privado. (Sólo se aplican a la conducta en presencia de otros; y los presentes deben respaldar las normas como vehículos apropiados para demostrar respeto.)

Esta estrategia argumentativa es problemática por varias razones. En primer lugar, curiosamente privilegia las normas puramente convencionales por sobre las normas que se consideran universales. Las primeras pueden aplicarse mediante el derecho penal en virtud del principio de delito, mientras que las segundas son jurídicamente inaplicables (al menos mediante sanciones penales).

En segundo lugar, muchos de los actos que un liberal de Feinberg consideraría puniblemente ofensivos consisten en burlarse públicamente de normas que se consideran normas morales universales, no normas convencionales del tipo que incitan al respeto y la ofensa. Pensemos en los abrazos y besos homosexuales en público. La estrategia en cuestión aparentemente descartaría el castigo por ello, incluso si la ofensa que causa (por su percepción directa) fuera grave, generalizada, etc., y no fuera superada por la libertad de expresión u otros intereses de los actores. Porque, a menos que existiera una norma convencional que considerara que los besos homosexuales en público son una falta de respeto a los presentes (en contraposición a una norma moral que condenara la conducta homosexual en

general), la ofensa que sentirían los testigos sería de una variedad profunda y no diferente, o así lo he sostenido, de la ofensa que sentirían si simplemente se enteraran de esa conducta pero no la vieran.

Por supuesto, puede haber una metanorma convencional que considere que el incumplimiento público de las normas morales es una falta de respeto a los presentes, y la violación de esta metanorma convencional podría entonces legitimar el castigo, incluso si la violación de la norma moral subyacente no lo fuera. Pero esta táctica para legitimar el castigo expone una tercera debilidad, y creo que bastante devastadora, en la estrategia que estoy describiendo. La debilidad es la siguiente: no hay nada en principio que nos impida tener normas que regulen cómo demostrar respeto (y causar ofensa) que consideren como una falta de respeto el incumplimiento público de las normas morales no convencionales. Por lo tanto, siempre que deseemos criminalizar la conducta inmoral pública, no quedará claro ni siquiera para nosotros mismos si la estamos criminalizando porque es inmoral (moralismo legal) o porque viola nuestras normas sobre la ofensa. Además, no hay nada en principio que nos impida considerar la conducta inmoral *privada* como irrespetuosa para cualquiera que se entere de ella, al menos si descartamos la distinción entre percibir y simplemente saber acerca de la conducta **(p. 864)** . (Si nadie se entera de la conducta inmoral privada, de todos modos no será castigada, incluso bajo el moralismo legal). Y dado que la conducta inmoral privada *causará* una profunda ofensa entre quienes se enteren de ella, de hecho podemos considerarla irrespetuosa para aquellos a quienes ofende. En ese caso, la línea entre el principio de ofensa y el moralismo legal queda prácticamente borrada. En cualquier caso, bajo la estrategia argumentativa que estamos considerando, la conducta inmoral privada siempre es rehén del contenido de las normas convencionales sobre cómo se muestra respeto y ofensa.

Al final, una vez que se abandona la distinción entre percepción y conocimiento, el hecho de que los delitos que Feinberg castigaría sean, en la mayoría de los casos, productos de violaciones de normas conduce a que el principio de delito cubra la mayor parte del territorio que,

de otro modo, podría ocupar el moralismo jurídico. Feinberg no puede querer este resultado, pero

Tampoco puede evitarlo, a menos que elimine las violaciones de las normas como fuentes legítimas de delitos punibles. Su elección, entonces, es entre un liberalismo desnaturalizado, uno que a través del Principio de Delito abarca la mayor parte, si no todo, de lo que quiere el moralista legal, y un Principio de Delito anémico, uno que cubre sólo imágenes, sonidos y olores nocivos universales.

3.3 Omisiones

El último tema que abordaré dentro de la parte especial del derecho penal es el de la responsabilidad penal por omisiones.

A pesar de que el tema suele ubicarse en la parte general del derecho penal, relego las omisiones a la parte especial porque lo que las distingue es si, como cuestión de teoría normativa, uno tiene un deber moral exigible de ayudar de modo que la omisión de ayudar lo hace merecedor de un castigo. Si uno tiene un deber de ayudar, las implicaciones para la parte general son bastante escasas.

Permítame abordar primero el último punto. Si uno tiene el deber, en virtud de la ley penal, de ayudar a alguien que se encuentra en peligro, entonces, si no presta esa ayuda, es potencialmente responsable penalmente. La responsabilidad penal real depende de varios factores. Uno de ellos es si uno tenía *mens rea* con respecto a si la víctima estaba en peligro, si su ayuda era necesaria para eliminar el peligro, el grado de esfuerzo y riesgo requerido para eliminar el peligro y los motivos para el deber de ayudar además del peligro de la víctima (que se analizan más adelante). Por lo tanto, si uno no se daba cuenta de que había una alta probabilidad de que la víctima estuviera en peligro (y uno no deseaba que lo estuviera), de que podía rescatarla eficazmente, de que otros lo harían o no, de que el rescate sería seguro y fácil, o de que estaban presentes los otros motivos para el deber, uno no sería culpable por omitir la ayuda y no merecería castigo. De la

misma manera, si uno se diera cuenta de que estos factores estaban presentes, pero no pudiera actuar debido a un miedo paralizante, a causa de una amenaza de muerte si intentaba el rescate (coacción), o porque el rescate pondría en peligro a varios otros (males menores), tampoco sería culpable por omitir ayudar.

(p. 865) Por el contrario, si uno creyera equivocadamente que existían todas las condiciones para el deber de ayudar y sin excusa o justificación no ayudara, sería culpable de intentar una omisión criminal. Y como argumenté anteriormente, el merecimiento criminal de uno debería ser el mismo ya sea que uno cometa una omisión criminal o que solo la intente. Por lo tanto, en mi opinión, así como uno no necesita preocuparse por si un intento (o un acto imprudente) "causó de manera próxima" un daño, uno no necesita preocuparse por la metafísica de cómo las omisiones causan daños. Los incumplimientos culposos de actuar son de lo que depende todo el merecimiento criminal.124

Hasta aquí lo que se refiere a la forma en que las consideraciones de la parte general se relacionan con las omisiones. Como dije, las omisiones no son nada especial en lo que respecta a la parte general. Lo que hace que las omisiones sean significativas es su relación con la parte especial. ¿En qué circunstancias debería uno tener el deber de ayudar de modo que el incumplimiento de ese deber merezca un castigo?

El derecho penal angloamericano refleja a este respecto una teoría normativa de marcado acento libertario, pues en general no impone el deber de ayudar, sin importar cuán grande sea el peligro que enfrenta la víctima, sin importar cuán numerosas sean las víctimas y sin importar cuán fácil y segura sea la ayuda requerida para eliminar el peligro.12

5 En el

En ausencia de una de las condiciones mencionadas a continuación, no se exige a nadie salvar a diez niños de ahogarse, aunque se necesitaría muy poco esfuerzo para hacerlo y no se enfrentaría prácticamente a ningún riesgo para su seguridad, aunque se esté plenamente consciente

del peligro y de la necesidad, facilidad y seguridad del rescate, y aunque no se tenga excusa o justificación para no rescatar. (En este caso, un libertario podría verse tentado a decir, no que quien no logra rescatar no *merece* castigo, sino sólo que los demás están sujetos a una restricción deontológica para *imponer* castigos. En otras palabras, esta puede ser una de esas áreas en las que el merecimiento retributivo no encaja bien con una teoría normativa libertaria.)

El derecho penal angloamericano reconoce el deber de ayudar en tres tipos de circunstancias.126 En primer lugar, existe el deber de ayudar cuando uno ha causado el peligro a la víctima. En segundo lugar, existe el deber de ayudar cuando uno se ha comprometido voluntariamente a hacerlo. Y en tercer lugar, existe el deber de ayudar cuando uno tiene una obligación de estatus hacia la víctima, como cuando la víctima es su hijo o su cónyuge. Abordaré estos casos en orden.

La causalidad del peligro es un fundamento relativamente no problemático para el deber de socorro cuando la causalidad es física. Así, cuando *A* arroja *a B* a un estanque, *A* tiene el deber de rescatarlo *(* suponiendo, por supuesto, que no hay excusas ni justificaciones y que el rescate será fácil y seguro). La única cuestión controvertida aquí es si la causalidad física de *A que causa* el peligro de *B debe ser en sí misma culpable, o si, en cambio, A* tiene el deber de rescatar *a B* incluso si *A* arroja a B al estanque **(p. 866). 127**

127 (El peso de la autoridad indica un deber de rescatar incluso en ausencia de culpabilidad). Más problemáticos son aquellos casos en los que *A* ha causado el peligro de *B a través de medios no físicos. Por lo general, estos son casos en los que B* se puso en peligro confiando en su creencia en la voluntad de *A* de rescatarlo (y *A* es consciente de esto) o *B* está en peligro y otros se abstienen de rescatarlo porque *confían* en que *A* lo rescatará (y *A* es

consciente de esto). La causalidad del peligro induciendo confianza (de diversas maneras) es un tema desalentador dentro de la teoría normativa y merecedor de mucho más tratamiento del que puedo darle aquí.

Los compromisos voluntarios de rescate no plantean ningún problema. La verdadera cuestión aquí es si los compromisos voluntarios de rescate por sí mismos dan lugar a obligaciones exigibles por la ley penal, o si lo hacen sólo cuando la víctima u otros han confiado en el compromiso voluntario y, por lo tanto, han puesto en peligro a la víctima. En otras palabras, la cuestión es si los compromisos voluntarios son un fundamento independiente para un deber de rescate o si simplemente están incluidos dentro del fundamento de causalidad del peligro.

Las obligaciones de estatus son notoriamente difíciles de explicar dentro de una teoría normativa libertaria exhaustiva. Por lo tanto, no sorprende que la excepción de estatus a la ausencia general de un deber de rescate sea difícil de definir, en particular si esas obligaciones no pueden reducirse a compromisos voluntarios o a la puesta en peligro por la confianza. A medida que pasamos de los estatus de cónyuge y padre a nuevos y valientes estatus como el de donante de esperma, madre gestante, etc., la necesidad de una explicación teórica satisfactoria de esta excepción se volverá dolorosamente obvia.

Un último punto sobre la responsabilidad penal por omisiones. Incluso cuando la ley impone el deber de rescatar, el deber se limita a los rescates que son seguros y fáciles. En otras palabras, incluso cuando uno ha causado el peligro a la víctima o se ha comprometido a rescatarla, no se le exige que gaste un gran esfuerzo o recursos ni que se enfrente a grandes riesgos de lesión o muerte, incluso si el peligro para la víctima descontado por su probabilidad es mayor que el peligro/sacrificio del rescatador descontado por su probabilidad.

Aquí se plantea un problema teórico y otro práctico. El problema teórico es cómo explicar cualquier límite al deber de rescatar que no sea uno que minimice las pérdidas totales.128 El problema es prácticamente idéntico al que enfrentan aquellos deontólogos libertarios que impondrían

un deber de rescatar si el número de víctimas o el peligro que enfrentan alcanza el punto de "catástrofe moral", pero no impondrían un deber por debajo de ese punto: el problema de especificar el "umbral deontológico".129

El problema práctico es que sin una explicación teórica de lo que delimita un "rescate fácil", los acusados carecen de una clara advertencia sobre el alcance de sus deberes en virtud de la ley penal **(p. 867)** . Y aunque he restado importancia a la advertencia con respecto a deberes penales fundamentales como los de abstenerse de matar, golpear, violar y robar, el alcance del deber de rescatar es diferente. Porque si un tribunal determina que el límite del deber del acusado de rescatar a una víctima de ahogamiento es, digamos, un 10 por ciento de riesgo de que el acusado se ahogue, ¿podemos decir que un acusado que pensó que el límite era del 9 por ciento es completamente culpable de su error, especialmente si el tribunal no puede dar una justificación teórica para la determinación?

Notas:

(1) Aquellos a quienes yo denomino "retribucionistas débiles", otros los llaman "teóricos mixtos" (en referencia a su mezcla de preocupaciones consecuencialistas y retributivas). Véase, por ejemplo, Michael S. Moore, *Placing Blame* (1997), 92-4; HLA Hart, *Punishment and Responsibility* (1968).

(2) Véase, por ejemplo, Rebecca Dresser, 'Identidad personal y castigo', *Boston University Law Review* , 70 (1990), 395.

(3) Obviamente, la manera de determinar el merecimiento no comparativo para un acto culpable en particular es un problema enormemente difícil. Para un buen estudio de las dificultades, que el autor concluye que son insuperables, véase Russ Shafer-Landau, 'Retributivism and Desert', *Pacific Philosophical Quarterly* , 81 (2000), 189.

(4) Para un análisis útil de algunos (pero no todos) de estos asuntos, véase Douglas N. Husak, 'Already Punished Enough', *Philosophical Topics* , 18 (1990), 79.

(5) Para un análisis mucho más completo de este tema, véase Larry Alexander, 'Retributivism and the Inadvertent Killing of the Innocent', *Law & Philosophy* , 2 (1983), 233; David Dolinko, 'Some Thoughts about Retributivism', *Ethics* , 101.

(1991), 537; David Dolinko, 'Tres errores del retributivismo', *University of California at Los Angeles Law Review* , página 30 de 37

La filosofía del derecho penal

39 (1992), 1623; David Dolinko, 'Retributivismo, consecuencialismo y la bondad intrínseca del castigo', *Law*

& Filosofía , 16 (1997), 507.

(6) Un problema relacionado es la forma reglamentaria de las prohibiciones penales. A menudo, los delitos se definen intencionalmente de una manera reglamentaria que los hace demasiado o poco inclusivos con respecto a los actos culpables, pero que los hace menos susceptibles a reclamos de buena o mala fe por ignorancia de la ley o por administración irregular de la ley. Un ejemplo podría ser la prohibición legal del suicidio asistido, un acto que puede no ser culpable en muchas circunstancias, pero que, si se legaliza, puede dar lugar a todo tipo de abusos y errores. Para los retribucionistas, el problema de la forma reglamentaria, que se justifica por sus consecuencias, es estructuralmente similar a los problemas de las cargas de la prueba, las asignaciones de recursos para probar y defender cargos penales, etc. Véase, en general, Larry Alexander y Emily Sherwin, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law* (2001), cap. 4.

(7) Véase en general Louis Kaplow y Steven Shavel, 'Fairness versus Welfare', *Harvard Law Review* , 114 (2001), 961, 1225–304; David Dolinko, 'Retributivismo, consecuencialismo y la bondad intrínseca del castigo', *Law & Filosofía* , 16 (1997), 507; Douglas N. Husak, '¿Por qué castigar a los merecedores?', *Nous* , 26 (1992), 447.

(8) Véase, por ejemplo, Kaplow y Shavel, 'Fairness Versus Welfare', 1225-304.

(9) Véase, por ejemplo, Daniel Farrel, 'La justificación de la violencia disuasoria', *Ethics* , 100 (1990), 301; Warren Quinn, 'El derecho a amenazar y el derecho a castigar', *Philosophy & Public Affairs* , 14 (1985), 327.

(10) Véase en general Larry Alexander, 'Autodefensa, castigo y proporcionalidad', *Law & Philosophy* , 10 (1991), 323; Larry Alexander, 'Consentimiento, castigo y proporcionalidad', *Philosophy & Public Affairs* , 15 (1986), 178; Larry Alexander, 'La máquina del juicio final: proporcionalidad, prevención y castigo', *The Monist* , 68 (1980), 199.

(11) Véase ibíd.

(12) Véase Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* , 2.ª ed. (1995), 20, 29–35.

(13) Constitución de los Estados Unidos, Art. I, §§ 9, 10.

(14) En este sentido, lo inverso es cierto: la prohibición penal de un acto no es suficiente para establecer que quien viola la prohibición merece castigo. El acto debe ser ilícito, y la ilegalidad no es por sí misma suficiente para que sea ilícito, como lo demuestra claramente el historial de leyes penales perniciosas. Sin embargo, un acto que de otro modo no es ilícito puede llegar a serlo mediante la prohibición penal si la prohibición forma parte de un programa para especificar y coordinar las contribuciones individuales para generar un estado de cosas moralmente obligatorio. Así, aunque no tengo una obligación moral preexistente de pagar exactamente el 37 por ciento de mis ingresos al gobierno, sí tengo la obligación de hacer mi parte justa; y el código tributario y las leyes penales que lo hacen cumplir son medios para especificar y coordinar nuestras partes justas. Una vez que se promulgue el código tributario, *sí* tengo la obligación de pagar el 37 por ciento, y sería moralmente incorrecto que no lo hiciera.

(15) Véase Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* , 2.ª ed. (1995), 71–4; Código Penal Modelo, § 2.01(1).

(16) Véase el artículo general de Michael S. Moore, *Act and Crime* (1993). Sobre los actos mentales, véase ibíd., págs. 95-112.

Me siento tentado por la perspectiva del acto mental por la siguiente razón: puedo imaginar a alguien que desea un movimiento corporal en una circunstancia en la que desear ese movimiento es culpable, pero cuyo cuerpo no responde. (Imaginemos a alguien que tiene su pulgar sobre el detonador de una bomba y desea presionar el detonador pero cuyo pulgar no se mueve). Esa persona sería culpable de un intento de cometer un acto ilícito, que, como argumento más adelante en la Sección 2.5.1, es todo lo que importa para el merecimiento negativo.

(17) Véase Douglas N. Husak, *Filosofía del derecho penal* (1987), 93.

(18) Véase Dressler, *Understanding Criminal Law* , 80.; *Robinson v California* , 370 US 660 (1962).

(19) Véase Robert F. Schopp, *Automatismo, locura y psicología de la responsabilidad criminal* (1991), 71–5, 132–59; Código Penal Modelo, § 2.01(2).

(20) Véase en general y Schopp, *Automatismo, locura y psicología de la responsabilidad criminal* .

(21) Véase el Código Penal Modelo, § 2.01(2)(d). Creo que los actos cometidos por hábito se analizan mejor en conjunción con la noción de "imprudencia opaca". Véase el texto en la nota 32 a continuación; Kimberly Kessler Ferzan, "Opaque Recklessness", *Journal of Criminal Law and Criminology* , 91 (2001), 1, 46-7.

(22) Véase el Código Penal Modelo, § 4.01(1).

(23) Puesto que yo diría que la acusación debe probar todos los factores necesarios para que el acto del acusado

sea considerado culpable —incluida la ausencia de justificación o excusa—, resulta irrelevante, como cuestión práctica, si la impulsividad extrema niega la voluntariedad del acto del acusado o lo excusa. (El acusado, por supuesto, tendría la carga de *producir* pruebas sobre cuestiones como la excusa, la justificación y las condiciones, como el sonambulismo, el automatismo o el hipnotismo, que anulan la voluntariedad). Por lo tanto, me es indiferente si, como cuestión práctica, la impulsividad niega o solo excusa la acción voluntaria.

(24) Véase en general y Schopp, *Automatismo, locura y psicología de la responsabilidad criminal* .

(25) Véase el artículo general de Larry Alexander, 'Actos voluntarios: el trilema del niño y Davidson', *Criminal Justice Ethics* , 11

(1993), 98; Larry Alexander, 'Reconsiderando la relación entre actos voluntarios, responsabilidad estricta y negligencia en el derecho penal', *Social Philosophy & Policy* , 7 (1990), 84.

(26) Véase, por ejemplo, el Código Penal Modelo, §§ 2.02(1); 2.05(1)(b).

(27) Véase el Código Penal Modelo, § 2.02(2)(a)(i).

(28) Véase el Código Penal Modelo, § 2.02(2)(a)(i).

(29) Véase el Código Penal Modelo, § 2.02(b)(i), (i).

(30) Véase el Código Penal Modelo, § 2.02(c).

(31) Para un análisis extenso de las cuestiones relacionadas con la imprudencia que se exponen a continuación, véase Larry Alexander, 'Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability', *California Law Review* , 88 (2000), 931.

(32) Véase ibíd., pág. 954, n. 62. Véase también Kimberly Kessler Ferzan, 'Opaque Recklessness', *Journal of Criminal Law and Crimología* , 91 (2001), 1.

(33) Véase el artículo general de Larry Alexander, 'Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability', *California. Law Review* , 88 (2000), 931; Dan M. Kahan, 'Dos falacias liberales en el debate sobre los crímenes de odio', *Law and Filosofía* , 20 (2001), 175, 180-2. Aunque la preocupación insuficiente denota un defecto de carácter, eso no significa que el merecimiento retributivo, que se basa en la culpabilidad, esté, en un nivel fundamental, basado en el carácter. Porque los defectos de carácter que se revelan por las decisiones que expresan una preocupación insuficiente son justamente eso: defectos de carácter.

— *tal como se revela en las elecciones* . Los defectos de carácter que no se revelan de esa manera no deberían ser la base de respuestas retributivas. Véase Heidi M. Hurd, 'Why Liberals Should Hate “Hate Crimes Legislation”', *Law and Philosophy* , 20 (2001), 215, 224–32.

También debo señalar que en algunos casos, cuando las prohibiciones penales reflejan restricciones deontológicas (por ejemplo, impedir el asesinato de una persona inocente para salvar a diez), o son deliberadamente demasiado amplias por razones consecuencialistas (por ejemplo, impedir asesinatos por piedad moralmente justificables), la preocupación insuficiente y la culpabilidad legal pueden desmoronarse. Véase Larry Alexander y Emily Sherwin, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemas del derecho* (2001), cap. 4.

(34) Véase el artículo general de Larry Alexander, 'Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability', *California. Revista de Derecho* , 88 (2000), 931.

(35) Véase el Código Penal Modelo, § 2.02(d).

(36) Véase el artículo general de Larry Alexander, 'Insufficient Concern', 949–53; Larry Alexander, 'Reconsidering the Relationship'.

(37) Véase Dressler, *Understanding Criminal Law* , 125.

(38) Por supuesto, se puede actuar deliberadamente con respecto a F o L , incluso si se cree erróneamente que el acto no producirá F o L , si el objetivo consciente de la acción es que se produzcan F o L , y también se cree que se está aumentando la probabilidad de que se produzcan F o L , aunque obviamente no en más del 50 por ciento. Y la imprudencia sólo requiere la creencia en un riesgo de magnitud suficiente para ser injustificable, no que la creencia con respecto a la magnitud sea correcta.

(39) Véase el Código Penal Modelo, § 2.02(9).

(40) Véase, por ejemplo, el Código Penal Modelo, § 5.01(1) (a), (b).

(41) Véase Larry Alexander, 'Errores inculpatorios y exculpatorios y la distinción entre hechos y derechos: un ensayo en memoria de Myke Bayles', *Law & Philosophy* , 12 (1993), 33, 65–7.

(42) Véase la sección 2.5.2 a continuación.

(43) El análisis de esta sección se basa en gran medida en Larry Alexander, 'Crime and Culpability', *Journal of Cuestiones jurídicas contemporáneas* , 5 (1994), 1.

(44) El análisis de esta sección se basa en gran medida en Larry Alexander y Kimberly D. Kessler, 'Mens Rea and Inchoate Crimes', *Journal of Criminal Law and Criminology* , 87 (1997), 1138.

(45) Véase el Código Penal Modelo, §§ 2.06(3)(a); 5.02(1); 5.03(1).

(46) Véase Larry Alexander, 'Insufficient Concern', 944–7.

(47) Véase ibíd.; Sanford H. Kadish, 'Complicidad temeraria', *Journal of Criminal Law & Criminology* , 87 (1997), 369.

(48) El análisis de esta sección se basa en gran medida en Larry Alexander, 'Inculpatory and Exculpatory Mistakes', 43–

70.

(49) Lo siguiente se basa en conversaciones con Michael Moore.

(50) 495 Estados Unidos 116 (1982).

(51) 2 Libro de Referencia 354 (1974).

(52) Las cuestiones de causalidad que omito debido a mi ecuación de intentos y éxitos a los efectos de evaluar el merecimiento negativo se analizan de manera útil y extensa en *Placing Blame* . Véase también Michael S. Moore,

'Causación y responsabilidad', *Social Philosophy & Policy* , 16 (1999), 1. Moore, por supuesto, cree que los éxitos aumentan el merecimiento negativo en relación con los intentos subyacentes. La causalidad, por lo tanto, es un enigma que él, a diferencia de mí, debe resolver.

(53) Para una discusión útil de la individuación del delito basada en la individuación del acto, véase Moore, *Act and Crime* , 305–

90.

(54) Debo esta caracterización a Leo Katz.

(55) Por esta razón, coincido con la decisión del Código Penal Modelo de tratar la (ausencia de) justificación como una cuestión que la acusación debe probar más allá de toda duda razonable y sobre la cual el acusado sólo tiene la carga de presentar pruebas. Véase el Código Penal Modelo, §§ 1.12(2) (a); 1.13(9) (c), (10). Véase también la nota 23 supra.

(56) Para una muestra del debate sobre el actor inconscientemente justificado, véase Heidi M. Hurd, 'Justification and Excuse, Wrongdoing and Culpability',

Notre Dame Law Review , 74 (1999), 1551; Paul H. Robinson, 'Competing Theories of Justification: Deeds vs. Reasons', en *Harm and Culpability* , ed. AP Simester y ATH Smith (1996); Paul H.

Robinson, 'Una teoría de la justificación: el daño social como requisito previo para la responsabilidad penal', *Universidad de California en Los Angeles Law Review* , 23 (1975), 266; George Fletcher, 'La acción correcta por la razón equivocada: una respuesta al Sr.

Robinson', *University of California en Los Ángeles Law Review* , 23 (1974), 1269.

(57) Es decir, un error no culposo en cuanto a que existen motivos fácticos para una justificación niega *el mens rea* . Un error en cuanto a si esos motivos son legalmente suficientes para justificar una violación equivale a un error de derecho.

(58) Véase, por ejemplo, el Código Penal Modelo, § 3.02(1).

(59) Véase en general FM Kamm, *Morality, Mortality* , i (1996), 143–71.

(60) Véase el Código Penal Modelo, § 3.02(1) (c).

(61) Véase Larry Alexander y Emily Sherwin, *La regla de las reglas: moralidad, reglas y los dilemas del derecho* (Durham: Duke University Press, 2001), cap. 4.

(62) Las cuestiones de esta sección se analizan extensamente en Larry Alexander, 'A Unified Defense of Pre-emptive Self-Protection', *Notre Dame Law Review* , 74 (1999), 1475, 1476–86, 1494–505; Larry Alexander, 'Self-Defense, Justification, and Excuse', *Philosophy & Public Affairs* , 22 (1993), 53.

(63) Estos argumentos sobre la fuerza defensiva, por supuesto, se basan en valores sustantivos y, por lo tanto, se podría considerar que sería más apropiado analizarlos en el contexto de la Parte Especial del derecho penal. Los retomo aquí sólo porque la legítima defensa se analiza habitualmente en la Parte General. Debo este punto a Mitchel Berman.

(64) Véase, por ejemplo, el Código Penal Modelo, § 4.01(1).

(65) Véase Stephen J. Morse, 'Racionalidad y responsabilidad', *Southern California Law Review* , 74 (2000), 251, 256–8.

(66) Véase Schopp, *Automatismo, locura y psicología de la responsabilidad criminal* , 27–70.

(67) Véase la nota 55 supra.

(68) Véase, por ejemplo, Peter Arenel, 'Convicting the Moral and Blameless: Reassessing the Relationship between Legal and Moral Accountability', *University of California en Los Ángeles Law Review* , 39 (1992), 1511.

(69) Véase, por ejemplo, el Código Penal Modelo, § 2.08(2).

(70) Véase el texto que sigue a la nota 62.

(71) Véase Larry Alexander, 'Una defensa unificada', 1494-8.

(72) Joel Feinberg, *Los límites morales del derecho penal: iv: La infracción inofensiva* (1988); Joel Feinberg, *Los límites morales del derecho penal: iv: La infracción inofensiva (1988); Límites morales del derecho penal: iii: Daño a sí mismo* (1986); Joel Feinberg, *Los límites morales del derecho penal: ii: Ofensa a otros* (1985); Joel Feinberg, *Los límites morales del derecho penal: i: Daño a otros* (1984).

(73) Feinberg, *Los límites morales del derecho penal* , i: 215.

(74) ibíd., págs. 215-216.

(75) Feinberg, *Los límites morales del derecho penal* , i: 215.

(76) ibíd., pág. 216.

(77) ibíd., págs. 244-245.

(78) ibíd., pág. 217.

(79) Feinberg, *Los límites morales del derecho penal* , i i.

(80) Feinberg, *Los límites morales del derecho penal* , iv.

(81) Feinberg, *Los límites morales del derecho penal* , i: 240.

(82) Feinberg, *Los límites morales del derecho penal* , iv: 285.

(83) ibíd., pág. 132.

(84) ibíd., pág. 128.

(85) ibid. en 133–40. John Kekes ha argumentado recientemente que se trata de una interpretación errónea de la posición de Devlin, y que Página 34 de 37

Devlin sólo abogaba por la aplicación de esa parte del código moral esencial para proteger un mínimo de buenas vidas, tal vez la misma parte del código moral que Feinberg querría aplicar. John Kekes, 'The Enforcement of Morality', *American Philosophical Quarterly* , 37 (2000), 23, 27-8.

(86) Ronald Dworkin, *Tomar los derechos en serio* (1977), 248–53.

(87) Moore, *Echar la culpa* , 68–78.

(88) ibíd., cap. 18.

(89) Feinberg, *Los límites morales del derecho penal* , i: cap. 4.

(90) Véase la sección 3.3 a continuación.

(91) Debo señalar que si alguien mereciera un castigo por actos sumamente imprudentes, el castigo aumentaría la imprudencia. ¿Aumentaría eso entonces el merecimiento negativo y, por lo tanto, el castigo y, por lo tanto, el merecimiento negativo, *hasta el infinito* ?

(92) Feinberg, *Los límites morales del derecho penal* , i .

(93) ibíd., pág. 1.

(94) ibíd., págs. 10-13.

(95) ibíd., págs. 60-71.

(96) Irving Kristol, 'Pornografía, obscenidad y el caso de la censura', *The New York Times Magazine* (28

Marzo de 1971).

(97) Feinberg, *Los límites morales del derecho penal* , iv: 22, 132.

(98) ibíd., págs. 330-331.

(99) ibíd., pág. 132, 329–31.

(100) Moore, *Echar la culpa* , 70.

(101) ibíd., págs. 662-663.

(102) ibíd., pág. 756.

(103) ibíd., págs. 663-665.

(104) ibídem. en 76–8, 747–8.

(105) ibíd., págs. 763–77.

(106) ibíd., pág. 775.

(107) ibíd., págs. 779–95.

(108) ibídem. en 780–1, 783–7.

(109) ibíd., págs. 782-784.

(110) ibíd., págs. 787–8.

(111) ibíd., págs. 792-795.

(112) Joseph Raz, *La moralidad de la libertad* (1986), 397.

(113) ibíd., págs. 380-1.

(114) ibíd., págs. 380 y 412.

(115) ibídem. en 380–1, 410–12.

(116) ibíd., págs. 418-422.

(117) ibíd., pág. 418.

(118) ibíd.

(119) Feinberg, *Los límites morales del derecho penal* , i : 61–61.

(120) ibíd., págs. 57-8.

(121) Véase Larry Alexander, 'Daño, delito y moralidad', *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence* , 7

(1994), 199.

(122) Es una pregunta interesante, que el espacio impide abordar aquí, la de si las regulaciones estéticas recaen en

el lado ofensivo de la vista, el olfato o el sonido o en el lado ofensivo porque viola las normas.

Los juicios de fealdad parecen fenomenológicamente diferentes de los juicios de ofensa debidos a violaciones de normas; pero es posible que los primeros descansen en última instancia en normas sociales que han quedado enterradas en el subconsciente.

En una correspondencia privada, Mitch Berman ha sugerido una distinción entre dos formas en que las violaciones de las normas pueden causar ofensa. Escribe: "Me pregunto si Feinberg podría tener algún éxito si respondiera trazando la distinción (a grandes rasgos) en términos de si la creencia de que la conducta viola una norma funciona en el proceso cognitivo de experimentar la ofensa. Así, por ejemplo, la ofensa de ver la defecación en público puede ser específica de una cultura, pero no parece depender de un sentido consciente de su carácter de violadora de normas, como sí lo hace la ofensa de Agnes por el adulterio. Dicho de otro modo, tal vez incluso si la mayor parte de la conducta que nos ofende lo hace en virtud de su burla de las normas, sólo una parte de ella nos ofende *en cuanto* burla de las normas". Correo electrónico de Mitchel Berman, 9 de mayo de 2001.

(123) Feinberg, *Los límites morales del derecho penal* , iv: 15–16.

(124) Debería ser obvio que la aplicación del requisito de "acto voluntario" a las omisiones no plantea problemas. Si uno se da cuenta de que existen o es probable que existan motivos para un deber de actuar y, no obstante, se abstiene de desear el acto requerido, ha omitido voluntariamente actuar en el sentido pertinente al requisito de acto voluntario.

(125) Véase Dressler, *Understanding Criminal Law* , 86.

(126) Véase en general Larry Alexander, 'Criminal Liability for Omissions: An Inventory of Issues' (próximamente en la antología británica, 2001).

(127) También existe una cuestión relativa a cuán desviada o remota puede ser la cadena causal entre la conducta del actor y el peligro de la víctima.

(128) Véase el artículo general de Larry Alexander, 'Deberes afirmativos y los límites del autosacrificio', *Law & Philosophy* , 15

(1996), 65.

(129) Véase general y Véase general y Larry Alexander, 'Deontología en el umbral', *San Diego Law Review* , 37

(2000), 893.

Larry Alexander

Larry Alexander es profesor distinguido de la Cátedra Warren en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Diego. Es autor o coautor de cinco libros, editor de cuatro antologías y autor o coautor de 180 artículos, ensayos y capítulos. Su libro más reciente (con Kimberly Ferzan) es *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law* (Cambridge University Press, 2009). Es coeditor de la revista *Legal Theory* y forma parte de los consejos editoriales de *Ethics, Law & Philosophy, Criminal Law & Philosophy* y *Ohio State University. Revista de Derecho Penal* .





Filosofía del Derecho Internacional

Al en Buchanan y David Golove

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho Internacional

Ley

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento original: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0021

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo pone énfasis en la tarea de enmarcar algunas de las cuestiones centrales de la filosofía del derecho internacional. Aborda la dimensión normativa del derecho internacional —la teoría moral de la doctrina y las instituciones jurídicas internacionales—, no lo que Hart llamaría la dimensión analítica, ni la epistemología del derecho internacional. Desarrolla un concepto de la relación entre la teorización normativa sobre el derecho internacional y las realidades del actual sistema internacional centrado en el Estado. Articula la mayoría de las cuestiones que debe abordar una teoría normativa del derecho internacional, indicando las opciones clave a las que se enfrenta un teórico y, por lo tanto, sugiere una agenda para futuras investigaciones. También analiza los derechos humanos, la intervención humanitaria y las condiciones para la legitimidad de los gobiernos, que tendrán implicaciones directas y bastante obvias.

Palabras clave: dimensión normativa, derecho internacional, teorización normativa, derechos humanos, intervención humanitaria **1 Curiosa negligencia**

Los filósofos políticos contemporáneos tienden a descuidar las relaciones internacionales. Los filósofos del derecho

contemporáneos suelen decir incluso menos sobre la filosofía del derecho internacional. La obra de Rawls ha dominado la filosofía política durante más de un cuarto de siglo, pero sólo recientemente ha extendido su teoría a la esfera internacional, y sólo de manera bastante esquemática.

1 Los principales filósofos contemporáneos del derecho actúan en gran medida como si no existiera un sistema jurídico internacional sobre el cual teorizar.2

(p. 869) Hay algunas excepciones notables y bastante recientes a esta negligencia general. En la filosofía política contemporánea, hay importantes discusiones sobre la justicia distributiva internacional, pero en su mayor parte los principios que se ofrecen están, en el mejor de los casos, apenas conectados con instituciones, incluidas las instituciones de derecho internacional.3 Sin embargo, la forma en que se institucionalicen los principios propuestos puede marcar una diferencia; los principios que parecen plausibles para tomar decisiones puntuales pueden no ser adecuados como reglas institucionales.

Aun cuando se reconoce la importancia de las instituciones para lograr la justicia distributiva internacional, poco se dice sobre qué papel distintivo, si es que tiene alguno, debería desempeñar el derecho internacional.4 Por el contrario, ha habido una gran cantidad de trabajos valiosos en la teoría liberal positiva de las relaciones internacionales, incluidas exploraciones significativas del papel del derecho internacional en el sistema internacional en su conjunto.

5 Pero ha habido poca conexión explícita entre lo positivo

y la teorización normativa. Los teóricos liberales positivos de las relaciones internacionales y el derecho internacional, comprensiblemente, se han concentrado en desarrollar un marco explicativo que desafíe el paradigma realista dominante en las relaciones internacionales y, como científicos sociales, no se les puede culpar por abstenerse de desarrollar una teoría normativa. Más problemático aún, la minoría de filósofos políticos que intentan extender sus puntos de vista normativos al ámbito internacional, en su

mayor parte, no han sido muy explícitos acerca del papel de la teoría positiva en su empresa.6 Más adelante argumentaremos que una vez que se ha demostrado la debilidad de al menos las formas más extremas de la teoría **, la teoría positiva es una teoría que se ha vuelto cada vez más difícil de aplicar.**

Filosofía del Derecho Internacional

Se valora la teoría realista de las relaciones internacionales y queda claro el camino para emprender la tarea de elaborar una teoría moral del derecho internacional.

También existe una rica y floreciente literatura normativa sobre la libre determinación, la secesión y los derechos de los grupos, temas que, como demostraremos, son centrales para la filosofía del derecho internacional.7 Sin embargo, con sólo unas pocas excepciones, los trabajos en estas áreas no extraen ninguna implicación institucional de los principios morales que enuncian o, cuando lo hacen, se centran sólo en las instituciones nacionales. Incluso los pocos teóricos que sugieren que sus opiniones sobre la secesión y la libre determinación podrían incorporarse al derecho internacional tienden a suponer que el razonamiento moral que utilizan para apoyar sus principios preferidos no necesita tener en cuenta el hecho de que estos principios deben implementarse a través de instituciones jurídicas internacionales. Lo más notable es que las opiniones sobre la libre determinación y la secesión suelen desarrollarse sin referencia a la doctrina y la práctica jurídicas internacionales existentes y sin considerar cómo los principios morales que se ofrecen podrían incorporarse al sistema jurídico internacional.

El estado relativamente subdesarrollado de la filosofía del derecho internacional puede atribuirse a al menos tres factores. En primer lugar, es sólo un ejemplo de una falla más general en la filosofía moral y política contemporánea: el descuido de la teoría moral *institucional* . Con demasiada frecuencia se supone que los efectos de intentar institucionalizar esos principios, o incluso de actuar de acuerdo con ellos de manera efectiva dadas las limitaciones institucionales existentes, son completamente irrelevantes para la tarea de justificarlos. El resultado de esta manera

de proceder es que se aprueban principios que no son adecuados para la institucionalización, porque son incompatibles con los acuerdos institucionales existentes cuyo abandono sería moralmente prohibitivo incluso si fuera posible, o porque institucionalizarlos generaría incentivos que socavarían la realización de otros principios importantes.

(p. 871) En segundo lugar, hasta hace poco tiempo la teoría realista de las relaciones internacionales ha sido dominante, y según ella la teorización moral sobre las relaciones internacionales y, por ende, sobre el derecho internacional es inútil. Aunque en los últimos años el realismo ha sido desafiado vigorosamente mediante críticas fragmentarias de sus supuestos clave y, de manera más sistemática, por la teoría liberal positiva, sus implicaciones pesimistas para la empresa normativa pueden persistir, especialmente entre los filósofos políticos y los filósofos del derecho que no están familiarizados con las graves debilidades de la visión realista.8

En tercer lugar, muchos tienen una visión bastante despectiva del derecho internacional, considerándolo, en el mejor de los casos, una pálida sombra de lo que comúnmente consideramos un sistema jurídico. Así, un comentarista ha afirmado que "el derecho internacional es al derecho lo que la lucha libre profesional es a la lucha libre", lo que implica que el derecho internacional es en gran medida pompa y pose, y que los resultados están más o menos determinados por los Estados dominantes. 9 La forma más extrema de esta visión -el nihilismo jurídico- niega que lo que se llama derecho internacional sea derecho.

En varios puntos de este capítulo se hará hincapié en la importancia del razonamiento moral institucional, a medida que avancemos en la tarea de enmarcar algunas de las cuestiones centrales de la filosofía del derecho internacional. Pero como creemos que el hecho de no tomar en serio a las instituciones es algo omnipresente en la teoría moral contemporánea y no en absoluto peculiar de la filosofía del derecho internacional (o de la relativa falta de ella), nos concentraremos principalmente en el desafío realista y en la negación del nihilismo jurídico de que exista

un objeto de estudio para una filosofía del derecho internacional.

Es necesario destacar una limitación importante de nuestro análisis. Este capítulo aborda la dimensión normativa del derecho internacional —la teoría moral de la doctrina y las instituciones jurídicas internacionales—, no lo que Hart llamaría la dimensión analítica (¿qué hace que una norma sea parte del derecho internacional?, ¿qué es el derecho internacional?), ni la epistemología del derecho internacional (¿cuáles son las formas de conocer los hechos jurídicos del derecho internacional?). Después de responder a los desafíos realistas y nihilistas jurídicos a la empresa de la filosofía normativa del derecho internacional, (1) desarrollamos una concepción de la relación entre la teorización normativa sobre el derecho internacional y las realidades del actual sistema internacional centrado en el Estado y (2) articulamos la mayoría de las cuestiones principales que debe abordar una teoría normativa del derecho internacional, indicando las opciones clave que enfrenta un teórico y sugiriendo así una agenda para futuras investigaciones. Un área importante en el dominio de una teoría moral del derecho internacional no será abordada explícitamente, únicamente por razones de espacio: la teoría de la guerra justa. Tradicionalmente, la teoría de la guerra justa incluye dos componentes: una explicación de las justificaciones para ir a la guerra y un conjunto de restricciones sobre cómo se puede llevar a cabo la guerra. Aunque no abordaremos ninguno de estos temas de manera explícita, lo que digamos **(p. 872)** sobre los derechos humanos, la intervención humanitaria y las condiciones para la legitimidad de los gobiernos tendrá implicaciones directas y bastante obvias para ellos.10

2 El desafío realista y el paradigma liberal en competencia

Según el realismo, la naturaleza de las relaciones internacionales excluye la moralidad en esa esfera, y como

la moralidad no es operativa en la esfera internacional, una teoría moral del derecho internacional es un ejercicio inútil.1

1 Hay

Existen varias variaciones sobre el tema realista, y en algunos casos no está claro qué se quiere decir exactamente con la tesis de que la moralidad no es operativa en las relaciones internacionales. Esto podría significar que (i) los "deberes" morales no se aplican a las relaciones internacionales, que no hay afirmaciones verdaderas o justificadas sobre lo que alguien debería (moralmente) hacer; o que (i) nadie actúa de hecho moralmente en las relaciones internacionales (ni lo hará en el futuro), o que (ii) el comportamiento moral en las relaciones internacionales es fundamentalmente irracional y, por lo tanto, infrecuente (suponiendo que las partes en esta arena no actúen a menudo de maneras fundamentalmente irracionales). En cualquiera de estas interpretaciones, el realismo no deja lugar para una teoría moral del derecho internacional. Si la interpretación (i) es correcta, entonces no puede haber una teoría moral verdadera o justificada del derecho internacional; si (i) es correcta, entonces una teoría moral del derecho internacional será prácticamente irrelevante porque nadie intentará nunca implementarla; y si (ii) es correcto, entonces una teoría moral de las relaciones internacionales será relevante sólo para agentes fundamentalmente irracionales (quienes, se supone, constituirán una minoría de los actores internacionales).

El último de estos argumentos es la opinión más común entre los realistas en la actualidad. Por lo general, el realista caracteriza las relaciones internacionales como un estado de naturaleza hobbesiano, con las siguientes características: (*a*) No existe un soberano global, ningún árbitro supremo capaz de hacer cumplir las reglas de cooperación pacífica. (*b*) Existe una igualdad (aproximada) de poder, de modo que ningún estado puede dominar permanentemente a los demás. (*c*) La preferencia fundamental de los estados es sobrevivir. (*d*) Dadas las condiciones (*a*) y (*b*), lo que es racional que haga cada estado es esforzarse por todos los medios por

dominar a los demás **(p. 873)** para evitar ser dominado (para basarse en lo que Hobbes llama "el principio de anticipación"). (*e*) En una situación en la que cada parte anticipa racionalmente que es racional que los demás dominen, sin restricciones sobre los medios que utilizan para hacerlo, los principios morales son inaplicables.12

En su variante puramente positiva, el realismo es una explicación descriptiva-explicativa de la naturaleza de las relaciones internacionales.

Sin embargo, como hemos señalado, los realistas suelen extraer una implicación metaética de su teoría descriptiva-explicativa: en términos generales, que la moralidad es inaplicable a las relaciones internacionales. Sin embargo, la mayoría de quienes suscriben la teoría descriptiva-explicativa de los realistas extraen una implicación moral importante, incluso mientras niegan la aplicación de los principios morales a las relaciones internacionales en general: el principio de que los líderes estatales deben actuar en interés de sus estados sin tener en cuenta las restricciones morales. Por lo tanto, es útil distinguir entre el realismo positivo, que describe las relaciones internacionales como un estado de guerra hobbesiano, y lo que podría llamarse realismo fiduciario. Según estos últimos, los funcionarios estatales responsables, reflexionando sobre la naturaleza (hobbesiana) de las relaciones internacionales, deberían actuar sólo de modo de maximizar las perspectivas de supervivencia de sus estados, sin tener en cuenta ninguna restricción moral.13 Los realistas fiduciarios no son nihilistas morales ni escépticos: creen que los líderes estatales tienen obligaciones morales hacia sus propios pueblos, pero creen que cumplir con estas obligaciones requiere rechazar cualquier restricción moral al comportamiento hacia otros estados. Los realistas fiduciarios hacen caso omiso de otros principios morales en aras de actuar en función de una obligación moral primordial: servir a los intereses de sus estados.14

El realismo fiduciario debe distinguirse de lo que podría llamarse nihilismo jurídico. El nihilista jurídico sostiene que no existe materia para una teoría normativa del derecho internacional, porque no existe tal cosa como *el derecho*

internacional . En apoyo de la afirmación de que no existe el derecho internacional, el nihilista jurídico señala que el llamado sistema jurídico internacional carece de (i) un mecanismo de aplicación de sus normas, (i) una legislatura internacional, (ii) tribunales con jurisdicción obligatoria y (iv) lo que Hart llama una regla de reconocimiento, un criterio definitivo para determinar qué es derecho en el sistema.1

5 Además, algunos que niegan la existencia del derecho internacional lo hacen sobre la base de que el concepto mismo de soberanía estatal es incompatible con la idea de una ley que vincule a los Estados: ser soberano es ser el creador último de la ley **(p. 874)** y, por lo tanto, no estar sujeto a ninguna ley superior. Subyacente a la mayoría de las versiones del nihilismo jurídico está la afirmación de que lo que se llama derecho internacional no es derecho porque carece de la efectividad que es una condición necesaria para que un sistema de normas sea derecho.

Por populares y arraigadas que sean las opiniones realistas y nihilistas jurídicas, no plantean obstáculos insuperables a la tarea de elaborar una teoría moral del derecho internacional. El realismo positivo consiste en un conjunto de generalizaciones empíricas dudosas sobre la esfera internacional, mientras que el realismo fiduciario, presuponiendo la verdad de estas generalizaciones empíricas, concluye que, dada esta situación, el funcionario estatal responsable hará caso omiso de las limitaciones morales en la búsqueda de los intereses de su estado. El nihilismo jurídico presupone una concepción indefendiblemente simplista de lo que es necesario para la existencia de un sistema jurídico, exagera las diferencias entre el derecho interno y el derecho internacional.

Filosofía del Derecho Internacional

Derecho internacional y malinterpreta radicalmente el concepto de soberanía estatal.

Consideremos en primer lugar las amplias generalizaciones empíricas que constituyen el núcleo del realismo. Gran parte de los trabajos más interesantes sobre relaciones internacionales de las últimas dos décadas indican que las

relaciones internacionales no son, de hecho, una guerra hobbesiana de unos contra otros. Según muchos estudios recientes, existen patrones estables de cooperación pacífica y regímenes supranacionales eficaces, algunos bilaterales, otros regionales y otros de alcance genuinamente global.

—incluidas alianzas militares defensivas, regímenes financieros, acuerdos comerciales, estructuras de cooperación científica, acuerdos medioambientales y apoyo internacional a los derechos humanos, el desarrollo económico y el socorro en casos de desastre.

Además, la capacidad de asumir compromisos creíbles de cooperación pacífica es un activo valioso tanto para los Estados como para los individuos, y las técnicas para generar confianza son variadas y omnipresentes.16 La supervivencia no es un problema, y mucho menos el único, en muchos contextos de interacción estatal (pensemos, por ejemplo, en las relaciones entre Gran Bretaña y los Estados Unidos durante al menos los últimos 120 años o en las relaciones entre la mayoría de los Estados de Europa occidental durante los últimos cincuenta años).

Los Estados tampoco son ni siquiera aproximadamente iguales en poder y, por lo tanto, en vulnerabilidad. Los Estados poderosos pueden darse el lujo de correr riesgos en sus esfuerzos por fomentar la cooperación. También enfrentan riesgos menores cuando actúan de manera cooperativa porque los costos para los demás de traicionar su confianza pueden ser muy altos.

Quizás lo más importante es que, contrariamente a los realistas, los teóricos internacionalistas liberales han argumentado que las preferencias de los estados no son fijas ni uniformes entre ellos. La teoría liberal (positiva) de las relaciones internacionales ofrece evidencia sustancial para la tesis de que las preferencias estatales (más precisamente, las preferencias expresadas por los líderes estatales en la política oficial) varían, dependiendo del carácter interno del estado, y cambian con el tiempo como una función de las actividades de varios grupos dentro de los estados, particularmente cuando estos interactúan con entidades gubernamentales y no gubernamentales

transnacionales e internacionales.17 Finalmente, según una importante corriente de la teoría liberal **(p. 875)** , la democratización promete expandir la esfera de interacción pacífica y cooperativa mientras que al mismo tiempo implementa más plenamente los principios de derechos humanos, porque las democracias desarrolladas no hacen la guerra entre sí y porque la democracia proporciona la garantía más confiable de que los derechos humanos básicos serán respetados.18 En suma, el realismo positivo ha sido vigorosamente atacado por negar la existencia de la cooperación internacional y por asumir sin suficiente justificación que el grado de cooperación no proporciona y nunca proporcionará espacio para el comportamiento ético y, por lo tanto, para una teoría moral del derecho internacional. Ahora que la teoría realista ha sido seriamente cuestionada, la empresa de desarrollar una teoría moral del derecho internacional, como un elemento de una teoría moral más amplia de las relaciones internacionales, parece factible. Como mínimo, el teórico moral ya no necesita sentirse obligado a emprender un esfuerzo sistemático para refutar las premisas del realismo positivo a fin de avanzar en la teorización moral.

Minimalismo moral . Existe una visión relacionada que, si bien no niega la posibilidad de una teoría normativa del derecho internacional, implica que cualquier teoría de ese tipo debe tener un alcance muy limitado. Según lo que podría llamarse minimalismo moral, una característica esencial y distintiva del derecho internacional es que es un sistema de reglas para la interacción de entidades que no comparten fines.19 La implicación es que la falta de fines compartidos limita severamente el contenido normativo del derecho internacional y, por lo tanto, el alcance de una teoría moral del derecho internacional. Sin embargo, esta visión presenta varias dificultades. En primer lugar, al menos en algunas versiones, la premisa subyacente del argumento parece ser que las reivindicaciones morales solo pueden justificarse sobre la base de un consenso entre aquellos a quienes se aplican las reglas. Aunque no podemos abordar este punto aquí, esta premisa metaética es en sí misma muy controvertida.

En segundo lugar, incluso si aceptamos esta premisa metaética, al menos la mayoría de las sociedades que

componen la comunidad internacional comparten algunos fines: la paz y la creación y el mantenimiento de un marco de interacción estable y predecible. También se puede decir que cualquier Estado que reclame de manera plausible su legitimidad también debe compartir el fin de hacer realidad la justicia interna y que hay algunas pruebas de un consenso cada vez mayor sobre algunos aspectos esenciales de la justicia, por ejemplo, a través de resoluciones y tratados que otorgan un contenido cada vez más específico a los derechos humanos más básicos. Por lo tanto, el minimalista moral debe negar el alcance de este consenso en expansión y negar también la posibilidad de que la comunidad internacional llegue a compartir fines más sólidos en el futuro. Como mínimo, el minimalista moral debe especificar los fines que son compartidos y los que no lo son antes de que podamos evaluar hasta qué punto la ausencia de fines compartidos limita la tarea de teorizar moralmente el derecho internacional.

(p. 876) Este último problema es particularmente agudo porque el minimalismo moral afirma que lo que distingue al derecho internacional del derecho interno es que este último consiste en un marco de reglas para quienes comparten fines, mientras que el primero no. Sin embargo, se suele decir de una sociedad doméstica liberal que su orden público no *se* basa en fines compartidos, aparte de los de seguridad y justicia. Por lo tanto, para argumentar que hay poco margen para la moral, la justicia y la seguridad son necesarias normas jurídicas que permitan a los individuos compartir sus intereses.

Filosofía del Derecho Internacional

Al teorizar sobre el derecho internacional, el minimalista moral debe rechazar la amplia distinción que intenta establecer entre la naturaleza del derecho internacional y la naturaleza del derecho interno o explicar exactamente por qué la falta de fines sustantivos compartidos impide una teorización normativa significativa para el derecho internacional pero no para las instituciones jurídicas liberales internas.

La teoría de Rawls, tal como se desarrolla en *Liberalismo político* y *Derecho de gentes* , puede considerarse como

una respuesta a esta última pregunta: aunque los miembros de las sociedades liberales no comparten fines sustantivos, sí comparten una concepción central de la justicia, la idea de la sociedad como un sistema justo de cooperación entre personas libres e iguales, mientras que el orden internacional contiene sociedades que no comparten esta concepción.20 Esta concepción central compartida de la justicia en las sociedades liberales proporciona la base para un sistema de derecho moralmente más sólido; su ausencia implica que el contenido moral del derecho internacional, al menos en lo que respecta a los derechos humanos, debe ser mínimo. Nótese que el "debe"

En la última oración, la afirmación es ambigua: podría significar que sin una concepción central global y compartida de la justicia, un sistema moral y robusto de derecho internacional no puede ser efectivo o podría significar que no puede ser moralmente y justificado. La primera es una afirmación sobre la viabilidad; la segunda, al menos para Rawls, es una afirmación sobre la legitimidad, sobre las condiciones bajo las cuales es moralmente y justificable hacer cumplir los principios. En la visión de Rawls, no es moralmente y justificable obligar a otros a cumplir con principios que ellos pueden, desde el punto de vista de sus propias concepciones (razonables) de la justicia o del bien, rechazar razonablemente. Para el minimalista moral rawlsiano, el hecho de que las personas en sociedades no liberales no compartan la concepción básica de la sociedad como un sistema justo de cooperación entre personas libres e iguales implica que pueden rechazar razonablemente los tipos de principios sustantivos que pueden incluirse en un sistema legal liberal.

De manera similar, los sistemas jurídicos de las sociedades no liberales pueden incluir justificadamente principios morales sustantivos que sería ilegítimo imponer a una sociedad liberal, principios que los liberales podrían rechazar razonablemente, dada su concepción compartida de la justicia o sus fines sustantivos compartidos. Por lo tanto, la falta de una concepción central compartida globalmente de la justicia implica que el contenido del derecho internacional, que debe vincular a todas las sociedades, liberales y no liberales, debe ser mínimo.

La afirmación de que no existe una concepción central de la justicia capaz de proporcionar la base para una teoría del derecho internacional moralmente sólida es una afirmación empírica sobre el alcance del desacuerdo moral entre los Estados. Sin embargo, se puede argumentar que, de hecho, existe una cultura global en expansión de los derechos humanos que refleja un consenso creciente sobre una concepción de la justicia basada en el reconocimiento de la **igualdad** y la libertad de todas las personas.

(Por ejemplo, el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos").2

1 Según esta visión, la noción de igualdad y libertad expresada en las principales convenciones de derechos humanos puede proporcionar la base para el desarrollo de una teoría moral del derecho internacional cuyo contenido sea sustancial.

Por último, el minimalista moral pone el carro delante de los bueyes. La posibilidad de que se llegue a un consenso sobre los fines sustantivos en la comunidad internacional puede depender en parte de cómo evolucione el derecho internacional y de si se puede articular una teoría moral del derecho internacional de manera que obtenga un apoyo generalizado. Es probable que la sociedad internacional carezca actualmente de los recursos institucionales necesarios para lograr el grado de acuerdo sobre los fines sustantivos del que gozan muchas sociedades nacionales (aunque ciertamente no todas), pero no se puede descartar la posibilidad de que esto cambie.

De hecho, el sistema jurídico internacional ya incluye principios, prácticas e instituciones que contribuyen al surgimiento de un consenso más amplio sobre el contenido de las normas de derechos humanos. Por ejemplo, los múltiples procesos mediante los cuales se supervisa el cumplimiento de los derechos humanos, incluido el funcionamiento del Comité Internacional de Derechos Humanos para responder a las denuncias sobre violaciones, no dejan inalterada nuestra comprensión del contenido de las normas de derechos humanos. Por el contrario, estos procesos contribuyen a la formación de creencias

compartidas más determinadas sobre lo que son los diversos derechos humanos.

Naturalmente, no se puede suponer que los recursos existentes en el derecho internacional sean suficientes para lograr un contenido determinado y moralmente defendible para las normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos, ni para producir un sistema de normas que, en su conjunto, sea lo bastante coherente y potente como para abordar todas las cuestiones. La teorización moral tiene su propia contribución que hacer, al articular principios básicos y proporcionar una justificación para el desarrollo de nuevos recursos institucionales. Al final, la mejor manera de determinar el alcance de una teoría moral del derecho internacional es emprender el proceso de construcción de una teoría y luego ver si proporciona o no una orientación práctica para mejorar el sistema.

El nihilismo jurídico . Hay dos maneras de entender la perspectiva nihilista jurídica: como una afirmación analítica sobre las características que debe tener un sistema de normas para constituir un sistema jurídico, junto con la afirmación de que lo que llamamos derecho internacional no satisface esas condiciones; o como una afirmación de que un sistema de normas no es un sistema jurídico a menos que sus normas restrinjan o determinen efectivamente el comportamiento de aquellos a quienes se dirigen las normas, junto con la afirmación de que el derecho internacional no es efectivo. Ambas concepciones del nihilismo jurídico plantean cuestiones fundamentales sobre la naturaleza del derecho que no pueden abordarse en profundidad aquí. En cambio, sólo abordamos brevemente la afirmación analítica en la medida en que busca plantear un desafío a la posibilidad, o coherencia, de una teoría normativa del derecho internacional.

(p. 878) Entendido como una afirmación analítica sobre la naturaleza del derecho, el nihilismo jurídico no viene al caso. El nihilista señala la falta de un agente reconocido con el monopolio del uso legítimo de la fuerza para hacer

cumplir las normas del sistema, la falta de un cuerpo legislativo con la capacidad de legislar nuevas normas y la falta de un sistema de tribunales con jurisdicción obligatoria para resolver disputas. El nihilista también puede afirmar que el derecho internacional carece de una regla de reconocimiento en el sentido de HLA Hart. Pero el hecho de que estas características de los sistemas jurídicos nacionales sean o no una parte necesaria del concepto de derecho, y el hecho de que el nihilista haya entendido correctamente el carácter del sistema jurídico internacional, es en gran medida irrelevante para la dimensión normativa de las relaciones internacionales. Porque incluso si fuera cierto que lo que llamamos el sistema jurídico internacional no es un sistema jurídico en sentido estricto, sin duda tiene fuertes afinidades con lo que son, sin duda, sistemas de derecho. Además, debido a que este sistema reivindica la supremacía en su dominio e incluye disposiciones sobre sanciones, e incluso el uso de la fuerza, para obligar al cumplimiento de sus normas, es un tema tan adecuado para la teorización moral como lo que el nihilista considera un sistema legal propiamente dicho.

El enfoque del nihilista legal sobre la efectividad del sistema legal internacional es aún más problemático. Las características del sistema internacional que señala el nihilista pueden muy bien ser defectos que limitan el grado en que el derecho internacional puede guiar efectivamente la conducta de los estados y otros actores. Pero por las razones que ya hemos explicado al hablar del realismo, a pesar de estos defectos, las instituciones internacionales existentes han demostrado ser efectivas en apoyar la cooperación pacífica y guiada por reglas en muchas áreas. Incluso en el difícil ámbito de los derechos humanos, donde el derecho internacional ha sido violado a menudo, las normas de derechos humanos han tenido, no obstante, efectos importantes sobre los gobiernos opresores. Por ejemplo, el hecho mismo de que existan pactos de derechos humanos firmados por la gran mayoría de los estados ejerce presión sobre los estados opresores para que nieguen que están violando los derechos humanos incluso cuando de hecho lo hacen, equipa a las fuerzas dentro y fuera del estado opresor con poderosos mecanismos para ejercer presión sobre ellos e influye en el carácter del discurso normativo en los foros internacionales. Más

importante aún, hay muchas áreas del derecho internacional en las que el cumplimiento es bastante impresionante, por ejemplo, en lo que respecta a los acuerdos comerciales, el derecho del mar, la inmunidad diplomática, los tratados que rigen el espacio ultraterrestre y la Antártida, las regulaciones postales y de comunicaciones internacionales y muchas otras. Además, no hay razón para descartar la posibilidad de que la capacidad de estas instituciones crezca con el tiempo; de hecho, que puedan adoptar una o más de las características cuya ausencia perturba al nihilista. Al rechazar esta posibilidad, el nihilista revela que su visión es en gran medida parasitaria del realismo. Como las relaciones internacionales son un estado de naturaleza hobbesiano afligido por un problema de seguridad masivo, el nihilista podría argumentar que los estados nunca permitirán el surgimiento de un sistema que tenga las características (incluido un mecanismo de ejecución, tribunales de jurisdicción obligatoria, etc.) que los vinculen genuinamente. Sin embargo, si el realismo ya no se puede dar por sentado como hemos sostenido, entonces la posición del nihilista legal se vuelve mucho menos convincente. Al igual que el desafío realista **(p. 879)** , no plantea un obstáculo insuperable para una teoría normativa del derecho internacional.

Algunos nihilistas jurídicos plantean otro tipo de afirmación conceptual. Sostienen que no puede haber derecho internacional porque la soberanía de los Estados impide que estén sujetos a ninguna ley. Pero, como Hart argumentó de manera convincente, esta afirmación no comprende que los poderes, derechos e inmunidades que constituyen la soberanía están definidos por el derecho internacional. El concepto de Estado soberano es un concepto relacional e institucional: ser soberano es ser miembro de un sistema de entidades definidas por el derecho internacional y sujetas a él.22 Los poderes de la soberanía tal como los define el derecho internacional han cambiado y presumiblemente volverán a cambiar en el futuro. Por ejemplo, una característica distintiva del derecho internacional desde al menos 1945 es que los Estados soberanos ya no tienen derecho a violar los derechos humanos de sus ciudadanos ni a participar en una guerra de agresión.23

Nuestro propósito aquí no es proporcionar una refutación concluyente de las diversas afirmaciones analíticas del nihilismo jurídico sobre qué es el derecho, ya que, como ya hemos argumentado, abordar seriamente el debate analítico es conceder demasiado al nihilismo jurídico. Incluso si fuera cierto que lo que llamamos el sistema jurídico internacional no es un sistema jurídico en sentido estricto, sin duda tiene fuertes afinidades con lo que son, sin duda, sistemas de derecho. Además, debido a que esta

Si bien el sistema reivindica la supremacía en su dominio e incluye disposiciones para el uso de la fuerza para obligar al cumplimiento de sus normas, es un tema tan adecuado para la teorización moral como lo que el nihilista considera un sistema legal propiamente dicho.

La legitimidad moral del sistema estatal . Vale la pena considerar un último desafío a la empresa de teorizar normativamente el derecho internacional. El derecho internacional consiste principalmente en reglas para la interacción de los Estados.

Por lo tanto, una teoría normativa del derecho internacional debe presuponer la existencia de los Estados. Pero los Estados se definen institucionalmente dentro del sistema estatal como poseedores de privilegios únicos *frente a* cualquier otro actor. En esa medida, la teorización normativa sobre el derecho internacional parecería presuponer la legitimidad del sistema estatal y con ella la supremacía del Estado. Sin embargo, al presuponer la legitimidad y la supremacía del Estado, la teorización normativa sobre el derecho internacional ayuda a legitimar el sistema estatal y, por lo tanto, a perpetuar la capacidad de los Estados de cometer grandes males morales e impedir el progreso moral.24 Después de todo, son los Estados quienes participan en las guerras, los conflictos humanos más destructivos, y quienes **(p. 880)** son los violadores más frecuentes y atroces de los derechos humanos.

Además, el control sobre los recursos que el sistema estatal otorga a los estados como elemento de soberanía es quizás

el mayor impedimento para erradicar las más graves injusticias distributivas de nuestro mundo.

Esta objeción supone erróneamente que la teoría moral sobre el derecho internacional es necesariamente conservadora en lo que respecta al carácter centrado en el Estado del sistema internacional existente. Emprender una teoría moral sobre el derecho internacional sin reconocer que el sistema actual sigue siendo en gran medida un sistema centrado en el Estado sólo podría dar como resultado una teoría de poca relevancia práctica. Sin embargo, al tomar el carácter centrado en el Estado del sistema como un hecho provisional, los teóricos normativos no necesitan respaldar la legitimidad de los Estados existentes o del sistema estatal.2

5 En este caso, es pertinente una distinción conocida entre teoría ideal y no ideal. La teoría ideal especifica el óptimo moral último, bajo el supuesto de que los principios que articula gozarán de pleno cumplimiento. La teoría no ideal articula principios para situaciones en las que hay un incumplimiento grave, incluidos principios diseñados para ayudar a lograr la transición a circunstancias en las que los principios de la teoría ideal puedan implementarse plenamente.26

La cuestión de si la teoría moral ideal más amplia y defendible del derecho internacional incluiría o no un papel destacado para los Estados tal como los conocemos hoy es compleja y probablemente no pueda responderse hasta que tengamos ejemplos mucho más desarrollados de teorías morales de los que tenemos ahora. Pero lo que está claro es que una teoría no ideal con importancia práctica para nuestro mundo debe tomar en serio la existencia y la prominencia actual de los Estados.

Hay, de hecho, varias razones para pensar que incluso la teoría normativa ideal presupondrá algo así como los Estados, aunque quizá con poderes considerablemente reducidos en ciertas dimensiones de la soberanía. En primer lugar, se supone que se necesita una pluralidad de unidades territoriales con considerables poderes de autogobierno para evitar tanto las ineficiencias como las injusticias a las que estaría propenso un gobierno

mundial.27 En segundo lugar, asignar la responsabilidad primaria por porciones del globo a diferentes entidades políticas les proporciona incentivos para conservar los recursos, reduciendo el riesgo de una "tragedia de los comunes" global.28 En tercer lugar, según algunas filosofías políticas, un pluralismo irreductible con respecto a las concepciones del orden público o de la justicia social habla a favor de una pluralidad de unidades políticas, dentro de las cuales diferentes valores pueden encontrar una expresión efectiva.29 (Nótese que no hay inconsistencia entre este argumento y el rechazo del minimalismo moral: el pluralismo podría ser lo suficientemente profundo como para hacer atractivo tener una pluralidad de sociedades políticas basadas en territorios con algunos de los poderes de autogobierno que ahora atribuimos a los estados, sin ser tan profundo como para excluir cualquier contenido moral sustancial para el derecho internacional). En cuarto lugar, se puede argumentar **que** que existen límites a la escala de las unidades políticas en las que puede florecer la democracia y que no es factible un estado global verdaderamente democrático. Por todas estas razones, una división del área del mundo en algo parecido a los estados puede ser moralmente defendible e incluso atractiva, sin considerar el hecho de que en el futuro previsible probablemente nos quedaremos atrapados en un sistema en el que los estados sean constituyentes prominentes.30

Una teoría moral del derecho internacional debe ofrecer una explicación crítica no sólo de cuál debería ser el alcance y los límites de la soberanía estatal, sino también de las condiciones en las que el propio sistema estatal es legítimo. Como la empresa normativa concebida de esta manera no presupone que los Estados o el propio sistema estatal sean moralmente legítimos, no puede ser considerada inherentemente conservadora.

Supongamos, por ejemplo, que la mejor teoría moral del derecho internacional resultara apoyar las siguientes conclusiones: (1) el derecho internacional actual es demasiado restrictivo en lo que respecta al derecho a la secesión; una teoría moral más defendible

Supongamos, además, que la mejor teoría moral también concluyera que (3) la intervención para prevenir violaciones sistemáticas de los derechos humanos fundamentales no sólo era permisible sino obligatoria en ciertos casos; (4) los Estados tienen la firme obligación de redistribuir los recursos en beneficio de los pobres del mundo; y (5) para que el sistema jurídico e institucional internacional fuera legítimo tendría que ser mucho más democrático de lo que es actualmente, es decir, que la influencia desproporcionada que tiene un pequeño número de Estados poderosos en la configuración y aplicación del derecho internacional priva al sistema de legitimidad. Una teoría moral que tuviera estas cinco características plantearía un desafío muy serio al sistema estatal tal como lo conocemos; Sin embargo, podría comenzar tomando como un hecho provisional el carácter centrado en el Estado del sistema existente.

3 La naturaleza de una teoría moral del derecho internacional

Estructura . La estructura fundamental de una teoría normativa del derecho internacional, como teoría ideal, consistiría en los siguientes elementos: (1) una explicación del punto moral **(p. 882)** , o los objetivos de la institución del derecho internacional, los valores morales más fundamentales a los que debería servir, (2) una articulación de las razones morales para apoyar la institución del derecho internacional como un medio para alcanzar esos objetivos o servir a esos valores, (3) una especificación de las condiciones bajo las cuales el sistema jurídico internacional sería legítimo, al menos en el sentido de que exista una justificación adecuada para los procesos de creación y aplicación de las reglas del sistema,3 (

1 4) una declaración de

y la justificación de los principios sustantivos más fundamentales del sistema (incluidos los principios que especifican el alcance y los límites de los derechos humanos, los derechos de las minorías y los derechos de libre determinación, los principios que rigen el uso de la fuerza por parte de los Estados y las organizaciones internacionales (guerra justa e intervención humanitaria),

los principios que especifican los criterios para el reconocimiento de entidades como miembros del sistema y los principios que rigen las relaciones comerciales, la distribución de los recursos globales, la protección del medio ambiente y los regímenes financieros internacionales). La justificación necesaria consistiría principalmente en mostrar cómo la aplicación de estos principios promovería los objetivos morales básicos o los valores fundamentales del sistema y que lo harían de maneras moralmente aceptables.

Para transmitir lo fundamentalmente controvertida que es la teoría moral sobre el derecho internacional, nos limitaremos a señalar que existe un desacuerdo en cuanto al primer punto: la naturaleza de los objetivos o valores que el sistema de derecho internacional debe ayudar a alcanzar o servir. Hasta hace muy poco, la opinión predominante ha sido que el objetivo primordial del sistema es la paz o, más bien, el objetivo aún más limitado de la paz *entre los Estados* (que es compatible con mucha violencia dentro de los Estados) y que la justicia es un objetivo legítimo sólo en la medida en que su búsqueda no amenace con socavar la paz. Una teoría moral más ambiciosa -y que creemos que es en última instancia más plausible- considera que los objetivos principales del sistema jurídico internacional son la paz (no sólo entre los Estados, sino dentro de ellos) y la justicia.32

En las dos secciones siguientes estructuramos las cuestiones más básicas que una teoría normativa del derecho internacional debería abordar basándonos en una distinción entre dos tipos de principios, los de justicia transnacional y los de justicia internacional. La justicia transnacional se refiere a los derechos y deberes que se dan entre los miembros de un mismo Estado o entre el gobierno de un Estado y sus miembros y que el derecho internacional debería reconocer **(p. 883)** como universales, es decir, aplicables a todos los Estados. En otras palabras, los principios de justicia transnacional articulan los principios de justicia que la comunidad internacional debería exigir que todos los Estados cumplan en sus asuntos internos.

La justicia internacional se refiere a los derechos y deberes de los sujetos de derecho internacional en la medida en que no son miembros del mismo Estado y no se encuentran en una relación de gobierno con gobernados dentro de un Estado.

La justicia internacional incluye los derechos y deberes de los Estados entre sí, pero también incluye otros aspectos. También abarca los derechos y obligaciones de las corporaciones globales, las organizaciones no gubernamentales (como los grupos ambientalistas y de derechos humanos) y las instituciones financieras y los regímenes comerciales internacionales. Por último, la justicia internacional también incluye principios que especifican la permisibilidad y/o la obligatoriedad de la intervención a través de las fronteras estatales en apoyo de los principios de la justicia transnacional.

La distinción entre justicia transnacional e internacional se aplica tanto a la teoría ideal como a la no ideal, al menos si se puede suponer que la teoría ideal incluirá una pluralidad de entidades políticas primarias basadas en el territorio, algo así como lo que hoy llamamos Estados. En la Sección 4 identificamos algunas de las principales cuestiones que los dos tipos de principios tendrían que abordar, tanto en la teoría ideal como en la no ideal. Aquí consideramos brevemente algunas de las características distintivas de la teoría no ideal, principalmente para aclarar la función práctica de la teorización moral sobre el derecho internacional.

Un realismo adecuado: fijar objetivos morales con la restricción de la accesibilidad moral . La teoría no ideal debe trazar un rumbo entre un utopismo inútil que ignora las limitaciones de las instituciones internacionales actuales y la naturaleza del derecho internacional tal como existe ahora, por un lado, y una capitulación cobarde ante las injusticias existentes que no ofrece ninguna dirección para una reforma significativa, por el otro. La tarea de la teoría ideal es fijar objetivos morales para el futuro que

puedan proporcionar una guía útil para la acción aquí y ahora, al mismo tiempo que proporciona estándares para la evaluación moral del derecho internacional y los procesos legales actuales.

Aquí es útil una distinción entre *viabilidad, accesibilidad* y *accesibilidad moral* . Una teoría normativa ideal es factible si y sólo si la implementación efectiva de sus principios es compatible con la psicología humana, las leyes de la naturaleza y los límites de los recursos naturales disponibles para los seres humanos. Claramente, una teoría que no cumpliera con el requisito de viabilidad tendría poco o ningún valor práctico. Además de ser factible, una teoría ideal debe ser accesible. Una teoría es accesible si no sólo es factible sino que además existe una ruta practicable desde donde estamos ahora hasta al menos una aproximación razonable del estado de cosas que satisface sus principios. En otras palabras, para que la teoría ideal nos sea útil, el ideal que especifica debe ser accesible para nosotros, no sólo compatible con la psicología humana, las leyes de la naturaleza y las limitaciones de los recursos naturales. Esta es una distinción importante porque no todos los estados de cosas que son factibles son accesibles. Por ejemplo, el camino histórico que ya hemos tomado podría impedirnos lograr algunas cosas que son accesibles para seres humanos con historias diferentes.

(p. 884) Por último, se puede argumentar que la teorización ideal debería estar sujeta a una restricción adicional: la accesibilidad *moral* . En igualdad de condiciones, una teoría no sólo debería especificar un estado de cosas ideal al que se pueda llegar desde donde estamos (aunque quizá sólo después de un proceso de cambio laborioso y prolongado), sino que también la transición desde donde estamos hasta el estado de cosas ideal debería ser alcanzable sin costes morales inaceptables. Un requisito de accesibilidad moral está diseñado para señalar que la teoría no ideal debería demostrar que los principios de la teoría ideal correspondiente pueden satisfacerse mediante un proceso que comienza con las instituciones que tenemos ahora y que no implica errores morales inaceptables en el proceso de transición. El que los costes morales de la transición sean aceptables o no dependerá, en parte, de lo defectuoso

que sea el estado de cosas actual (y de la probabilidad de que los esfuerzos de reforma logren de hecho escapar de ellos sin sustituirlos por otros males comparables): en igualdad de condiciones, son aceptables costes mayores si son necesarios para escapar de grandes males. Sin embargo, según algunas teorías morales, existen límites a lo que podemos hacer para lograr fines moralmente deseables. Parte de la tarea de una teoría no ideal es proporcionar una explicación de cuándo los costos morales de la transición son inaceptables.33

Por último, queremos advertir contra la idea demasiado simplista de que las conclusiones de una teoría ideal o incluso no ideal producen principios que pueden traducirse directamente en prescripciones jurídicas reales. Incluso cuando tenemos a mano los principios morales más sólidamente fundamentados, siempre quedan cuestiones prácticas complejas sobre su implementación en normas jurídicas. El objetivo de la filosofía política es proporcionar objetivos que puedan y deban ayudar a guiar al legislador, pero la ventaja comparativa de la filosofía política disminuye drásticamente cuando se trata de evaluar cómo implementar esos objetivos en cualquier código jurídico real. En este sentido, la familiaridad con otras disciplinas, la apreciación de la dinámica sistémica a todos los niveles, el conocimiento de la cultura política y jurídica y un sentido del tiempo político son, entre muchas otras consideraciones, de importancia crucial.

La moralidad de la transición . Sería mucho más allá de los límites de este capítulo explorar en detalle las complejidades de lo que podría llamarse la moralidad de la transición como un elemento esencial de la teoría no ideal. Sin embargo, mencionaremos brevemente una característica del sistema jurídico internacional tal como existe actualmente que puede complicar el problema de la moralidad de la transición: el sistema jurídico internacional posee actualmente recursos muy limitados para lograr una reforma moral a gran escala sin ilegalidad. A veces, los actos ilegales pueden ser necesarios para lograr una mejora moral significativa en el contenido del derecho internacional, debido a las peculiaridades de cómo se crea el derecho internacional y cómo la forma en que se crea limita las posibilidades de cambiarlo.34

(p. 885) Las dos fuentes más importantes del derecho internacional son los tratados y la costumbre. Lograr una reforma moral significativa mediante un tratado puede ser un proceso extremadamente difícil y prolongado si el sistema es suficientemente corrupto, es decir, si un número considerable de Estados son perpetradores de los mismos males que la reforma pretende eliminar. Por lo tanto, la reforma puede parecer más probable mediante el establecimiento de una nueva norma más ilustrada de derecho internacional consuetudinario.

Sin embargo, las primeras acciones que inicien el proceso de constitución de una nueva norma consuetudinaria constituirán violaciones de las normas consuetudinarias existentes y, por lo tanto, serán ilegales.3

5 Esta es una característica distintiva de los sistemas consuetudinarios que carecen de una

legislatura. Tres ejemplos ilustrarán la naturaleza del problema, que llamamos la paradoja del derecho consuetudinario.

En el siglo XIX, el gobierno británico utilizó el poder incomparable de la Armada británica de manera sistemática y deliberada para destruir el comercio internacional de esclavos. Los barcos extranjeros fueron abordados por la fuerza y sus cargamentos humanos confiscados y liberados, en algunos casos en ausencia de tratados bilaterales que autorizaran tales acciones. La destrucción del comercio internacional de esclavos, junto con diversas actividades de grupos abolicionistas en los Estados Unidos y Gran Bretaña y la victoria del Norte en la Guerra Civil estadounidense, contribuyeron a la erradicación final de la esclavitud y al comienzo del movimiento moderno de derechos humanos. En ese momento, sin embargo, muchos afirmaron que algunas de las acciones de la Armada británica eran violaciones del derecho internacional. (El gobierno británico argumentó que los esclavistas eran piratas y que el derecho

internacional de la piratería hacía que los actos de la Marina fueran legalmente permisibles, pero no todos, entonces ni ahora, encontraron esta línea de argumentación convincente.) 36 De manera similar, el Tribunal de Crímenes de Guerra de Nuremberg sin duda jugó un papel importante en el establecimiento tanto de normas de derechos humanos como de la prohibición de la guerra de agresión -ambas reformas impresionantes del sistema legal internacional-, pero muchos argumentarían que algunos de los castigos impuestos por el Tribunal fueron de hecho actos ilegales. Finalmente, la reciente intervención de la OTAN en Kosovo puede resultar ser el comienzo del movimiento hacia una nueva norma de derecho consuetudinario internacional que permita la intervención en conflictos internos que involucren etnocidio o genocidio en ausencia de autorización de la ONU, siempre que la intervención sea realizada por una organización regional de seguridad colectiva. Sin embargo, se puede argumentar con fuerza que, independientemente de la moralidad de la OTAN, la intervención en Kosovo puede ser ilegal.

intervención, fue ilegal.

La posibilidad de que sea necesario cometer actos ilegales en aras del progreso moral no es exclusiva del sistema jurídico internacional. Los desobedientes civiles cometen deliberadamente actos ilegales para estimular reformas morales en el derecho existente. Sin embargo, la frecuencia y la gravedad de esos conflictos entre legalidad y moralidad pueden ser mayores en **(p.**

886) el sistema jurídico internacional, porque éste carece de mecanismos para la reforma jurídica fundamental (como disposiciones para la enmienda constitucional) que sí existen en los sistemas nacionales desarrollados. Si, como muchos afirman, el derecho internacional es un sistema relativamente subdesarrollado, con severas limitaciones en su capacidad para la reforma jurídica, y si al mismo tiempo es también un sistema muy deficiente desde el punto de vista de la moralidad, entonces cabría esperar que el problema de la acción ilegal con el fin de lograr una reforma jurídica no fuera infrecuente.

Sin embargo, describir la paradoja del derecho consuetudinario como un conflicto entre legalidad y moralidad es engañoso. El conflicto se da entre el compromiso de lograr un cambio en la ley que la haga moralmente mejor y el cumplimiento del compromiso moral de apoyar el imperio de la ley mediante la fidelidad a la ley tal como es. Una teoría moral no ideal del derecho internacional debería arrojar luz sobre este problema como un elemento importante de su explicación de la moralidad de la transición.

Vale la pena señalar que existe una asimetría importante entre las acciones de la Armada británica contra los traficantes de esclavos o de los aliados victoriosos en Nuremberg o de la OTAN en Kosovo, por un lado, y el caso típico de desobediencia civil, por el otro. El desobediente civil puede esperar pagar y está dispuesto a pagar una multa por violar la ley existente con el fin de crear una ley moralmente mejor. Pero lo peculiar de los tres casos internacionales citados es que quienes cometieron el acto ilegal pudieron cometerlo con impunidad. Especialmente cuando se trata de crear nuevas normas consuetudinarias más ilustradas actuando en contra de las normas consuetudinarias existentes, el motor de la reforma moral en el sistema internacional es a menudo la hegemonía o al menos una gran desigualdad de poder entre los Estados. Más adelante consideraremos la propuesta de que para ser legítimo el propio sistema internacional tendría que ser mucho más democrático de lo que es actualmente, y que la justificación moral para hacer cumplir el derecho internacional se ve seriamente comprometida por la flagrante desigualdad política entre los miembros de la comunidad de Estados. Si esto es así, entonces la teoría no ideal aborda la moralidad de la transición con una complejidad adicional: la posibilidad de que el esfuerzo por legitimar el sistema logrando una mayor igualdad de poder entre los Estados en lo que respecta a la creación y aplicación del derecho internacional pueda, en algunos casos, socavar las condiciones para un cambio ilegal, pero moralmente productivo, al reducir la asimetría de poder que a veces se requiere para una reforma exitosa. El hecho de que el reformador consciente pueda enfrentar este dilema indica la necesidad de una metarreforma, es decir,

de enriquecer la capacidad del sistema para realizar mejoras legales.

(p. 887) 4 Justicia transnacional

Los principios de justicia transnacional especifican aquellos requisitos de justicia aplicables a las relaciones *dentro de* los Estados que son el objeto propio de la regulación jurídica internacional. Esta formulación no presupone que la justicia transnacional incluya todos los requisitos de justicia que puedan ser válidos dentro de un Estado en particular. Más allá del ámbito de los principios de justicia transnacionales, otros principios de justicia pueden aplicarse a las relaciones dentro de los Estados. Tampoco excluye la posibilidad de un grado significativo de pluralismo irreductible con respecto a la justicia: una vez que se cumplen los requisitos de la página 10 de 44

Filosofía del Derecho Internacional

Si se cumplen los requisitos de justicia transnacional, lo que la justicia exige dentro de un Estado puede diferir de lo que exige en otro.

La justicia transnacional consiste únicamente en aquellos principios que son válidos para todos los Estados con respecto a sus asuntos internos.37

La teoría de la justicia transnacional abarca al menos las siguientes cuestiones principales: (1) ¿Qué son los derechos humanos, cuáles son derechos humanos y cómo se justifican las afirmaciones sobre derechos humanos? (2) ¿Son suficientes los principios que especifican los derechos humanos individuales para captar el contenido completo de la justicia transnacional, o también se necesitan principios para los derechos grupales (por ejemplo, los derechos de autodeterminación) para ciertos tipos de grupos dentro del Estado, como las minorías nacionales o los pueblos indígenas?

Tal vez no sea una exageración decir que desde mediados del siglo XIX hasta la adopción de la ONU

En 1945, cuando se aprobó la Carta, el derecho internacional se componía principalmente de principios de la categoría de justicia internacional. La soberanía de los Estados, en su dimensión interna, se concebía como prácticamente ilimitada, con la consecuencia de que en el derecho internacional había poco espacio para los principios de justicia transnacional. Algunos de los avances morales más significativos en el derecho internacional en el último medio siglo han consistido en la expansión del ámbito de la justicia transnacional, principalmente mediante el desarrollo de normas individuales de derechos humanos.

Como se verá más claramente en la sección 6, los derechos humanos desempeñan un papel fundamental tanto en la justicia transnacional como en la internacional. En primer lugar, según algunas concepciones normativas, incluida la de Rawls en *El derecho de gentes* , sólo los Estados que cumplen los requisitos de la justicia transnacional, entendida como el respeto de los derechos humanos individuales, tienen derecho a disfrutar de los derechos y privilegios de los miembros en regla de la comunidad internacional. En este tipo de teoría, los requisitos de la justicia transnacional limitan los derechos de soberanía conferidos por los principios de justicia internacional y, al mismo tiempo, especifican las condiciones para la membresía en el sistema de Estados al proporcionar criterios para el reconocimiento.38 La idea de que sólo a las entidades que satisfacen los principios más básicos de la justicia transnacional se les deben otorgar los plenos derechos, privilegios e **inmunidades** que comprenden la soberanía es atractiva en parte porque una práctica de reconocimiento tan normativamente exigente proporcionaría incentivos para un comportamiento justo.

Sin embargo, una defensa adecuada de esa práctica tendría que abordar el problema de las externalidades negativas: penalizar a un gobierno negándole el reconocimiento puede tener el efecto no deseado de privar a sus ciudadanos de representación internacional, aun cuando no sean culpables de la mala conducta de su gobierno. Y, por el contrario, negar a los Estados injustos la capacidad de participar en instituciones internacionales puede, en algunos casos, perturbar tan gravemente las relaciones de

cooperación entre Estados que ponga en peligro valores importantes para la comunidad internacional en su conjunto. No se sabe hasta qué punto esos problemas pueden mejorarse mediante la creación de instituciones internacionales capaces de dar voz independiente a los ciudadanos de esos Estados. En consecuencia, como cuestión de teoría no ideal, puede resultar necesario limitar las inhabilidades impuestas a los Estados injustos a áreas discretas en las que el no reconocimiento será más eficaz para promover la justicia interna.

En segundo lugar, los derechos humanos desempeñan un papel central en la especificación de los principios que rigen el uso de la fuerza a través de las fronteras estatales, en la teoría de la ayuda humanitaria, la intervención humanitaria y la teoría de la guerra justa, todas las cuales son elementos importantes de la justicia internacional. Según algunas opiniones, la intervención sólo se justifica para poner fin a graves violaciones de los derechos humanos. La doctrina de los derechos humanos también puede proporcionar fundamento para las obligaciones bilaterales o multilaterales de ayuda, entendidas como obligaciones de justicia más que como deberes de caridad. Por último, las apelaciones a los derechos humanos proporcionan la justificación para las restricciones a los medios por los que se puede llevar a cabo la guerra, el trato a los no combatientes, etc.

La naturaleza de los derechos humanos . Por definición, los derechos humanos son aquellos derechos morales que corresponden a todas las personas, independientemente de que sean miembros de esta o aquella comunidad política, raza, etnia, religión u otro grupo social. Se entiende que los derechos humanos son derechos que se pueden reclamar: implican obligaciones para los demás. En las primeras fases del movimiento de derechos humanos, se suponía que los gobiernos eran los principales o incluso los únicos otros sobre los que recaía la obligación, ya que se pensaba que los gobiernos eran los principales violadores potenciales de los derechos humanos. Sin embargo, cada vez se reconoce más que los actores no gubernamentales, incluidos los "escuadrones de la muerte" privados, las corporaciones globales y los padres y cónyuges abusadores, pueden violar y violan los derechos

humanos. Y con este reconocimiento ha llegado el reconocimiento de que los gobiernos son responsables, no sólo de abstenerse de violar los derechos humanos de sus ciudadanos, sino también de garantizar que otros no los violen.39

Justificaciones de los derechos humanos . Se han ofrecido varias justificaciones distintas para afirmaciones sobre los derechos humanos individuales. Aunque los fundamentos morales a partir de **los** cuales se desarrollan estas justificaciones pueden, en cierta medida, ser diferentes. Página 11 de 44

Filosofía del Derecho Internacional

Aunque los casos pueden ser contradictorios, en la mayoría de los casos las justificaciones convergen aproximadamente en la misma lista de derechos humanos, o al menos en listas que se superponen considerablemente. Aquí sólo podemos esbozar a grandes rasgos algunas de las justificaciones más destacadas, para transmitir una apreciación tanto de su diversidad como de la tendencia a la convergencia.

Los derechos humanos individuales se presentan como (1) principios cuya institucionalización efectiva maximiza la utilidad general,40(2) como necesarios para la efectividad de otros derechos importantes,4 (

1 3) según sea necesario para satisfacer las necesidades básicas que

son universales para todos los seres humanos, (4) como necesarios para nutrir las capacidades humanas fundamentales que constituyen o son instrumentalmente valiosas para el bienestar o el florecimiento humano,42(5) como lo requiere el respeto por la dignidad humana,43(6) como la encarnación institucional de una 'concepción del bien común de la justicia' según la cual cuenta el bien de cada miembro de la sociedad,44(7) como lo requiere el principio más fundamental de la moralidad, el principio de igual consideración y respeto por las personas,4 (

5 8) como principios que serían elegidos por los partidos que representan a los individuos en un

'posición original global' detrás de un 'velo de ignorancia',46 y (9) como condiciones necesarias para la justificación intersubjetiva de los principios políticos y, por lo tanto, como un requisito para la legitimidad política.47

Diferentes justificaciones pueden dar lugar a diferencias en cuanto a la inclusión o exclusión de algunos elementos de la lista de derechos humanos individuales. Sin embargo, se puede argumentar que todas estas justificaciones respaldan *al menos* un conjunto básico que incluye los derechos a la vida (entendida como la libertad de no ser asesinado o herido arbitrariamente, sin el debido proceso legal, etc.), a la libertad (entendida como la libertad de no ser esclavo, servidumbre involuntaria y ocupaciones forzadas), a la libertad de conciencia (entendida como la libertad de no ser perseguido por motivos religiosos) y a la subsistencia (satisfacción de las necesidades materiales básicas).

El relativismo ético social es el desafío a los derechos humanos . El relativismo ético social es la visión de que los principios éticos pueden justificarse únicamente por referencia a las prácticas y tradiciones sociales concretas de una sociedad en particular.

En consecuencia, no existen derechos humanos, es decir, derechos que todas las personas tienen simplemente por el hecho de ser personas. En cambio, todos **los** derechos (y obligaciones) se derivan de las personas sólo en virtud de las relaciones distintivas y concretas que establecen con otros miembros de su sociedad particular. Y si no existen derechos humanos, entonces no se puede argumentar que su inclusión en los principios de justicia transnacional se base en el supuesto de que los haya.

Si alguna de las diversas justificaciones enumeradas anteriormente ((1)-(9)) es válida, entonces existen algunos derechos humanos, y la forma más extrema de relativismo ético social es falsa. Sin embargo, hasta donde sabemos, el relativismo ético social extremo tiene pocos o ningún adepto en los debates sobre la teoría normativa del derecho

internacional o en los debates políticos del mundo real sobre los derechos humanos. En cambio, la disputa tiende a centrarse no en si existen derechos humanos, sino en qué derechos deben incluirse en la lista de derechos humanos. Por ejemplo, a veces se dice que el derecho a la gobernanza democrática no es un derecho humano, sino, como mucho, un derecho apropiado para ciertos tipos de sociedades (liberales, occidentales). O algunos se quejan de que el derecho a no ser discriminado por motivos de género, al menos tal como se entiende en los sistemas jurídicos occidentales, no es un derecho humano, porque no es apropiado para sociedades en las que hay marcadas diferencias en los roles de hombres y mujeres.

Obsérvese que, incluso si el relativismo ético societario extremo fuera cierto, no está claro que tuviera implicaciones tan radicales para la filosofía moral del derecho internacional como muchos supondrían. En primer lugar, incluso si no hay derechos humanos, podría resultar que existiera un conjunto de derechos que fueran reconocidos por prácticamente todas las sociedades, y estos podrían proporcionar la sustancia de la justicia transnacional.48 (Nuestra sociedad podría apoyar a las instituciones jurídicas internacionales para la aplicación de la justicia transnacional con el fin de garantizar que cumplimos efectivamente con los principios con los que estamos comprometidos, utilizando los tratados de derechos humanos como "mecanismos autovinculantes" y para garantizar que otros estados vivan a la altura de lo que creemos que son principios genuinos de derechos humanos). En segundo lugar, el relativismo ético societario extremo es compatible con la existencia de un conjunto de principios de justicia que sea apropiado para ser incorporados al derecho internacional si la comunidad internacional es, o se está convirtiendo en, una sociedad única en el sentido relevante. Y aquí llegamos a una severa limitación de la importancia práctica del relativismo ético societario tanto en su forma extrema como en la más limitada: si los principios éticos son socialmente relativos, ¿qué cuenta como una sociedad? ¿Hasta qué punto debe estar socialmente integrado un grupo de personas para tener una moralidad que sea en algún sentido significativo distintiva y apropiada sólo para ese grupo?

Si bien es cierto que en la actualidad existe una diversidad social suficiente en nuestro mundo como para que algunos supuestos derechos humanos, como el derecho a la gobernanza democrática, no sean candidatos plausibles para su inclusión en el ámbito de la justicia transnacional, es posible que esto no sea así en el futuro si la frase "sociedad global" se convierte en una descripción precisa. De hecho, ya existe una gran interpenetración de valores y creencias entre las sociedades. Tampoco hay nada que se acerque a la unanimidad sobre los valores *dentro de las sociedades* **(p. 891)** ; en ese sentido, hablar de los valores de una sociedad no es una buena idea.

Es ya una simplificación excesiva. Además, el derecho internacional es una herramienta (entre muchas otras) para ayudar a construir una sociedad global. De hecho, cuando los defensores de los derechos humanos apelan a las normas internacionales de derechos humanos en los tribunales nacionales de sus propias sociedades, ayudan a fomentar un consenso nacional sobre valores básicos donde actualmente no existe.

A menudo, lo que parece una negación de que algo sea un derecho humano se entiende mejor como algo muy distinto: o bien una advertencia para evitar la condena moral insensible de personas de otras sociedades o bien un rechazo a la intervención (o a modos más violentos de intervención) para hacer cumplir el derecho en cuestión. Por ejemplo, a veces se dice que las personas de las sociedades occidentales no tienen derecho a condenar la práctica de la clitoridectomía que se practica en algunos Estados africanos y de Oriente Medio. Esto podría ser simplemente una advertencia adecuada para abstenerse de una retórica moralista que no distingue entre las violaciones de los derechos humanos que implican una mala conducta deliberada y cruel, como la tortura de disidentes por parte de un gobierno, y las violaciones que están profundamente arraigadas en prácticas culturales que no implican una mala conducta deliberada. O podría ser una advertencia contra lo que probablemente serían esfuerzos extremadamente contraproducentes para intervenir por la fuerza para poner fin a la práctica en

cuestión. Es muy importante distinguir, sin embargo, entre (1) si algo es una violación de los derechos humanos y si las personas están justificadas en identificarlo como tal, (2) si los involucrados en las prácticas que constituyen las violaciones son moralmente culpables, y (3) si la intervención para detener las violaciones es apropiada.

El problema es que, cuando se habla de la diversidad de las sociedades humanas, a menudo se combinan todas estas cuestiones. El hecho de que la clitoridectomía sea una violación de los derechos humanos depende de si la mejor justificación (o el conjunto de justificaciones) para las reivindicaciones de derechos humanos implica que esta práctica viola un derecho humano. Si la clitoridectomía es una violación de los derechos humanos, el hecho de que los occidentales (o cualquier otra persona) consideraran cruel y moralista a quienes participan en esta práctica junto con los malhechores deliberados (como los comandantes de los campos de concentración nazis o los dictadores que ordenan asesinatos políticos) no cambia el hecho de que la clitoridectomía es una violación de los derechos humanos. De manera similar, el hecho de que la intervención para abolir una práctica cultural tan profundamente arraigada probablemente sea infructuosa y destructiva no cuenta en contra de la afirmación de que la clitoridectomía es una violación de los derechos humanos, sino que sólo ilustra que la teoría de la intervención humanitaria no consiste en la simple afirmación de que la intervención está justificada siempre que se violan los derechos humanos.

La acusación de imperialismo cultural . El relativismo ético social también debe distinguirse de otra objeción a los intentos de basarse en el concepto de derechos humanos como fundamento de una teoría normativa del derecho internacional. A veces se dice que apelar a los derechos humanos individuales sirve para consolidar y extender el dominio de los estados occidentales en las relaciones internacionales. El principal problema con esta acusación de imperialismo cultural no es que sea falsa, sino que es, en el mejor de los casos, una verdad a medias. Sin duda, los estados occidentales (y también los no occidentales) a veces acusan a otros **estados** de violaciones de los derechos humanos para promover sus propios intereses, y sin duda los estados poderosos (la mayoría de los cuales,

pero no todos, son estados occidentales) a veces ejercen una selectividad moralmente indefendible en cuanto a los objetivos de sus acusaciones. Sin embargo, también es cierto que hay muchos casos en que grupos no occidentales han utilizado con éxito el concepto de derechos humanos para promover sus intereses en conflictos con Estados occidentales.49 La cuestión aquí, sin embargo, no es si existen derechos humanos o si la doctrina de los derechos humanos puede desempeñar un papel importante en la configuración del derecho internacional. En cambio, la verdadera cuestión es la de la *legitimidad* : la legitimidad o falta de legitimidad de las formas en que se formulan, invocan y aplican los derechos humanos en el derecho internacional y la política.

Cuando un puñado de Estados ejerce una influencia desproporcionada en la formulación de normas de derechos humanos, en la vigilancia de los derechos humanos y, sobre todo, en la aplicación de sanciones a Estados acusados de violar esos derechos, se pone en tela de juicio la legitimidad de todo el sistema. Sin embargo, la respuesta adecuada no consiste en confundir las cuestiones relativas a la legitimidad de esos procesos o del sistema en su conjunto con la cuestión de si existen derechos humanos o cuáles son derechos humanos. En la sección 6 abordamos la cuestión de la legitimidad del sistema.

Derechos de los grupos . Durante el período de la Sociedad de Naciones, entre las dos guerras mundiales, el derecho internacional incluía disposiciones sobre derechos de los grupos, principalmente en forma de derechos culturales para ciertas minorías nacionales, pero carecía de normas claras que especificaran los derechos humanos individuales. En parte debido al fracaso de la Sociedad para frenar la agresión fascista y en parte porque el concepto de derechos de las minorías nacionales quedó desacreditado por el uso que Hitler hizo de los supuestos abusos contra los alemanes étnicos en Checoslovaquia y Polonia como pretexto para la invasión, a los derechos de las minorías se les concedió, en el mejor de los casos, un papel menor en el nuevo orden jurídico internacional forjado por las Naciones Unidas después de 1945.50 En cambio, el ámbito de la justicia transnacional en la era de la Carta de las Naciones Unidas consistía casi exclusivamente en derechos humanos

individuales, combinados con derechos humanos individuales.

Filosofía del Derecho Internacional

El reconocimiento de un "derecho de libre determinación de los pueblos" se ha limitado al caso de la descolonización. Sin embargo, hay algunos indicios de que se está prestando mayor atención a los derechos de las minorías, especialmente en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas.51

La cuestión principal para una teoría moral del derecho internacional es si es defendible el enfoque casi exclusivo de la era de la Carta en los derechos individuales, o si la justicia transnacional también debería incluir un lugar destacado para los derechos de los grupos además del derecho limitado a la autodeterminación invocado en el contexto de la descolonización, y si es así, cómo debe concebirse la relación entre estos tipos de derechos. Más específicamente **(p. 893)** si los derechos de los grupos están incluidos en el derecho internacional, ¿deberían entenderse como coordinados con los derechos humanos individuales y, por lo tanto, conceptualmente básicos, o como si fueran de alguna manera derivados?

Una dificultad preliminar es la ambigüedad del término "derechos de grupo". Para clasificar los elementos que a veces se incluyen bajo el encabezado "derechos de grupo", comenzamos con el término opuesto. Los derechos individuales son derechos que se atribuyen a individuos y que los individuos pueden ejercer (es decir, renunciar a ellos, ejercerlos, hacer reclamos sobre la base de ellos) como individuos, en su propio nombre. Los derechos de grupo, en lo que llamaremos el sentido fuerte del término, son derechos que *no pueden* ser invocados por individuos como tales, sino solo por personas o grupos de personas que representan grupos. (Existe un sentido más débil de derechos de grupo).

"derechos de grupo" que podrían llamarse derechos de doble legitimación: estos derechos pueden ser invocados por individuos como individuos (siempre que sean miembros del grupo apropiado) pero también por el grupo

o por sus representantes.)52 Los derechos de grupo en el sentido fuerte son los más controvertidos: incluyen derechos a la tierra y otros recursos naturales o derechos a una parte del control sobre el desarrollo de la tierra, varios derechos de autogobierno o autoadministración para grupos, derechos sobre la realización de varias actividades culturales incluyendo la enseñanza de idiomas, derechos a restringir el uso de otros idiomas que el del grupo en cuestión al menos en ciertos contextos, y derechos a subsidios para la enseñanza del idioma o para otras actividades culturales.53

Algunas minorías nacionales, así como muchos grupos de pueblos indígenas, sostienen que los derechos humanos individuales son insuficientes y que la protección efectiva de sus intereses legítimos requiere diversos derechos de grupo (en el sentido estricto). En algunos casos, los grupos en cuestión han sido inflexibles en cuanto a que los "simples derechos culturales de las minorías" -que incluyen la libertad de hablar la lengua minoritaria y de participar en sus prácticas culturales distintivas y también, tal vez, el derecho a recibir subsidios estatales para la preservación de la cultura minoritaria- no son suficientes. Insisten en que se requieren derechos de autogobierno, que van desde acuerdos de autonomía dentro de los estados hasta la independencia total.

El que un derecho sea un derecho de grupo (en sentido estricto) es una cuestión de quién está autorizado a ejercerlo: los derechos de grupo (en sentido estricto) los ejercen los grupos o sus representantes en nombre de ellos, mientras que los derechos individuales los ejercen los individuos como tales, en su propio nombre. Esta caracterización de los derechos de grupo (en sentido estricto) deja abierta la cuestión de los *fundamentos* del derecho, que pueden ser individualistas o colectivistas. Las justificaciones individualistas de los derechos de grupo (en sentido estricto) apelan al valor que dichos derechos tienen para los individuos. Las justificaciones colectivistas apelan a beneficios para el grupo que no pueden reducirse a beneficios para los individuos que lo componen.

(p. 894) Algunos han asumido que los derechos de grupo (en el sentido fuerte) son incompatibles con el

individualismo que es esencial para la teoría política liberal. Si "individualismo" significa individualismo justificatorio, claramente no es así. No es necesario apelar al bien del grupo, como valor irreductible, para justificar los derechos de grupo (en el sentido fuerte). En cambio, uno puede fundamentar un derecho de grupo (en el sentido fuerte) en el beneficio que el derecho de grupo confiere a los individuos, por ejemplo, (1) al brindarles una mejor protección de sus derechos humanos individuales o (2) como mecanismos para mejorar los efectos actuales de la discriminación pasada sobre los individuos. Los derechos de autogobierno para ciertos grupos pueden cumplir ambas funciones. Entendidos de esta manera, los derechos de grupo (en el sentido fuerte) son respaldos institucionales para los derechos individuales, no desafíos al individualismo liberal.

Gran parte del territorio abarcado por los derechos culturales de las minorías (a diferencia de los derechos de autogobierno) podría, en principio, abarcarse mediante una mejor aplicación de algunos de los derechos humanos individuales más fundamentales, en particular, el derecho a la libertad de religión y de conciencia y el derecho a no ser discriminado por motivos de raza, etnia o religión. De hecho, estos derechos humanos individuales se invocaron originalmente en gran medida para brindar protección a los grupos minoritarios, especialmente las minorías religiosas. Sin embargo, en la práctica, puede haber situaciones en las que la forma más eficaz de proteger los derechos individuales de un grupo minoritario sea reconocerle ciertos derechos grupales, incluidos derechos limitados de autogobierno. En algunos casos, el alcance de estos derechos de autogobierno incluirá el control de las actividades culturales, incluida la enseñanza de la lengua minoritaria; en otros casos, puede extenderse a las funciones de policía local y al control del uso y desarrollo de la tierra, como sucede con muchos otros derechos.

Grupos indígenas en Estados Unidos y Canadá. Los derechos de autogobierno que sean apropiados dependerán de lo que se necesite para proteger los derechos individuales de los miembros del grupo.

Hasta ahora sólo hemos considerado el papel de los derechos de los grupos (en sentido estricto) en la protección de los derechos individuales o en la mejora de los efectos persistentes de violaciones pasadas de los derechos individuales. Hay dos motivos adicionales para los derechos de autogobierno de los pueblos indígenas. En primer lugar, en muchos casos los grupos indígenas gozaban anteriormente de sus propios gobiernos, que fueron destruidos por actos de injusticia perpetrados en el proceso de colonización. En estos casos, reconocer los derechos de autogobierno de los indígenas es simplemente la restauración del autogobierno. En segundo lugar, los pueblos indígenas a menudo han sufrido la apropiación injusta de sus tierras, a veces mediante el incumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud de tratados por el Estado o por las potencias imperiales. En algunos casos, la respuesta correctiva inicial adecuada será la restitución de las tierras o de algún territorio comparable o la concesión de una compensación monetaria al grupo, y la garantía de que el grupo tenga los poderes necesarios de autogobierno para decidir sobre la disposición final de la tierra o del dinero que se le conceda.54

(p. 895) Estas dos justificaciones de los derechos de grupo (en el sentido fuerte) no sostienen que los derechos de grupo sean la respuesta adecuada a las violaciones de los derechos individuales o a los efectos nocivos continuos de las violaciones pasadas de los derechos individuales.

En cambio, apelan a la necesidad de rectificar las violaciones pasadas de los derechos de los grupos (en el sentido estricto), ya sean derechos de autogobierno o derechos colectivos sobre el territorio. Los derechos humanos individuales enumerados en las principales convenciones de derechos humanos, al menos tal como se interpretan habitualmente, pueden no proporcionar mecanismos adecuados para abordar la injusticia de la destrucción del autogobierno indígena o la apropiación injusta de tierras. Una vez más, sin embargo, este análisis no implica que estos derechos de grupo deban tener una justificación colectivista en lugar de individualista. Los derechos al autogobierno y al control colectivo sobre el territorio pueden derivarse de consideraciones relativas a los intereses de los individuos.

El caso de los pueblos indígenas es quizás el indicio más claro de que la teoría no ideal de la justicia transnacional debe incluir los derechos de los grupos; en otras palabras, que el orden jurídico internacional debería exigir en algunos casos que los Estados reconozcan derechos de grupo (en sentido estricto) para algunos grupos dentro de ellos. Pero hay otros grupos minoritarios dentro de los Estados, que no suelen identificarse como indígenas, que también han sufrido discriminación sistemática, apropiación injusta de su territorio y destrucción de su autogobierno, y que siguen padeciendo los efectos de estas injusticias. El hecho de que otros grupos hayan experimentado algunos de los mismos problemas que los pueblos indígenas plantea la cuestión de si, en el nivel más profundo de la teoría, los derechos de los pueblos indígenas forman una categoría distintiva de derechos. Sin pretender responder a esta compleja cuestión, lo que se puede decir es lo siguiente: la respuesta adecuada en este caso es oscilar entre pretender que todos los agravios más graves de los pueblos indígenas son absolutamente únicos, por un lado, y suponer que la respuesta correctiva adecuada a las injusticias debe ser siempre la misma, independientemente de las particularidades del caso, por el otro.

Algunos críticos han sostenido que los derechos humanos individuales convencionales son inadecuados porque no reconocen la importancia que tiene para los individuos la pertenencia a un grupo. Este diagnóstico no es acertado. Algunos de los derechos humanos individuales más importantes, como el derecho a la libertad de religión y asociación y el derecho a no sufrir discriminación por motivos de raza o religión, son valiosos principalmente para los individuos en su calidad de miembros de grupos.

Más bien, la principal limitación de los derechos humanos individuales tal como se los entiende típicamente no es que no reconozcan la importancia que tiene para los individuos la pertenencia a un grupo, sino que están orientados exclusivamente hacia el presente y el futuro; no están diseñados para abordar los problemas de las apropiaciones injustas de tierras en el pasado, las violaciones de los tratados entre grupos o la restauración del autogobierno. Tampoco se puede suponer -como lo demuestra el caso de la acción afirmativa- que la implementación *actual* de los

principios de derechos humanos individuales no afectará a **los derechos humanos individuales.**

896) cada caso contrarresta adecuadamente los efectos continuos de violaciones masivas pasadas de derechos humanos individuales.

Por todas estas razones, al menos un tipo de derecho grupal (en el sentido fuerte), los derechos de autogobierno, desempeñarán un papel significativo en la teoría no ideal de la justicia, al menos en el caso de los pueblos indígenas o de otros grupos para los que surgen cuestiones similares de justicia reparadora y restaurativa.

Sin embargo, la afirmación de los críticos puede reformularse para plantear un desafío más fundamental a la exclusión de los derechos de grupo (en el sentido fuerte) de la teoría ideal de la justicia transnacional. En este caso, la afirmación no es que los derechos individuales no reconocen la importancia que tiene para los individuos la pertenencia a un grupo, sino, más bien, que no logran proteger adecuadamente esos intereses. Por lo tanto, una teoría normativa adecuada del derecho internacional debe determinar si los diversos derechos de grupo alegados deberían gozar del mismo estatus fundamental en la teoría ideal que los derechos humanos individuales, o si están adecuadamente ubicados sólo en la teoría no ideal, como remedios institucionales cuya existencia no es posible.

Filosofía del Derecho Internacional

La idoneidad dependerá de varias contingencias.

A veces, quienes se oponen a los derechos de autogobierno (u otros derechos de grupo en el sentido fuerte) para los pueblos indígenas u otras minorías suponen erróneamente que tales acuerdos son antiindividualistas simplemente porque son propuestas de derechos de grupo, con la implicación de que los derechos de grupo son de alguna manera inherentemente problemáticos. Pero esta respuesta es fundamentalmente confusa: todos los derechos de todos los gobiernos, desde el nivel estatal hasta el local, son derechos de grupo en el sentido fuerte: son derechos que no pueden ser ejercidos por individuos como individuos,

sino solo por grupos o por representantes de grupos. Por lo tanto, cualquier teoría liberal-individual de la justicia que reconozca la legitimidad de cualquier unidad política, de cualquier escala, ya admite que existen derechos de grupo, es decir, derechos de autogobierno. El actual sistema de derecho internacional centrado en el Estado *es* un sistema de derechos de grupo; Asigna grandes, aunque ya no ilimitados, derechos de autogobierno a lo que llamamos Estados, con el resultado de que los grupos no estatales (como las minorías nacionales y los pueblos indígenas) enfrentan severos obstáculos para obtener apoyo internacional a sus esfuerzos por alcanzar derechos de autogobierno.

En ese sentido, la cuestión para la teoría ideal no es si existen derechos de grupo (los hay mientras existan entidades que se autogobiernen), sino más bien: ¿qué tipos de entidades, en qué circunstancias, debería reconocer el derecho internacional como titulares de qué tipos de derechos de autogobierno? Las aspiraciones de los pueblos indígenas y otros grupos minoritarios dentro de los Estados a tener derechos de autogobierno no son un intento de reemplazar un sistema que sólo reconoce derechos individuales por uno que incluya derechos de grupo; son un intento de modificar el sistema existente de derechos individuales y de grupo.

La cuestión de los derechos de autogobierno de las minorías dentro de los Estados ejerce una presión considerable sobre la división entre la justicia transnacional y la justicia internacional. En la medida en que los derechos de autogobierno y otros derechos de los grupos se justifican como remedios para las deficiencias en la protección de los derechos humanos individuales, es apropiado incluirlos en la justicia transnacional, suponiendo que la protección de los derechos humanos **(p. 897)** está en el centro de esta última categoría. Sin embargo, el segundo tipo de argumento que hemos sugerido en apoyo de los derechos de autogobierno de los pueblos indígenas —que estos derechos a veces se requieren para restaurar instituciones de autogobierno indígena injustamente destruidas o como parte de un proceso para remediar la apropiación injusta de tierras— apela al hecho de que las relaciones entre los grupos

indígenas y las entidades colonizadoras son o fueron similares a las que existen entre los Estados.

(En muchos casos, los funcionarios de los estados colonizadores europeos celebraron tratados con grupos indígenas y en algunos casos parecieron reconocerlos como estados soberanos.) En la medida en que esto sea así, se podría argumentar que los derechos de autogobierno de los pueblos indígenas deberían considerarse como parte de la justicia internacional. El discurso de la soberanía tribal que está adquiriendo tanta importancia en los Estados Unidos respalda este cambio conceptual.

La justicia distributiva como derecho humano . Históricamente, la cuestión más controvertida en relación con el alcance de los derechos humanos individuales se refiere al estatus de los llamados derechos económicos o derechos de justicia distributiva, especialmente aquellos que van más allá del derecho a la subsistencia. En el campo del activismo de los derechos humanos, a diferencia del ámbito de la teoría, una estrategia reciente ha sido argumentar que el reconocimiento del derecho a la libertad de asociación, junto con las normas laborales internacionales en materia de salud y seguridad, puede ser una vía más eficaz para mejorar el bienestar material de las personas más desfavorecidas del mundo, que la insistencia en un derecho humano igualitario utópico a una parte de la riqueza de la sociedad o del mundo.5

5 Sin embargo, en la teoría de los derechos humanos existen desacuerdos fundamentales respecto de los derechos de justicia distributiva.

Gran parte de la controversia se ha centrado en si los derechos de justicia distributiva forman parte del ámbito de la justicia transnacional; es decir, si el derecho internacional debería exigir a los Estados que cumplan determinados estándares en sus relaciones distributivas internas. Esta fue una cuestión importante en los debates de la Guerra Fría sobre si las convenciones de derechos humanos deberían incluir los llamados derechos sociales y económicos, además de los derechos civiles y políticos. Sin embargo, a partir de la década de 1970, aproximadamente, las cuestiones de justicia distributiva internacional han

adquirido mayor importancia, principalmente en el discurso de la desigualdad regional, especialmente entre los hemisferios norte y sur, o, de manera más general, en el discurso que incluye reclamos sobre lo que los países más desarrollados deben a los menos desarrollados. En el resto de esta sección, examinamos las principales posturas teóricas sobre la justicia distributiva *transnacional ;* en la siguiente sección consideramos la justicia distributiva como un elemento del ámbito más amplio de la justicia *internacional* .

Dudas sobre la justicia distributiva transnacional . Existen al menos tres posiciones distintas que han llevado a muchos teóricos a ser escépticos sobre un papel significativo de la justicia distributiva transnacional en el derecho internacional: Página 16 de 44

Filosofía del Derecho Internacional

Pluralismo distributivo **(p. 898)** (según el cual los desacuerdos intersocietales acerca de la justicia distributiva son tan básicos e intratables que hacen imposible un apoyo amplio a los principios de justicia distributiva transnacional), Autonomía distributiva social (según la cual las distintas sociedades deberían ser libres de desarrollar sus propios principios de justicia distributiva), y la visión de la incapacidad institucional (según la cual las instituciones internacionales son actualmente incapaces de reemplazar al estado individual como árbitro autoritario y ejecutor de la justicia distributiva).

Cada uno de ellos se considerará a su vez.56

Pluralismo distributivo profundo . Esta es una variante de la posición minimalista moral que encontramos antes, centrada específicamente en la justicia distributiva en lugar de en los principios morales en general. Según el Pluralismo distributivo profundo, los desacuerdos entre las sociedades sobre cómo deben distribuirse los recursos dentro del estado son tan básicos e insolubles que los principios sustantivos de la justicia distributiva transnacional no pueden obtener un apoyo suficientemente amplio para funcionar como elementos del derecho

internacional. La dificultad más obvia con el Pluralismo distributivo profundo, como razón para negar un papel significativo para la justicia distributiva transnacional en el derecho internacional, es que parece prematuro concluir que las disputas intersocietales sobre la justicia distributiva son única y permanentemente irresolubles. Una vez que abandonamos la imagen poco realista de las culturas sociales como bolas de billar sociales que son internamente homogéneas e impermeables a las influencias externas, ¿por qué deberíamos asumir que los valores relacionados con la justicia distributiva (a diferencia de los relacionados con otros derechos humanos) son inmunes a la revisión en la dirección de un mayor consenso intersocietal?

Además, mucho dependerá de cuán exigentes sean los estándares propuestos de justicia distributiva transnacional.

Acuerdo sobre estándares mínimos que garanticen a cada ciudadano el derecho a un "mínimo decente" o "nivel adecuado"

En definitiva, el hecho de que las disputas sobre justicia distributiva sean significativamente más recalcitrantes a la resolución racional o al menos a la convergencia de opiniones **(p. 899)** que las disputas sobre derechos humanos en general es una cuestión de hecho, que se debe responder mediante investigación empírica transcultural o mediante el éxito o el fracaso de los esfuerzos por forjar un consenso global.

En la actualidad, el agnosticismo es la postura más razonable. Dado que la interpenetración de culturas a través del desarrollo de una economía global y de una sociedad civil transnacional en evolución es un fenómeno tan reciente y aún incompleto, y dado que la teoría sistemática seria sobre la justicia distributiva está en sus inicios, la afirmación de que las disputas intersocietales sobre la justicia distributiva son permanentemente irresolubles es prematura. Para poner esta cuestión en perspectiva: hace apenas noventa años, la idea de que los Estados acordaran una prohibición total de la guerra de agresión habría sido recibida con desdén; hace poco más de cincuenta años, cualquier persona familiarizada con los

asuntos internacionales habría considerado ingenuo creer que los Estados alguna vez aceptarían públicamente las limitaciones a su soberanía interna impuestas por las convenciones de derechos humanos.

Otra fuente de escepticismo sobre la posibilidad de que la justicia distributiva transnacional tenga un papel importante en el derecho internacional es la aparente indiferencia del sistema jurídico internacional hacia todo el ámbito de la injusticia distributiva. Algunas críticas al sistema jurídico internacional señalan la injusticia que tolera e incluso facilita y luego concluyen que hay pocas razones para pensar que la justicia distributiva alguna vez tendrá un papel destacado en él.

Sin embargo, un examen más detallado de toda la gama del derecho internacional revela que el discurso de la equidad, y en algunos casos los llamamientos explícitos a la justicia distributiva, están lejos de estar ausentes. En un tratado magistral titulado *La equidad en el derecho internacional y* En su libro *Institutions* , Thomas M. Franck ofrece una visión general sistemática de las diversas áreas del derecho internacional reciente en las que las consideraciones de justicia distributiva desempeñan un papel importante. Entre los ejemplos especialmente llamativos se incluyen (1) la financiación compensatoria multilateral (por ejemplo, los compromisos basados en tratados de los Estados más ricos para compensar a los socios comerciales más pobres por las fluctuaciones perjudiciales en los precios de los productos básicos que estos últimos exportan), (2) las instituciones crediticias multilaterales que proporcionan préstamos y créditos subsidiados para el crecimiento económico y la reducción de la pobreza en los países más desfavorecidos, (3) las interpretaciones judiciales internacionales de los tratados que rigen la explotación de las plataformas continentales, los fondos marinos y sus subsuelos que apelan a la noción de que la asignación de recursos debe determinarse por consideraciones de equidad, entendiendo esto como dar un peso especial a los intereses de los Estados más pobres, (4) los tratados relativos al espacio ultraterrestre y la Antártida que los reconocen como un "patrimonio común" del que se beneficiará toda la humanidad, y (5) los acuerdos ambientales que imponen obligaciones a los Estados para

conservar los recursos para la humanidad en general, incluidas las generaciones futuras.58

El resultado del análisis de Franck es que existe un consenso creciente, que se manifiesta concretamente en la sustancia del derecho internacional y el discurso jurídico en varias **áreas** distintas, no sólo en el sentido de que la justicia distributiva es importante, sino también en el sentido de que algunas políticas y acuerdos institucionales son inaceptablemente injustos.

Filosofía del Derecho Internacional

Si bien es imposible predecir cuánto consenso surgirá sobre estándares sustantivos de justicia distributiva en cualquiera de estas áreas y cuán efectivos serán los esfuerzos para asegurar el cumplimiento de los principios acordados, estos acontecimientos al menos ponen en tela de juicio la suposición de que el carácter del sistema legal internacional es irremediablemente hostil a las consideraciones de justicia distributiva.

Los ejemplos de Franck se refieren en su mayor parte a la justicia distributiva internacional, no a la transnacional. Sin embargo, parece improbable que se esté gestando un consenso considerable sobre la primera, y sin embargo es imposible que se llegue a un consenso significativo sobre la segunda. Los esfuerzos por dar un peso especial a las necesidades de los más desfavorecidos mediante disposiciones especiales en los acuerdos comerciales o financiación compensatoria para los países más pobres que dependen en gran medida de la exportación de productos básicos probablemente reflejen una preocupación más general por las necesidades de los individuos más desfavorecidos, en lugar de unos ingresos más bajos para los Estados. Bien puede ser que, por razones puramente prácticas, el ámbito de la justicia internacional haya sido más hospitalario con las consideraciones de justicia distributiva que el de la justicia transnacional. Dada la capacidad institucional actual, lograr un acuerdo sobre los principios de justicia distributiva transnacional y su cumplimiento puede ser más difícil, en parte porque la justicia transnacional plantea un desafío más directo a la soberanía estatal sobre los recursos que los tipos de

acuerdos distributivos internacionales descritos por Franck.

Autonomía distributiva social . Según esta perspectiva, que se encuentra en las obras de Michael Walzer, no hay lugar para la justicia distributiva transnacional en el derecho internacional porque los Estados deben determinar sus propios acuerdos distributivos internos.59 Según Walzer, cada sociedad distinta está involucrada en un proceso continuo de desarrollo y revisión de significados sociales compartidos que fundamentan principios distintivos de justicia distributiva, y la identidad y el bienestar de los individuos dependen de su participación en este proyecto cultural. Los beneficios que los individuos derivan del proceso dependen de su integridad, y esto a su vez requiere que sus significados compartidos se elaboren entre ellos sin que se impongan estándares desde afuera. Por lo tanto, toda la empresa de justicia distributiva transnacional es ilegítima, porque es un intento de imponer una concepción externa de justicia distributiva, con el resultado de que se socavará la integridad del proceso indígena.

Esta postura plantea varias dificultades serias. En primer lugar, y la más obvia, las fronteras estatales existentes y la composición de las distintas sociedades no siempre coinciden, ni siquiera habitualmente: la mayoría de los estados comprenden una pluralidad de grupos distintos, de modo que la descripción de Walzer de un único proceso de desarrollo de significados compartidos para un único pueblo dentro de las fronteras del estado es extremadamente inexacta.

(p. 901) En segundo lugar, dada la realidad de la economía y las comunicaciones globales, el proceso de desarrollo de significados compartidos ya está sujeto, inevitablemente, a importantes influencias externas. Si estas influencias, mucho menos controladas, no implican una interferencia destructiva en el proceso de desarrollo de significados sociales compartidos, lo mismo puede ser cierto en lo que respecta a la adopción de estándares globales mínimos para la justicia distributiva interna. Todo dependerá del contenido de los principios de justicia distributiva transnacional y de cómo se desarrollen y apliquen.

En tercer lugar, en muchos Estados algunos individuos (y en algunos casos la mayoría) se ven excluidos de participar significativamente en el proceso de articulación de significados sociales compartidos en relación con la justicia, y a veces se les impide precisamente porque carecen de los recursos materiales para participar, o incluso para alcanzar la salud y la longevidad mínimas requeridas para la participación. En muchos casos, los grupos minoritarios están tan privados de recursos que no pueden participar significativamente en los procesos culturales más amplios del Estado ni mantener su propia cultura distintiva ni participar en sus propios procesos de generación de significado. Los estándares mínimos de justicia distributiva transnacional, que garantizarían a cada individuo una parte de los recursos, facilitarían en tales casos los mismos beneficios que Walzer supone que se verían amenazados por ellos. El énfasis de Walzer en la integridad cultural y los bienes que aporta a los individuos es una valiosa reflexión, pero es mejor considerarla como una advertencia contra la insensibilidad cultural a la hora de establecer estándares globales que como una razón concluyente para no incluir principios de justicia distributiva transnacional en un sistema de derecho internacional.

Incapacidad institucional. Esta perspectiva, a diferencia de las dos anteriores, no descarta *en principio los requisitos mínimos de la justicia distributiva transnacional* . En cambio, sostiene que en las condiciones actuales y en el futuro previsible, el sistema jurídico internacional carece de los recursos institucionales para actuar como el agente principal que determine qué obligaciones de justicia distributiva se aplican entre quienes se encuentran dentro del Estado y para garantizar el cumplimiento de esas determinaciones.60 En cambio, sólo los Estados individuales tienen la capacidad institucional para ser los árbitros y ejecutores principales de la justicia distributiva dentro de los Estados.

La capacidad institucional necesaria no consiste únicamente en la incapacidad de hacer cumplir los principios de la justicia distributiva transnacional. Igualmente importante es la capacidad de emitir juicios autorizados sobre lo que exige la justicia distributiva dentro del Estado y de decidir sobre la aplicación de esos requisitos.61

A menos que uno esté dispuesto a adoptar la postura radical de que todo el impulso de la institucionalización de los derechos humanos es erróneo, el defensor de esta perspectiva debe argumentar que los recursos institucionales actuales del derecho internacional son más adecuados para articular y hacer cumplir los derechos contra el genocidio, la tortura y la discriminación religiosa, y otros derechos civiles y políticos básicos, que para especificar y hacer cumplir los principios de la justicia distributiva transnacional. De lo contrario, la perspectiva de la incapacidad institucional descarta **(p. 902)** no sólo la justicia distributiva transnacional, sino también cualquier papel significativo de las instituciones internacionales para garantizar la justicia de cualquier tipo.

Para demostrar de manera convincente que la incapacidad institucional excluye la justicia *distributiva transnacional* sin excluir la protección de otros derechos humanos, se podría argumentar que la tarea de supervisar el cumplimiento de los principios de justicia distributiva dentro de los Estados es excepcionalmente desalentadora, aunque sólo sea porque los juicios sobre justicia distributiva, cuando se hacen sobre sociedades en su conjunto, requieren datos económicos muy complejos y un conocimiento detallado sobre el funcionamiento de las instituciones. Determinar si un gobierno en particular incurrió en más de cincuenta casos de tortura en el último año, o si encarceló a miembros de la prensa de oposición, puede ser mucho más simple. El orden jurídico internacional recién ha comenzado a desarrollar estas estructuras institucionales relativamente simples para supervisar el cumplimiento de los derechos civiles y políticos básicos; está muy lejos de poder determinar si se están implementando efectivamente los principios integrales de justicia distributiva transnacional.

Por otra parte, la verosimilitud de la teoría de la capacidad institucional puede depender del contenido de los principios pertinentes de justicia distributiva. Así, por ejemplo, un principio que exigiera únicamente que todos los miembros de la sociedad tuvieran recursos suficientes para vivir a un nivel de subsistencia podría no estar sujeto a las objeciones que plantea la teoría de la capacidad institucional, como lo estaría un principio más sólido.

La perspectiva de la capacidad institucional, a diferencia del pluralismo distributivo profundo y la autonomía distributiva de la sociedad, permite la posibilidad de que los principios de justicia distributiva transnacional puedan llegar a ocupar un papel importante en el derecho internacional. Por lo tanto, reconoce que el razonamiento sobre los principios de justicia distributiva transnacional es una parte legítima de la teoría moral *ideal* del derecho internacional (al tiempo que reconoce que, al menos por el momento, la justicia distributiva transnacional no desempeñará un papel destacado en la teoría no ideal). Igualmente importante es el hecho de que la perspectiva de la incapacidad institucional, a diferencia del pluralismo distributivo profundo y la autonomía distributiva de la sociedad, es compatible con el compromiso de tratar de construir la capacidad institucional necesaria para hacer realidad la justicia distributiva transnacional.

En la siguiente sección, analizamos las principales opciones teóricas disponibles en el ámbito de la justicia *internacional* , que se refiere a los principios de justicia aplicables a las relaciones entre Estados. Entre ellos se encuentran los principios de justicia distributiva, pero también otros tipos de principios, como los que determinan qué entidades deben ser reconocidas como Estados y los que especifican la obligatoriedad o permisibilidad de la intervención humanitaria para ayudar a garantizar que los Estados cumplan con los requisitos de la justicia transnacional en el trato que dan a sus propios ciudadanos.

(p. 903) 5 Justicia internacional

Justicia distributiva internacional. Hemos señalado anteriormente que las cuestiones de justicia distributiva deben considerarse en cada una de las dos grandes

divisiones de la teoría normativa del derecho internacional, la justicia transnacional y la justicia internacional. La justicia distributiva transnacional se refiere a la distribución justa de los recursos entre los miembros de un mismo Estado, en la medida en que se trate de una preocupación propia del derecho internacional; la justicia distributiva internacional se refiere a la distribución justa de los recursos entre Estados o entre personas o grupos que viven en diferentes Estados. Las cuestiones de justicia distributiva internacional pueden esclarecerse mediante una distinción entre dos formas diferentes de fundamentar las obligaciones de justicia distributiva internacional.

La distinción se establece entre las teorías de justicia distributiva internacional que fundamentan las obligaciones en el hecho de la interacción a través de las fronteras estatales y las que no lo hacen. Según el interaccionismo, las obligaciones de justicia distributiva sólo se dan entre quienes cooperan entre sí.62 De modo que puede haber principios de justicia distributiva internacional entre Estados sólo porque, de hecho, existen interacciones cooperativas a través de las fronteras estatales.

Una variante del interaccionismo se centra no sólo en la idea de que existe cooperación a través de las fronteras estatales, sino que esta cooperación se produce dentro de una estructura básica global, el análogo internacional de lo que Rawls llama la estructura básica de una sociedad única.63 La estructura básica global debe estar regulada por principios de justicia distributiva por la misma razón que Rawls dice que debe estarlo la estructura básica del estado individual: porque sus efectos sobre las perspectivas de los individuos y los grupos son generalizados, profundos, duraderos y, en gran medida, no una cuestión de elección. Los interaccionistas que enfatizan la existencia de una estructura básica global sostienen que los principios más básicos de la justicia distributiva deben incluir principios para regular la estructura básica global o, en términos rawlsianos, que la estructura básica global es un tema primario de justicia. Así como los principios para guiar la

conducta individual serían insuficientes para lograr la justicia distributiva en el caso del estado único porque los efectos de la estructura básica son profundos y sistemáticos, la justicia distributiva internacional requiere principios para regular la estructura básica global.

La perspectiva no interaccionista, en cambio, sostiene que las obligaciones distributivas internacionales existirían incluso si no hubiera interacciones entre los Estados. La base más obvia de la perspectiva no interaccionista del ámbito de la justicia es una versión robusta de lo que Rawls llama el deber natural de justicia: una obligación moral general de trabajar para garantizar que todas las personas tengan acceso a instituciones justas. Si existe tal obligación y si las instituciones justas incluyen la implementación de principios de justicia distributiva, entonces la justicia distributiva internacional no depende del hecho de la interacción cooperativa ni de la existencia de una estructura básica global.

(p. 904) El deber natural robusto de justicia, presumiblemente, se basa en algo más fundamental: un principio de igual consideración para las personas. La idea intuitiva es que la igual consideración requiere no sólo que nos abstengamos de violar los derechos de las personas, sino que hagamos algo para ayudar a garantizar que todas las personas tengan acceso a instituciones que protejan sus derechos.64 Todas las teorías liberales distintas del libertarismo estricto sostienen que la igual consideración para las personas requiere que todas las personas tengan acceso al menos a un mínimo de recursos necesarios para la elección significativa o para el ejercicio efectivo de sus derechos básicos. Si este es el caso, entonces el deber natural robusto de justicia nos obliga a ayudar a crear las instituciones necesarias para lograr la justicia distributiva para todos. El que esto se logre mejor mediante el apoyo internacional a la justicia distributiva transnacional o mediante instituciones de justicia distributiva internacional dependerá en parte de si se supone o no que el estado individual seguirá siendo el agente principal de la justicia distributiva. Si se supone que los Estados son los agentes primarios de la justicia distributiva y resulta que algunos Estados no tienen recursos suficientes para satisfacer los principios de la justicia distributiva transnacional, entonces

el Deber Natural Robusto de Justicia requerirá el establecimiento de instituciones para redistribuir los recursos de los Estados más ricos a los más pobres; en otras palabras, para crear un régimen de justicia distributiva internacional.

La visión de Charles Beitz combina componentes interaccionistas y no interaccionistas. Aunque enfatiza que el grado actual de interacción global es suficiente para fundamentar deberes de justicia distributiva a través de las fronteras, también cree que la justicia requeriría una redistribución internacional incluso en ausencia de interacción, para mejorar las desigualdades en recursos entre individuos en diferentes estados. Sin embargo, cabe señalar que si bien Beitz cree claramente que existen obligaciones de justicia distributiva que no dependen de la interacción cooperativa, tal vez sea menos claro en cuanto a su respaldo al Deber Natural Robusto de Justicia. Sin embargo, a menos que se suponga algo así, es difícil ver cuál es la base para las obligaciones de justicia en ausencia de interacción cooperativa.

Hay otra variante del interaccionismo que conviene distinguir: Thomas Pogge no fundamenta las obligaciones de justicia distributiva en el hecho de la interacción o en la existencia de una estructura básica global *per se* , sino en la obligación de no causar daño.6

Según esta visión, la existencia de una estructura básica global es digna de mención desde el punto de vista de la justicia internacional sólo porque crea oportunidades de dañar a otros a través de nuestra participación en ella.

Pogge aparentemente cree que fundamentar la justicia internacional de esta manera es preferible porque la obligación de prevenir el daño es un deber más estricto o más obviamente válido que el deber de beneficiar a otros. Sin embargo, esta elección de estrategias argumentativas tiene un precio. **La** primera dificultad es que la estructura básica global es tan extremadamente compleja que el sentido en el que se puede decir que estamos "interactuando" con todas las demás personas en todo el mundo se atenúa correspondientemente. Y debido a que la "participación" en la estructura básica global está tan

atenuada, la atribución del daño se vuelve correspondientemente problemática. De modo que incluso si se puede demostrar que individuos particulares están siendo perjudicados por el funcionamiento de la estructura global, puede ser mucho más difícil demostrar que cualquier individuo dado es responsable de los daños que otros sufren como resultado de la miríada de interacciones complejas que tienen lugar dentro de la estructura básica global. En algunos casos, puede ser plausible atribuir la responsabilidad a otros.

Filosofía del Derecho Internacional

En segundo lugar, en la medida en que la estructura básica global existente es la "única opción", puede ser engañoso decir que nuestra participación en ella es voluntaria; sin embargo, parecería que la voluntariedad es una condición para la responsabilidad. En tercer lugar, si las obligaciones de la justicia distributiva son puramente negativas -el deber de no causar daño- entonces presumiblemente el alcance de las obligaciones distributivas es bastante limitado. A lo sumo, los más acomodados están obligados a asegurar que los más desfavorecidos no se vean en peor situación de la que estarían de no participar en la estructura básica global.66

Vale la pena señalar una última dificultad con la perspectiva de Pogge. En cualquier esquema cooperativo, por justo que sea, algunos individuos resultarán perjudicados. Por ejemplo, simplemente debido a la mala suerte o a un mal criterio de mi parte o a las fluctuaciones de la demanda del mercado, puedo sufrir un revés en mis intereses económicos porque elijo la profesión equivocada o compro las acciones equivocadas, o puedo perder mi trabajo a manos de una persona mejor calificada. Pero no todos esos daños son injusticias (o agravios). Por lo tanto, el intento de Pogge de basar la justicia distributiva internacional en la obligación de no dañar es fatalmente incompleto a menos que se pueda proporcionar una explicación de los daños injustos. Sin embargo, para distinguir entre daños injustos y daños que no constituyen agravios, se necesita una teoría de la justicia, que incluya, presumiblemente, una explicación de a qué tienen derecho las personas como cuestión de distribución justa. Entonces

surge la pregunta: si existe una explicación de la justicia distributiva de este tipo, ¿por qué no apelar directamente a ella en lugar de a la noción bastante problemática de causar daños mediante la participación en la estructura básica?

La perspectiva no interaccionista, que fundamenta las obligaciones distributivas internacionales en el deber natural robusto de justicia, evita estas dificultades. No requiere ni una teoría de la participación capaz de mostrar que todos los seres humanos son, en algún sentido significativo, coparticipantes en un esquema global de cooperación que genera obligaciones de justicia distributiva de cada uno hacia todos, ni una explicación de la responsabilidad por el daño que fundamente las obligaciones distributivas de los individuos en patrones indirectos y extremadamente **complejos** de interacción entre miles de millones de individuos. La tarea crucial para el no interaccionista, más bien, es presentar un argumento convincente de que la consideración igualitaria para las personas requiere no sólo abstenerse de violar sus derechos, sino también trabajar para asegurar que todas las personas tengan acceso a instituciones que aseguren la protección de sus derechos. Detrás de esta visión está la afirmación de que hay una profunda incoherencia al afirmar que la igualdad de consideración hacia las personas requiere abstenerse de violar sus derechos incluso si esto implica un gran costo, mientras que se niega que la igualdad de consideración requiere cualquier esfuerzo para asegurar que los derechos de las personas estén protegidos de violaciones por parte de otros.

Tal vez la tarea más difícil para el enfoque no interaccionista de la justicia distributiva internacional sea proporcionar una explicación convincente del *alcance* del deber natural robusto de justicia para articular sus implicaciones concretas. En particular, debe decirse mucho sobre lo que se le exige al individuo que haga, es decir, qué costos debe soportar.

—para cooperar con sus conciudadanos en el proyecto multigeneracional de construir instituciones internacionales de justicia distributiva. En ausencia de instituciones nacionales e internacionales que especifiquen

y distribuyan equitativamente las cargas de proporcionar acceso a instituciones justas para todos, puede ser imposible determinar con alguna especificidad el alcance del deber natural. Lo que cualquier individuo dado deba hacer a este respecto dependerá en parte de lo que se pueda hacer, y lo que se pueda hacer dependerá de los recursos institucionales existentes. Si uno es extremadamente pesimista con respecto a las perspectivas de desarrollar instituciones efectivas de justicia distributiva internacional, podría concluir que en el futuro previsible el Robusto Deber Natural de Justicia no se aplica a nivel internacional, al menos en lo que respecta a la justicia distributiva. Uno podría concluir, en cambio, que la mejor manera de honrar el principio de igual consideración para las personas en el que se basa el Robusto Deber Natural de Justicia es tratar de aliviar la condición de (algunos de) los más pobres del mundo mediante donaciones privadas.

Secesión y libre determinación. Antes hemos sostenido que, al menos en lo que respecta a los pueblos indígenas, hay razones para el apoyo internacional a los derechos de autogobierno, cuando estos derechos son necesarios para restaurar instituciones de autogobierno injustamente destruidas, ayudar a rectificar las apropiaciones injustas de tierras en el pasado, prevenir violaciones de los derechos humanos individuales o reducir los efectos nocivos actuales de las violaciones pasadas de los derechos humanos individuales. En su forma más extrema, el autogobierno significa un Estado independiente. Una de las cuestiones más básicas y difíciles para una teoría moral del derecho internacional se refiere a cuál debería ser el estatuto jurídico de la secesión. Si la comunidad internacional reconoce la legitimidad de la secesión de un grupo de un Estado existente, a la entidad secesionista se le concede el estatuto de miembro de pleno derecho del sistema estatal, con todos los derechos, privilegios y obligaciones distintivos característicos de los Estados, y con derecho a entablar relaciones de igualdad con otros Estados. De ahí la

La respuesta jurídica internacional a la secesión plantea las cuestiones más fundamentales de la segunda división

principal de la teoría moral del derecho internacional, la justicia internacional **(p. 907)** : aquellos principios de justicia que especifican los derechos y obligaciones que se obtienen entre personas o entidades en virtud de ser miembros de diferentes estados y que deben ser reconocidos en el derecho internacional.

El estatuto de la secesión en el derecho internacional vigente. Según la opinión mayoritaria entre los especialistas en derecho internacional, en la actualidad no existe ningún derecho internacional a la secesión, salvo en dos circunstancias bastante específicas: (1) lo que podrían llamarse casos clásicos de colonización (como cuando una colonia de ultramar se libera del control metropolitano) y (quizás) (2) la recuperación de un territorio soberano que fue sometido a ocupación militar por una potencia extranjera mediante un acto de agresión.67 Algunos podrían añadir una tercera condición: cuando a un grupo racial (o quizás religioso) se le niega el acceso significativo al gobierno y la participación en él. Por "derecho" se entiende aquí un derecho de reivindicación: decir que un grupo tiene derecho a la secesión implica (i) que le es permisible intentar establecer su propio estado independiente a partir de una parte del territorio del estado en el que se encuentra actualmente, y (i) que otros, incluido el estado en cuestión, están obligados a no interferir en este intento.

Es importante observar aquí que esta visión sobre el estatus de la secesión en el derecho internacional se refiere únicamente a lo que podría llamarse secesión unilateral (o no consensual). Nada en el derecho internacional hace inadmisibles los acuerdos libremente negociados para permitir la secesión entre los secesionistas y el Estado, como ocurrió con la secesión de Noruega de Suecia en 1905. El derecho internacional tampoco excluye la secesión mediante una disposición constitucional.68

Algunos juristas han sostenido recientemente que el derecho internacional, si bien sólo incluye un derecho (de reivindicación) a la secesión en las circunstancias limitadas descritas anteriormente, tampoco incluye ninguna prohibición clara de la secesión. Han sostenido además que, puesto que lo que no está prohibido es permisible en

el derecho internacional, la secesión es permisible, es decir, que existe lo que Hohfeld llamó un derecho de libertad (aunque no un derecho de reivindicación) a la secesión.69 De esto se seguiría que si el Estado se resiste a la secesión no estaría violando ningún requisito del derecho internacional, aunque el derecho internacional no prohíba a los secesionistas intentar separarse.

La ambigüedad o el silencio del derecho internacional en casos de secesión distintos de los que implican una descolonización clásica o una ocupación militar no es meramente una deficiencia teórica **(p. 908)** . La respuesta internacional confusa e ineficaz a la desintegración de Yugoslavia y, más recientemente, a las guerras de secesión chechena, muestra no sólo una falta de voluntad política sino también una falta de consenso sobre principios. En el caso de Yugoslavia, las potencias occidentales vacilaron entre proclamar que el conflicto era una disputa interna protegida de la intervención por el velo de la soberanía estatal e intentar limitar lo que parecía ser el inevitable proceso de disolución aplicando el principio jurídico internacional de *uti possidetis* , de manera bastante inverosímil, a una situación muy diferente de aquella en la que el principio había sido reconocido previamente. El principio de *uti possidetis* , según el cual las fronteras sólo pueden modificarse mediante acuerdo, proporciona la base en el derecho internacional para la integridad territorial de los Estados existentes.

Este principio fue invocado en los procesos de descolonización en América del Sur y luego afirmado por la Organización de la Unidad Africana durante el período de descolonización africana en los decenios de 1960 y 1970. En el caso de Yugoslavia, el principio se aplicó no a las fronteras de los estados coloniales sino a las fronteras internas de una federación autónoma.70

El título de un destacado libro sobre la disolución de Yugoslavia describe la respuesta internacional como un "triunfo del fracaso de la voluntad", y esto es sin duda cierto.7

1 Sin embargo, una voluntad guiada por principios sólidos y, más importante aún,

Los principios para los cuales se pueden dar buenas razones pueden ser más constantes, en igualdad de condiciones.

En la última década ha habido un crecimiento notable en la literatura normativa sobre la secesión.72 En su mayor parte, este trabajo se centra en el derecho a la secesión como un derecho moral unilateral, en lugar de especificar las condiciones bajo las cuales los derechos especiales a la secesión podrían generarse a través de un acuerdo o crearse mediante disposiciones constitucionales.73 En la mayoría de los casos, las implicaciones para el derecho internacional quedan completamente confusas.74

(p. 909) ***Teorías de la secesión.*** Las teorías morales de la secesión (unilateral) pueden dividirse en dos tipos principales: teorías del derecho remedial únicamente y teorías del derecho primario.74 Las teorías del derecho remedial únicamente conciben el derecho a la secesión como análogo al derecho a la revolución, tal como este último se entiende en la corriente principal de las teorías liberales de la revolución: como un remedio de último recurso para injusticias graves y persistentes. La revolución tiene como objetivo el derrocamiento del gobierno; la secesión tiene como objetivo separar una parte del territorio del estado de su control. Lo que es común a la teoría del derecho remedial únicamente del derecho (unilateral) a la secesión y la explicación liberal dominante del derecho a la revolución es que en ambos casos el derecho solo existe en condiciones de injusticia grave. Diferentes teorías del derecho remedial Página 22 de 44

Sólo las teorías de la secesión ofrecen explicaciones diferentes de los tipos de injusticia para los cuales la secesión es el remedio apropiado. Una división importante en este sentido es entre las teorías que reconocen que sólo el genocidio o las violaciones masivas de los derechos humanos más fundamentales son suficientes para justificar la secesión (además de la colonización clásica y la ocupación militar injusta o la anexión) y las que también reconocen la violación por parte del Estado de los acuerdos de autonomía interna para las minorías nacionales o los

grupos indígenas o el hecho de que el Estado no reconozca las reivindicaciones válidas de autonomía interna.

Es importante señalar que las teorías del derecho remedial únicamente se refieren a las condiciones en las que existe un derecho a la secesión *unilateral* . Son compatibles con una postura muy permisiva respecto de la secesión negociada o constitucional.

En ese sentido, las teorías del derecho remedial únicamente no son tan conservadoras como podría parecer a primera vista.

Las teorías del derecho primario, en cambio, tienen una visión más permisiva del derecho (unilateral) a la secesión. Lo que tienen en común las diferentes teorías del derecho primario es que rechazan la tesis de que el derecho unilateral a la secesión existe sólo como remedio a la injusticia. Las teorías del derecho primario se dividen en dos tipos principales: teorías ascriptivistas y teorías plebiscitarias. Las primeras sostienen que ciertos grupos cuya pertenencia se define por lo que a veces se denominan características atributivas tienen el derecho (unilateral) a la secesión, simplemente porque son tales grupos. Las características atributivas incluyen ser de la misma nación o etnia o ser un "pueblo distinto". (Estas características se denominan atributivas porque se atribuyen a los individuos independientemente de su elección). La forma más común de la teoría atributiva es la visión de que las naciones tienen un derecho de autodeterminación que incluye el derecho (unilateral) a la secesión.76

Las teorías plebiscitarias (o voluntaristas o de grupos asociativos), en cambio, afirman que una región puede secesionarse si una mayoría de las personas que residen en ella deciden hacerlo, independientemente de si están unidas por otras características distintas de este deseo de independencia **(p. 910) ,** incluidas las características adscriptivas. Lo que las teorías ascriptivistas y plebiscitarias tienen en común es que no exigen la injusticia como condición necesaria para el derecho unilateral a la secesión. Sin embargo, ambos tipos de teorías del derecho primario admiten la posibilidad de que la injusticia proporcione también un tipo de justificación

para la secesión unilateral. Las teorías del derecho primario no son teorías de derecho primario *únicamente* ; admiten la secesión como remedio.

No podemos intentar aquí una evaluación comparativa exhaustiva de los principales tipos de teorías del derecho moral a la secesión.77 En cambio, sólo intentaremos identificar algunas de las principales fortalezas y debilidades de los dos tipos de teorías, partiendo del supuesto de que se supone que estas teorías proporcionan una guía sobre cómo las instituciones jurídicas internacionales deben responder a la secesión y, en particular, que se supone que proporcionan respuestas a la pregunta "¿Bajo qué condiciones debería la comunidad internacional reconocer a una entidad secesionista como un nuevo Estado?". En otras palabras, evaluaremos las teorías del derecho reparador únicamente y del derecho primario como explicaciones normativas de cómo el orden jurídico internacional debe responder a la secesión, partiendo del supuesto de que los principios que recomiendan deben institucionalizarse dentro de un sistema de principios que constituyan una teoría normativa integral del derecho internacional.

Como ha subrayado acertadamente Lea Brilmayer, la secesión no es simplemente la formación de una nueva asociación política entre individuos, sino la toma de territorio, acompañada de una reivindicación de derecho a la soberanía sobre ese territorio.78

En consecuencia, las teorías rivales sobre la secesión deben considerarse como una explicación alternativa de lo que se necesita para que un grupo llegue a tener derecho a la soberanía sobre un territorio que en ese momento está incluido en el territorio de un Estado existente. Como veremos, algunas de las objeciones más serias a las teorías del derecho primario cuestionan la coherencia de sus explicaciones sobre qué es exactamente lo que da a un grupo intraestatal el derecho a la soberanía sobre parte del territorio del Estado.

Teorías del derecho remedial únicamente. Este enfoque reconoce al menos dos formas en que un grupo secesionista puede tener el derecho requerido a un

territorio: (*a*) reclamando territorio sobre el cual eran soberanos pero que les fue arrebatado injustamente (como en el caso de la secesión de las Repúblicas Bálticas de la Unión Soviética en 1991); o (*b*) llegando a tener un derecho a la soberanía sobre el territorio como resultado de valerse de un recurso de última instancia contra injusticias graves y persistentes (como violaciones de los derechos humanos o violaciones de acuerdos por los cuales el estado concedió al grupo alguna forma de autonomía dentro del estado). En el primer caso, la base del derecho a un territorio es clara: los secesionistas simplemente están reclamando lo que era suyo y lo que fue reconocido como suyo bajo el derecho internacional. La cuestión se vuelve más complicada, sin embargo, cuando se consideran dos cuestiones: (1) ¿se disputó la soberanía de la entidad en **cuestión** en el momento de su anexión (si es así, entonces la reclamación de recuperar el territorio perdido es en esa medida problemática, dada la falta de un órgano judicial internacional autorizado para resolverlo)? Página 23 de 44

Filosofía del Derecho Internacional

(2) ¿Los intereses legítimos en la estabilidad justifican un estatuto de limitaciones para las tomas injustas de territorios soberanos y, de ser así, cómo se determinará su duración?

En este último caso, la teoría del derecho remedial únicamente parte de la presunción de que los Estados existentes tienen reivindicaciones válidas sobre su territorio, pero luego sostiene que esas reivindicaciones territoriales deben subordinarse ante la persistencia de patrones de injusticias graves contra un grupo dentro de un Estado que no pueden remediarse sin la secesión. La idea intuitiva es que la justicia internacional impone al Estado un deber primordial de proteger los derechos humanos básicos de todos sus ciudadanos y que incluso su reivindicación sobre su propio territorio puede ser objeto de anulación si el Estado es incapaz de cumplir con esta obligación o no está dispuesto a hacerlo. 78 Por lo tanto, la validez de la reivindicación territorial del Estado no puede sostenerse cuando el único remedio que puede asegurar que se respeten los derechos humanos fundamentales de

un grupo perseguido dentro del territorio del Estado es la secesión. 80

El enfoque del derecho a la reparación establece una distinción básica entre el Estado y el gobierno. Si un gobierno viola los derechos humanos fundamentales de un grupo de sus ciudadanos que viven en una parte del territorio del Estado, ese grupo puede, como último recurso, separarse. Pero eso sólo significa que la profunda injusticia del gobierno hacia ese grupo puede invalidar el derecho del Estado a esa parte de su territorio. La conducta injusta del gobierno no invalida el derecho del Estado al resto de su territorio. Esta forma de entender la base del derecho de los secesionistas al territorio es atractiva porque evita la implicación inaceptable de que las acciones de un mal gobierno socavan la legitimidad del Estado. Una visión de ese tipo es inverosímil porque impondría un castigo injusto al pueblo en su conjunto, incluso cuando se oponga a las políticas injustas del gobierno. La pérdida del territorio secesionista es una pérdida para el pueblo del Estado en su conjunto, pero se justifica por el hecho de que la secesión es el último recurso al que pueden recurrir quienes han sufrido una injusticia grave. El derecho del grupo perjudicado a acogerse a este recurso no afecta a la reivindicación del Estado sobre el resto de su territorio.

Dada la tendencia de la secesión a provocar violencia masiva y causar una grave inestabilidad política, la fortaleza del enfoque del derecho a la reparación únicamente es que impone una restricción significativa a la secesión unilateral: el requisito de una queja seria y persistente por parte de los secesionistas. En esa medida, capta la intuición de que la ruptura no consensual del Estado, como la revolución, es un asunto serio, que requiere una justificación de peso.

Otro punto fuerte del enfoque del derecho a la secesión es que parece ofrecer los incentivos adecuados: los Estados que son justos son inmunes a la secesión unilateral legalmente permitida y tienen derecho a recibir apoyo internacional para mantener en toda su extensión su integridad territorial frente a las amenazas secesionistas **(p. 912)** . Por otra parte, si, como dicta la teoría, el

derecho internacional reconociera un derecho unilateral a la secesión como remedio para injusticias graves y persistentes, esto daría a los Estados un incentivo para actuar con mayor justicia.

Sin embargo, algunos críticos se han quejado de que la teoría del derecho remedial sólo presupone un sesgo a favor del statu quo al exigir a los secesionistas que demuestren una queja para justificar una secesión unilateral. Esta objeción puede ser refutada si la teoría del derecho remedial sólo puede ser coherente con una explicación convincente de lo que le da al estado un derecho válido sobre el territorio en primer lugar.81

Otros críticos se han quejado de que las teorías del derecho remedial solamente son inquietantemente irrelevantes para las preocupaciones de la mayoría de los grupos que buscan la autodeterminación, ya que en la mayoría de los casos, es el nacionalismo lo que alimenta la búsqueda de la autodeterminación, no las quejas por la injusticia *per se.82* La clave para responder a esta objeción es notar que la teoría del derecho remedial solamente de la secesión es sólo una teoría del derecho (unilateral) a separarse, no una teoría integral de la autodeterminación. La secesión es sólo la forma más extrema de autodeterminación. Aparte de la condición de Estado independiente, hay una gama muy amplia de acuerdos de autodeterminación, con diversos grados y dimensiones de autonomía. Al final, la plausibilidad de la teoría del derecho remedial solamente de la secesión depende de que se integre en una teoría integral de la autodeterminación, y que dé a las reivindicaciones de nacionalidad el lugar que les corresponde.

En nuestra opinión, el intento más plausible de lograr esta integración implicaría desvincular el derecho a la secesión de las cuestiones de autonomía intraestatal. Este enfoque podría denominarse la "estrategia de aislar y proliferar": el derecho unilateral a la secesión se aísla como un derecho más bien restringido, entendido como un remedio de último recurso para las violaciones persistentes de los derechos básicos, mientras que el derecho internacional debe adoptar una postura mucho más permisiva y favorable hacia la proliferación de una variedad de regímenes de

autonomía intraestatal, adaptados a las exigencias de diferentes problemas.83 Según la estrategia de aislar y proliferar, hablar del *derecho* de libre determinación es engañoso y no constructivo, en parte porque alienta la opinión de que si un grupo tiene derecho a alguna forma u otra de libre determinación, entonces también tiene derecho a optar por la libre determinación en su forma más extrema, la independencia. Página 24 de 44

categoría de estado.

Desvincular el derecho a la secesión de los intereses legítimos que puedan tener los grupos en diversas formas de autonomía dentro del Estado puede ser liberador. Por un lado, puede permitir a los grupos en cuestión obtener lo que necesitan sin los riesgos que implica la secesión. Por otro, puede hacer que los Estados sean más receptivos a las reivindicaciones legítimas de autonomía si creen que pueden responder a ellas sin respaldar implícitamente el derecho a la secesión.

(p. 913) La teoría del derecho remedial únicamente no tiene por qué rechazar las reivindicaciones de independencia de las naciones; sólo rechaza la afirmación mucho más firme de que las naciones *como tales* tienen un derecho unilateral a separarse. En muchos casos, los grupos que han sufrido las injusticias más graves y persistentes son de hecho naciones y la teoría del derecho remedial únicamente les concedería el derecho a separarse. En ese sentido, es inexacto decir que la teoría del derecho remedial únicamente ignora las realidades de los movimientos de autodeterminación nacionalistas. Pero quizás lo más importante es que la teoría del derecho remedial únicamente, cuando se integra adecuadamente en la estrategia de aislar y proliferar, proporcionaría un apoyo de principios a diversos modos de autodeterminación nacional que no lleguen a la secesión. Si esto se pudiera lograr, la teoría del derecho remedial sólo evitaría una de las principales objeciones a las teorías ascriptivistas: el hecho de que muy probablemente exigirían costos inaceptables debido a la violencia que muy probablemente se desataría al legitimar el principio de que cada nación

tiene derecho a su propio estado. Sin embargo, en la actualidad no existe ninguna teoría que limite el derecho a la secesión unilateral a los casos remediales y que también proporcione una explicación integral y basada en principios de cuándo varios grupos, incluidos aquellos que califican como naciones, deben ser reconocidos bajo el derecho internacional como titulares de derechos a la autonomía sin la secesión. Sólo si se puede integrar con éxito con una teoría de este tipo, una teoría del derecho remedial sólo del derecho unilateral a la secesión podrá responder de manera plenamente satisfactoria a la acusación de que ignora el carácter nacionalista de muchos movimientos secesionistas reales.

Teorías plebiscitarias (derecho primario). El atractivo de las teorías plebiscitarias es que parecen hacer de la determinación de los límites una cuestión de elección o, más precisamente, de la regla de la mayoría; en esa medida se regodean en la popularidad de la idea de la democracia. Sin embargo, dado lo que está en juego en la secesión unilateral, no está nada claro que el mero hecho de que una mayoría de personas que residen en una parte del estado deseen la independencia sea suficiente para darles un derecho unilateral a separarse, en ausencia de cualquier queja. Más específicamente, ¿por qué se debe suponer que el mero hecho de residir en una parte del territorio de un estado autoriza a las personas a decidir por mayoría de votos no sólo cambiar su propia ciudadanía, sino también privar a otros (los no secesionistas) de su ciudadanía actual y eliminar una parte del territorio del estado sin el consentimiento de ninguno de los ciudadanos de ese estado que vivan fuera del área en cuestión?

Según la doctrina de la soberanía popular, que se encuentra en el centro de la concepción liberal-democrática del Estado, el territorio del Estado se concibe correctamente como el territorio del pueblo en su conjunto, no sólo de aquellos que en un momento determinado residen en una parte de él. Pero si esto es así, entonces es difícil entender cómo el mero hecho de que una mayoría de ciudadanos en una cierta porción del territorio del pueblo desee su propio Estado podría conferirles el derecho unilateral de apropiarse de ese territorio para sí mismos, en ausencia de cualquier agravio. La debilidad de la teoría

plebiscitaria, entonces, es su explicación de lo que fundamenta el derecho de los secesionistas al territorio. Que esto es un defecto grave se hace más evidente cuando uno recuerda que según la teoría plebiscitaria **(p. 914)** el estado del cual se produce la secesión puede ser perfectamente justo. Como explicación general de lo que fundamenta las reclamaciones válidas sobre el territorio, la teoría plebiscitaria parece inverosímil: las reclamaciones sobre el territorio irían y vendrían como las mayorías irían y vendrían.

Pero, además del problema obvio de que esta concepción hace que las fronteras estatales sean propensas a una inestabilidad extraordinaria, sigue siendo un misterio por qué el deseo de ciertas personas que son mayoría en una región de un Estado existente debería generar un título de propiedad sobre el territorio.

Otra objeción a las versiones plebiscitarias de la teoría del derecho primario ha sido planteada por Al en Buchanan y Donald Horowitz, entre otros. El apoyo jurídico internacional a un derecho plebiscitario de secesión unilateral muy probablemente frustraría las estrategias para reducir los conflictos intraestatales mediante la descentralización, incluidas varias formas de federalismo y consociacionalismo. Si los líderes estatales saben que la secesión será considerada un derecho en virtud del derecho internacional para cualquier grupo que pueda reunir una mayoría a favor de la secesión en cualquier parte de su estado, es probable que no sean receptivos a las propuestas de descentralización. Verán la descentralización como el primer paso hacia la secesión, porque la creación de unidades políticas internas proporcionará la base para futuros plebiscitos sobre la secesión.84 Además, el reconocimiento de un derecho unilateral plebiscitario a la secesión crearía incentivos perversos con respecto a la inmigración. Los Estados que no quisieran correr el riesgo de perder parte de su territorio (que incluye la mayoría, si no todos, los Estados) tendrían una razón de peso para limitar la inmigración (o migración interna) que podría dar lugar a la

formación de una mayoría secesionista en una parte del territorio del estado.

Hemos señalado anteriormente que algunos encuentran atractivas las teorías plebiscitarias (de derecho primario) porque parecen encarnar un principio de democracia.8

5 Sin embargo, es un error pensar que el compromiso con la democracia requiere la aceptación de la teoría plebiscitaria.86 Las *justificaciones* para la gobernanza democrática dentro de límites políticos determinados no respaldan de hecho la tesis de que los límites pueden ser redefinidos simplemente por el voto de la mayoría. Hay dos justificaciones principales para el gobierno democrático. La primera es que la democracia es intrínsecamente valiosa desde el punto de vista del respeto igualitario a las personas o la consideración igualitaria de los intereses de las personas. La idea central es que la igualdad moral básica de las personas requiere que tengan igual voz y voto en las decisiones más importantes que determinan el carácter de su sistema político.87

Sin embargo, es evidente que esta justificación de la democracia no implica que la decisión de separarse deba ser determinada unilateralmente por una mayoría a favor de la secesión en una parte del territorio de un Estado existente, en lugar de ser determinada por una mayoría de todos los ciudadanos.

(p. 915) La primera justificación principal de la democracia nos dice que todos los que son miembros de un sistema político particular —todos los que deben vivir bajo un sistema de reglas que determinan el carácter fundamental de la vida social— deben tener voz y voto en igualdad de condiciones a la hora de decidir cuáles son esas reglas. Pero el principio del gobierno democrático no puede decirnos cuáles deben ser los límites del sistema político, porque para implementar el gobierno democrático debemos haber fijado ya los límites del sistema político. El derecho al gobierno democrático es un principio que especifica una relación de igualdad entre los miembros de un mismo sistema político, no un derecho a determinar la membresía de los sistemas políticos o sus límites.

La segunda justificación principal de la democracia es instrumental: sostiene que la gobernanza democrática tiende a promover bienes importantes, entre ellos la paz, la libertad y el bienestar. Una vez más, la fuerza de la justificación de la democracia depende en gran medida del supuesto de que lo que se justifica es un proceso de toma de decisiones para un sistema político: el uso de procedimientos mayoritarios para determinar las reglas fundamentales de dicho sistema. En particular, la afirmación es que el bienestar de los ciudadanos se verá mejor servido si se permite a todos los ciudadanos expresar sus preferencias, al menos en asuntos fundamentales que afectan a todos. Este argumento claramente no puede respaldar la afirmación de que sólo algunos ciudadanos (aquellos en una porción particular del sistema político) deberían poder decidir unilateralmente un asunto que afectará a todos los ciudadanos del sistema político. Por lo tanto, no puede respaldar la teoría plebiscitaria del derecho (unilateral) a la secesión.

Más importante aún, como han señalado algunos comentaristas, el reconocimiento de un derecho plebiscitario a la secesión (unilateral) podría en realidad socavar la democracia y, por lo tanto, socavar los bienes mismos que proporcionan su justificación instrumental.88 La idea misma de la democracia constitucional enfatiza que la toma de decisiones democrática no es apropiada para todo tipo de decisiones; las disposiciones constitucionales (incluidos los derechos arraigados, la revisión judicial, etc.) delimitan el dominio apropiado de la toma de decisiones democrática. Un objetivo importante del diseño constitucional es ayudar a garantizar que los ciudadanos participen en una deliberación democrática genuina, que el debate público que conduce a las decisiones de votación consista, en la medida de lo posible, en un diálogo basado en principios, con un mínimo de comportamiento estratégico y manipulación sin principios.89 Igualmente importante es que las disposiciones constitucionales pueden ayudar a garantizar que los ciudadanos tengan incentivos para invertir en el duro trabajo de la democracia deliberativa. Sin embargo, si la "salida" del Estado puede lograrse unilateralmente, por una minoría geográficamente concentrada mediante una votación mayoritaria, en ausencia de quejas, las tentaciones de adoptar un

comportamiento estratégico y de evitar el duro trabajo de convencer a los demás mediante un diálogo basado en principios pueden ser abrumadoras. Una minoría insatisfecha puede evadir la exigente tarea de "expresar" constructivamente su descontento simplemente redefiniendo unilateralmente los límites políticos **(p. 916)** para excluir a aquellos con quienes no está de acuerdo. O puede utilizar la amenaza de la "salida" como una herramienta de negociación estratégica para anular las decisiones de la mayoría. La implementación de la teoría plebiscitaria del derecho de secesión unilateral, en lugar de ser una aplicación del principio de la democracia, podría en algunas circunstancias socavar la práctica de la democracia.

No está claro si esos argumentos constitucionalistas demuestran que un derecho plebiscitario a la secesión (unilateral) es incompatible con la democracia deliberativa. Sin embargo, sí parecen demostrar que para justificar la teoría plebiscitaria se requerirá mucho más que una simple apelación a la democracia.

Teorías ascriptivistas (de derecho primario). 90 Este enfoque de la secesión unilateral tiene una larga tradición, que se remonta al menos a los nacionalistas del siglo XIX, como Mazzini, que proclamó que cada nación debería tener su propio Estado. Los críticos de la variante ascriptivista de la teoría del derecho primario han argumentado que legitimaría cambios fronterizos unilaterales y forzosos prácticamente ilimitados porque confiere a cada nación (o territorio) el derecho a tener su propio Estado.

"pueblo" o sociedad distinta). Quienes defienden esta teoría han respondido que no *exige que* cada nación (o pueblo distinto) ejerza su derecho unilateral a separarse y han conjeturado que si la Teoría Ascriptivista

Si se acepta como derecho internacional, no todos los grupos a los que se les confiere ese derecho optarían por separarse.

Sin embargo, dada la historia de los conflictos etnonacionalistas, sigue existiendo la preocupación de que la institucionalización del principio de que cada nación tiene derecho a su propio Estado exacerbaría la violencia etnonacional, junto con las violaciones de los derechos humanos que inevitablemente conlleva. Por lo tanto, los costos morales de incorporar la versión ascriptivista de la teoría del derecho primario al derecho internacional pueden parecer prohibitivos, especialmente si existen formas menos riesgosas de dar cabida a los intereses legítimos de los grupos ascriptivistas, como un mejor cumplimiento de las normas de derechos humanos y el recurso a acuerdos de autonomía intraestatal. Desde el punto de vista de la teoría no ideal, que debe tener en cuenta los costos morales de la transición, esta es una consideración importante.

Existen variantes de la teoría ascriptivista que contribuyen en cierta medida a disipar la preocupación de que la aceptación de la teoría avivaría el fuego de los conflictos etnonacionales al calificar el derecho unilateral de secesión de las naciones (o de los pueblos distintos) de diversas maneras. Por ejemplo, el ascriptivista puede sostener que existe una presunción a favor de que cada nación o pueblo distinto tiene derecho a su propio estado si así lo desea, o un derecho unilateral prima facie a separarse para todos esos grupos, pero el sistema jurídico internacional está justificado al exigir que algunos grupos acepten acuerdos de autonomía que no lleguen a la independencia total para evitar una inestabilidad peligrosa o para dar cabida a reivindicaciones similares de otros grupos sobre el mismo territorio. Esta forma de responder a la preocupación de echar leña al fuego de los conflictos etnonacionales tiene un precio: lo que originalmente **se** enunciaba como un derecho unilateral de cada nación como tal a su propio estado ahora parece más bien una presunción altamente refutable a favor de la independencia de las naciones. Y a menos que se proporcione una explicación bastante concreta de las condiciones bajo las cuales la presunción no queda frustrada, es difícil saber cuáles son las implicaciones prácticas de esta visión ascriptivista calificada.

Anteriormente hemos señalado que los críticos de la versión ascriptivista de la teoría del derecho primario tienden a centrarse en los posibles costos, en términos de un conflicto etnonacional exacerbado, de incorporar la perspectiva al derecho internacional. Sin embargo, no basta con señalar los posibles costos de la aceptación de la teoría ascriptivista y su incorporación al derecho internacional. También es necesario comprender los supuestos beneficios de tener un sistema en el que se reconozcan los derechos de las naciones a sus propios estados. David Miller ha distinguido de manera útil dos formas en las que se pueden sustentar las teorías ascriptivistas: con argumentos que demuestren que las naciones necesitan estados o con argumentos que demuestren que los estados necesitan ser mononacionales.9

1 El primer tipo de argumento tiene dos variantes: se puede argumentar que las naciones necesitan tener sus propios estados, ya sea (1) para poder protegerse de la destrucción o de las fuerzas que amenazan su carácter distintivo, o (2) para que los connacionales tengan los recursos institucionales necesarios para poder cumplir con las obligaciones especiales que tienen entre sí como miembros de una "comunidad ética". Ambas consideraciones pueden, en ciertas circunstancias, pesar a favor de alguna forma de autodeterminación política para las naciones, pero no está claro que alguna de ellas sea suficiente para fundamentar un derecho general de todas las naciones a la independencia plena y, por lo tanto, un derecho unilateral a la secesión. De hecho, Miler las reúne en apoyo de una conclusión mucho más débil: que las naciones tienen un "fuerte derecho" a la autodeterminación.

Además, la importancia que tiene para una nación tener su propio Estado dependerá de la importancia que tengan los Estados y de la eficacia de las instituciones de justicia transnacional a la hora de proporcionar protección a individuos y grupos que no los hagan tan dependientes de tener un Estado propio. Es interesante que, hasta donde sabemos, los defensores de la visión ascriptivista de que las naciones necesitan sus propios Estados no han considerado hasta qué punto esa visión depende de supuestos

estatistas. Este es otro ejemplo más de la incapacidad de distinguir entre teoría ideal y no ideal y de adoptar una visión diacrónica del sistema internacional que permita la posibilidad de que los Estados no siempre sean tan importantes como lo son ahora. En un mundo en el que hay múltiples formas de autodeterminación, la distinción entre tener y no tener un Estado propio puede no sólo ser menos significativa, sino incluso difícil de establecer. Una analogía en este caso con los derechos de propiedad puede ser útil: algunos teóricos políticos libertarios han pensado erróneamente que existe un derecho natural a la propiedad que tiene un contenido determinado; Lo que no han entendido es que los derechos de propiedad son simplemente conjuntos de formas de control sobre las cosas. Algunas combinaciones de formas de control son generalmente superiores a otras por razones de eficiencia y/o equidad, pero qué combinación particular es óptima puede variar de una situación a otra. De manera similar, **(p. 918)** la soberanía, el conjunto de derechos, libertades y privilegios que definen la condición de Estado independiente, puede ser "desagrupada". Comprender que las únicas opciones no son todo el conjunto tradicional o nada en absoluto puede ser liberador, pero también hace que la afirmación simple de que las naciones como tales tienen derecho a su propio Estado parezca menos plausible.

El segundo tipo de justificación de la opinión de que las naciones tienen derecho a sus propios Estados también tiene dos variantes: la primera, que se remonta al menos a la obra de John Stuart Mill *Consideraciones sobre el gobierno representativo* ,92 afirma que la democracia sólo puede florecer en Estados mononacionales, porque los Estados en los que hay más de una nación no tendrán ningún otro derecho que el de la democracia.

Filosofía del Derecho Internacional

El segundo argumento, propuesto por David Miller, sostiene que los Estados deben ser mononacionales para lograr la justicia distributiva, porque ésta exige una redistribución significativa de la riqueza entre los ciudadanos, y los más acomodados sólo estarán dispuestos a compartir su riqueza con sus conciudadanos menos afortunados si los ven como conacionales.93 Ambas formas

del argumento de que "los Estados deben ser mononacionales" plantean preguntas muy interesantes sobre las condiciones motivacionales necesarias para que las funciones estatales cruciales se desempeñen con éxito.

Al parecer, Mil basó su juicio de que los Estados multinacionales son incompatibles con la democracia en la experiencia histórica. Sin embargo, algunos argumentarían que existen casos de Estados democráticos multinacionales: Canadá, Bélgica y tal vez Suiza (dependiendo de si se considera a este último país como multinacional o simplemente multiétnico).

También se podría añadir a los Estados Unidos, ya que la mayoría de las tribus indias tienen un estatus legal que se acerca a la soberanía. Por supuesto, los defensores modernos del argumento de Mil se apresurarían a señalar que la existencia continua de Bélgica y Canadá está en duda debido a los movimientos secesionistas nacionalistas. Por otro lado, se podría argumentar que la generalización de Mil es prematuramente pesimista: las democracias genuinas son un fenómeno muy reciente y hasta hace poco no ha habido casi ningún intento serio, ni siquiera por parte de los estados democráticos, de reconocer las reivindicaciones de las naciones dentro de los estados, a través de diversas formas de acuerdos de autonomía.94 Por lo tanto, como justificación para institucionalizar un principio de estado independiente para todas las naciones, con el riesgo de inestabilidad y violencia que esto podría implicar, el pesimismo de Mil sobre las democracias multinacionales puede parecer prematuro para algunos.

La segunda versión del argumento de que "los Estados deben ser mononacionales" también enfrenta serias objeciones. En primer lugar, el que el nacionalismo facilite o bloquee la redistribución a gran escala de la riqueza dependerá del carácter del nacionalismo en cuestión. La solidaridad nacionalista puede no extenderse a la voluntad de redistribuir la riqueza. Como han observado los socialistas desde Marx en adelante, la minoría privilegiada a menudo ha sido bastante hábil en apelar al nacionalismo para contrarrestar el impulso redistributivo. En segundo lugar, incluso en los casos en que el sentimiento nacionalista facilita la redistribución **(p. 919) ,** uno debe

preguntarse: ¿qué más facilita? Miler parece argumentar a partir del hecho de que un nacionalismo moralmente prístino y altamente idealizado facilitaría la justicia distributiva (o la democracia) para concluir que las naciones *como tales* tienen derecho a sus propios Estados o al menos a una presunción de los mismos. Pero hay muchos ejemplos históricos en los que la unidad nacional que Miler supone que se utilizará para la búsqueda de la justicia distributiva se ha dirigido ferozmente hacia la conquista y contra los no nacionales y los miembros disidentes de la propia nación. Además, uno podría cuestionar una visión que hace que la motivación para lograr la justicia distributiva dependa del reconocimiento de la conacionalidad. El precio de argumentar que los más ricos sólo estarán dispuestos a compartir su riqueza con aquellos a quienes reconocen como conacionales es que parece impedir cualquier redistribución significativa a través de las fronteras. De hecho, si la hipótesis de Miler sobre la motivación redistributiva es correcta, entonces un sistema en el que los estados fueran mononacionales podría en realidad ser un impedimento para la justicia distributiva internacional. Un sistema internacional diseñado sobre la suposición de que sólo los conacionales estarán motivados para compartir la riqueza no es probable que fomente el apoyo motivacional a la justicia distributiva internacional.

Vale la pena considerar una última duda sobre la versión de justicia distributiva del argumento de que "los Estados deben ser mononacionales". Hay que desconfiar de las grandes generalizaciones sobre las limitaciones de la preocupación por los demás, incluida la voluntad de compartir la riqueza con ellos, que no tienen en cuenta los efectos de los acuerdos institucionales sobre esa motivación. El que la solidaridad nacionalista sea o no la única motivación, o incluso la más eficaz, para la redistribución de la riqueza puede depender no sólo del carácter concreto del nacionalismo en cuestión, sino de los tipos de instituciones dentro de las cuales existe el nacionalismo. La propuesta de Rousseau de tomar a los seres humanos como son y describir las instituciones como deberían ser es de poca ayuda si no sabemos dónde está el límite entre la naturaleza humana y los efectos institucionales. Un peligro del argumento de la solidaridad redistributiva de Miller es que procede como si hubiera una

limitación particular a la motivación que es natural y, por lo tanto, permanente y luego concluye que el diseño institucional -en particular la división del mundo en Estados- debería reconocer esa limitación, sin preguntarse si diferentes acuerdos institucionales podrían afectar la limitación motivacional.

Nuestro análisis de las teorías de la autodeterminación y la secesión es inevitablemente incompleto; la literatura sobre estos temas está proliferando tan rápidamente que no podemos hacer justicia a la gama completa de posiciones en un análisis breve.

Nuestro objetivo, más bien, ha sido introducir alguna estructura útil en el debate e indicar las principales fortalezas y debilidades de las principales teorías alternativas.

Intervención humanitaria. La intervención humanitaria debe distinguirse de la ayuda humanitaria. Página 28 de 44

Filosofía del Derecho Internacional

La ayuda humanitaria es la asistencia externa que se proporciona para aliviar el sufrimiento humano con el consentimiento o al menos no en contra de los deseos del Estado en cuyo territorio se presta la ayuda. Por intervención humanitaria se entiende generalmente la incursión en lo que ordinariamente sería el dominio protegido de la soberanía del Estado **(p. 920)** , sin el consentimiento del Estado, principalmente con el fin de prevenir la violación de los derechos humanos.

Es evidente que esta concepción de la intervención humanitaria fundamenta la teoría normativa de la intervención en la doctrina de los derechos humanos. Por tanto, la teoría de la intervención humanitaria presupone una especificación de qué derechos son derechos humanos, para articular (1) las condiciones necesarias para una intervención justificable (la violación real o amenazada de los derechos humanos), (2) el objetivo de la intervención (la protección de los derechos humanos) y (3) las limitaciones a los medios de intervención que pueden emplearse. Por lo tanto, la teoría de los derechos humanos desempeña un

papel en las dos principales divisiones de la teoría moral del derecho internacional: como ya hemos visto, al especificar el núcleo de la justicia transnacional, los principios que los Estados están obligados a satisfacer por el derecho internacional en sus asuntos internos; y, bajo el título de justicia internacional, al especificar las condiciones en las que los Estados pueden intervenir (o están obligados a intervenir) a través de las fronteras estatales.

La cuestión de la intervención humanitaria es tan compleja como moralmente urgente. Aquí sólo podemos indicar algunas de las principales opciones que un teórico de la intervención debe hacer en respuesta a las cuestiones más centrales. Una teoría adecuada de la intervención tendría que (1) especificar los tipos de violaciones de los derechos humanos que son necesarias para una intervención justificada, (2) determinar si otras condiciones distintas de la violación de los derechos humanos -como la violación de acuerdos de autonomía intraestatal- pueden contar para justificar la intervención, (3) articular qué otras condiciones deben cumplirse antes de que la intervención esté justificada, considerando todos los factores (como una expectativa razonable de que la intervención será efectiva, la probabilidad de que la intervención no produzca peores violaciones de derechos, efectos sobre la estabilidad sistémica, etc.), (4) determinar si y, en caso afirmativo, cuándo (y bajo qué estructuras institucionales) el derecho internacional debe hacer que la intervención humanitaria sea obligatoria, en lugar de meramente permisible, y (5) proporcionar una explicación basada en principios de qué tipos de entidades, si las hay, tienen el derecho primario a intervenir y qué entidades sólo pueden intervenir si están debidamente autorizadas para hacerlo por las primeras.

Fundamentos de la intervención. Las teorías de la intervención humanitaria pueden distinguirse según los tipos de derechos humanos que sean pertinentes para justificar la intervención.9

5 Las teorías conservadoras (o de “graves violaciones”) cuentan

En la teoría liberal, la intervención sólo se justifica en las violaciones más graves de los derechos humanos, y en el caso extremo se sostiene que la intervención sólo se justifica si es necesaria para prevenir o detener el genocidio u otras matanzas a gran escala. Las teorías liberales admiten que condiciones menos extremas, como la persecución religiosa persistente o las violaciones del derecho a la gobernanza democrática, también pueden justificar la intervención. Sin embargo, la base del desacuerdo entre las teorías conservadoras y liberales de la intervención humanitaria a menudo no está clara. En algunos casos, la **conservadora** puede insistir en que sólo las violaciones más extremas de los derechos humanos deberían considerarse como justificaciones de la intervención principalmente por razones puramente prácticas, porque supone que cualquier criterio menos exigente sería muy susceptible de abuso, sirviendo como pretexto para intervenciones que son cualquier cosa menos humanitarias en su motivación, o por el riesgo de que incluso una intervención humanitaria sincera produzca consecuencias peores que las que está diseñada para prevenir o simplemente sea ineficaz. Otros conservadores, sin embargo, pueden tener razones más profundas de principios para exigir violaciones extremas de los derechos humanos como condición necesaria para la intervención: pueden ser pluralistas de valores o relativistas éticos sociales cuya lista de derechos humanos genuinos es muy restringida.96 Finalmente, algunos que adoptan una postura conservadora sobre la intervención pueden hacerlo porque otorgan un alto valor a la autodeterminación política, creyendo que es extremadamente importante permitir que los Estados resuelvan sus propias dificultades y sigan su propio camino hacia la justicia, incluso si esto significa no interferir en ninguna violación de los derechos humanos que no sea la más atroz. Una variante de la opinión de que el respeto a la autodeterminación política requiere una postura conservadora sobre la intervención restringiría este respeto a los Estados democráticos. La idea sería que el respeto adecuado a los procesos democráticos significa permitir que se cometan ciertos errores, siempre y cuando no alcancen el nivel de "violaciones graves" de los derechos humanos más básicos, como asesinatos en masa o genocidio.

En la medida en que el desacuerdo entre conservadores y liberales es simplemente una diferencia en cuanto a las consecuencias prácticas de adoptar una lista más acotada o más amplia de violaciones de derechos humanos para servir como condiciones necesarias para la intervención, en lugar de una disputa sobre qué derechos son realmente derechos humanos, la cuestión es empírica.

Sin embargo, cuando la disputa es sobre cuestiones prácticas y no sobre principios básicos, es raro que una de las partes en disputa asuma la enorme carga de proporcionar la evidencia empírica necesaria para su posición. En la medida en que el desacuerdo se refiere al valor de la autodeterminación y a la preocupación de que la intervención necesariamente perturba el proceso natural de desarrollo moral y político en una sociedad, una dificultad potencial es que los conservadores prestan demasiada atención a la cuestión.

Filosofía del Derecho Internacional

Se presta poca atención a las condiciones reales en las que se ejerce la "autodeterminación" en muchas sociedades. Si bien autores como Michael Walzer parecen suponer que todos los miembros de la sociedad participan en el proceso de formación de la identidad comunitaria y que se considera que respaldan los resultados finales alcanzados mediante estos procesos o al menos los procesos mismos, de hecho, a menudo no es así. Es necesario prestar más atención a las condiciones en las que se podría decir que todos o incluso la mayoría de los individuos participan en el proceso. La mera ausencia de genocidio o asesinatos en masa, que es compatible con las violaciones de otros derechos humanos importantes,

Parece insuficiente para ofrecer muchas perspectivas de éxito para el desarrollo moral y político indígena, y mucho menos para la participación significativa de todos los ciudadanos en él. Pero si esto es así, entonces el argumento de que la intervención debe emprenderse sólo cuando hay matanzas en masa o genocidios **(p. 922)** para evitar perturbar los procesos indígenas de desarrollo moral y político parece considerablemente más débil.

También es importante señalar que, si lo que se pretende es reducir el riesgo de intervenciones abusivas o ineptas, no es la única manera de lograrlo que el genocidio o las matanzas en masa sean una condición necesaria para la intervención. Por ejemplo, una teoría de la intervención que reconociera otras violaciones de los derechos humanos como motivos prima facie para intervenir, pero exigiera un umbral más alto de pruebas de que la intervención sería eficaz o no produciría violaciones de los derechos humanos aún peores, podría resultar funcionalmente equivalente a una teoría de las "infracciones graves". De manera similar, los abusos y la ineptitud podrían minimizarse exigiendo un procedimiento complejo de autorización colectiva para los intervinientes.

Sin embargo, la visión de Walzer-Mil tiene algo de verdad: quienes propugnan la intervención suelen subestimar el nivel de compromiso permanente que se necesitaría para lograr algo más que una interrupción temporal de las violaciones de los derechos humanos en un Estado. Construir instituciones que respeten los derechos requiere algo más que desarmar a quienes los violan. También requiere cambios en la cultura política, y es poco probable que esto se logre rápidamente o mediante métodos coercitivos. Esta forma de formular la visión de Walzer-Mil tiene una ventaja: no presupone que, si se los deja en paz, los Estados en los que se producen violaciones de los derechos humanos en gran escala negociarán con éxito el camino del desarrollo moral y político; en cambio, destaca que los cambios en la cultura política que se necesitan para sostener las instituciones que respetan los derechos tienen *más probabilidades* de producirse por medio de fuerzas internas que por el tipo de intervención que es probable que se produzca, dado, entre otras cosas, el nivel de compromiso que probablemente exhiba la intervención. Esta versión del argumento conservador puede ser compatible con la transición hacia condiciones más permisivas para la intervención, siempre y cuando se desarrolle un mayor compromiso con esfuerzos sostenidos para construir instituciones justas en otros estados.

Intervención en apoyo de los derechos de los grupos. Otra cuestión crucial para la teoría de la intervención humanitaria es si las violaciones de ciertos derechos *de los*

grupos pueden justificar la intervención en ausencia de violaciones de los derechos humanos individuales. Si, como algunos han sugerido, la adhesión del Estado a un acuerdo de autonomía interna que otorga derechos de autogobierno a una minoría étnica, religiosa, nacional o indígena es propiamente una cuestión de interés jurídico internacional, entonces podría decirse que la teoría de la intervención humanitaria debería ampliarse en consecuencia. Tal vez el argumento más sólido a favor de hacerlo es que cuando los Estados violan los acuerdos de autonomía interna a menudo se desarrollan conflictos secesionistas violentos, con violaciones masivas de los derechos humanos individuales.97 Una teoría que permita o exija la intervención para preservar los acuerdos de autonomía intraestatal por *esta* razón seguiría estando basada en el respeto de los derechos humanos individuales, pero no exigiría violaciones reales o inminentes de los derechos humanos individuales como detonantes para la intervención.

(p. 923) La ampliación de los motivos de la intervención humanitaria para incluir las violaciones de los acuerdos de autonomía intraestatal podría justificarse como un elemento importante de la estrategia de "aislar y proliferar" esbozada anteriormente en nuestro análisis de la autodeterminación. En particular, podría argumentarse que sólo si la comunidad internacional está dispuesta a apoyar los acuerdos de autonomía intraestatal de esta manera sería razonable esperar que las minorías insatisfechas se conformaran con un autogobierno limitado en lugar de una independencia total. La justificación de la intervención en apoyo de los acuerdos de autonomía intraestatal sería más convincente en los casos en que la autonomía para el grupo en cuestión estuviera justificada como remedio a graves injusticias pasadas y para mejorar sus efectos actuales.

Por otra parte, cabe señalar que el reconocimiento de un derecho (o deber) de intervención en virtud de una teoría preventiva de este tipo podría ampliar sustancialmente el número de situaciones en las que se justificaría la intervención. Por ejemplo, algunos han sostenido que los Estados no democráticos tienen más probabilidades que los Estados democráticos de ser agresivos externamente y de violar los derechos humanos internamente. Una teoría

preventiva podría, entonces, justificar la intervención contra un régimen no democrático sobre la base de lo que podría hacer, en lugar de lo que está haciendo actualmente o amenaza con hacer de manera inminente. Sin embargo, una regla tan permisiva tal vez crearía un riesgo inaceptablemente alto de intervenciones abusivas.

Restricciones a la intervención. Antes, en nuestro análisis del desafío imperialista cultural a los derechos humanos, hicimos una triple distinción que es crucial para la teoría de la intervención humanitaria: si las prácticas dentro de un Estado constituyen violaciones de los derechos humanos, si quienes participan en las prácticas que violan los derechos son moralmente culpables y si la intervención para poner fin a las violaciones de los derechos humanos está justificada. Cada una de estas tres preguntas plantea sus propios problemas distintivos. En consecuencia, cualquier teoría razonable de la intervención humanitaria debe reconocer que, incluso si ciertas violaciones de derechos son necesarias para una intervención justificada, deben cumplirse otras condiciones antes de que la intervención esté justificada, considerando todos los aspectos. La más obvia es que se requiere alguna interpretación de un principio de proporcionalidad: la intervención no debe producir violaciones aún más graves de los derechos humanos. Además, el momento y los medios de la intervención deben elegirse de manera que apoyen o al menos no dañen los esfuerzos indígenas por reformar las prácticas que violan los derechos o por desarrollar instituciones políticas más ilustradas en general. Ambos requisitos son de sentido común y no suscitan controversia (al menos mientras se los deje en el plano de los principios abstractos), pero ambos han sido violados con frecuencia en nombre de la humanidad, normalmente con resultados desastrosos. Una teoría desarrollada de la intervención humanitaria tendría que articular estos principios con mayor precisión, ilustrándolos y apoyándolos mediante su aplicación a situaciones concretas en las que la cuestión de la intervención humanitaria realmente se plantea o debería plantearse.

Intervenciones autorizadas e intervenciones no autorizadas. Las opiniones normativas sobre la intervención humanitaria a veces se dividen entre las que exigen que la intervención sea **(p. 924)** colectiva y las que permiten la intervención unilateral.

Sin embargo, las distinciones más fundamentales se dan entre intervenciones internacionales autorizadas y no autorizadas, ya sean unilaterales o multilaterales, y entre sistemas que tienen una autoridad pública para decidir cuándo intervenir y un agente público de aplicación de la ley y aquellos que sólo tienen la primera pero deben depender de agentes privados de aplicación de la ley, ya sean individuales o colectivos. Un sistema que carece de su propio agente de aplicación de la ley (una fuerza militar internacional) puede, no obstante, incluir instituciones para autorizar a otros agentes (las fuerzas militares de un solo Estado o de una coalición de Estados) a intervenir. Por lo tanto, el contraste entre aplicación privada y pública es demasiado brusco. Hay una gran diferencia entre lo que podría llamarse aplicación privada discrecional, extrainstitucional y aplicación privada autorizada públicamente y restringida institucionalmente. En la primera, una entidad privada (ya sea un Estado individual o un grupo de Estados) tiene amplia discreción para hacer cumplir las normas. En este último caso, una entidad privada sólo puede hacer cumplir las normas si está autorizada a hacerlo por la autoridad pública y actúa dentro del marco de instituciones jurídicas internacionales bien diseñadas para formular normas, juzgar su aplicación y establecer límites dentro de los cuales puedan actuar los ejecutores privados autorizados públicamente. En la actualidad, el sistema jurídico internacional está muy lejos de satisfacer estas condiciones para la autorización pública de la ejecución privada.

Una cuestión fundamental, entonces, es si las actividades de aplicación de la ley que no están autorizadas por una autoridad pública internacional deberían ser permisibles en algún momento según el derecho internacional. Es evidente que la aplicación no autorizada de la ley es más justificada cuando se violan los derechos humanos más fundamentales en gran escala y cuando el sistema existente de autorización colectiva es ineficaz. Quienes apoyaron la

intervención de la OTAN en Kosovo argumentaron que en ese caso se cumplían esas dos condiciones: las fuerzas serbias estaban involucradas en una limpieza étnica y violaciones masivas de los derechos humanos contra los albanokosovares, y dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Rusia y China, no apoyarían la autorización de la intervención.

Sin embargo, este tipo de argumento en favor de una intervención no autorizada es incompleto. También hay que considerar si esas intervenciones no autorizadas debilitarán aún más un sistema que, sin duda, es deficiente y si contribuirán a la aparición de un patrón de uso de la fuerza que tenga peores consecuencias para los derechos humanos (y otros valores importantes) que la ineficacia del sistema de autorización existente.98 En el caso del sistema jurídico internacional, la tentación de participar en actos de intervención no autorizados y, por lo tanto, ilegales puede ser especialmente fuerte, no sólo porque el sistema de autorización existente es ineficaz, sino porque en algunas áreas el derecho internacional sólo tiene recursos muy limitados para la reforma legal de sus propias instituciones. Así, por ejemplo, los mismos cinco miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que tienen cada uno el poder de vetar cualquier resolución del Consejo de Seguridad que **autorice** una acción como la intervención en Kosovo tienen asimismo el poder de bloquear cualquier enmienda a la Carta de las Naciones Unidas que limite o elimine el poder de veto. Una teoría moral integral del derecho internacional incluiría una explicación de las condiciones, si las hubiera, bajo las cuales los actos ilegales de intervención humanitaria están moralmente justificados y de cuál debería ser la respuesta jurídica internacional a esos actos ilegales cuando ocurren.

Legitimidad del sistema. Hemos señalado en la Sección 3 que a veces lo que en un principio parecen rechazos del contenido de determinadas normas jurídicas internacionales, especialmente las relativas a los derechos humanos, se entienden mejor como cuestionamientos.

En segundo lugar, como en el caso de los sistemas jurídicos nacionales, es preciso distinguir entre nociones de legitimidad más fuertes y más débiles. En particular, es preciso distinguir entre la legitimidad en lo que llamaremos sentido *fuerte* , quizá mejor llamado autoridad política, y la legitimidad en un sentido más débil . Según el sentido fuerte, o de autoridad política, de la "legitimidad", un sistema jurídico es legítimo si y sólo si se cumplen dos condiciones: (1) sus procesos para crear, aplicar y hacer cumplir las leyes son moralmente justificables, es decir, los funcionarios del sistema están moralmente justificados para intentar de buena fe llevar a cabo las funciones que esos procesos les asignan (legislación, adjudicación, ejecución, etc.); y (2) aquellos a quienes se aplican las leyes generadas por el sistema tienen la obligación, ante el poder público constituido por el sistema, de obedecerlo. La segunda noción de legitimidad, mucho más débil, incluye sólo (1). Para mayor claridad, nos referiremos a la noción más exigente, que consta de las condiciones (1) y (2), como autoridad política y a la noción más débil, que consta sólo de (1), como legitimidad.

En la teoría normativa del Estado individual, algunos filósofos políticos contemporáneos se han centrado en la cuestión de si el Estado, o un cierto tipo de Estado, tiene autoridad política. Su principal preocupación ha sido determinar si se puede satisfacer la segunda condición —el requisito de que aquellos a quienes se imponen las leyes estén obligados ante el gobierno a obedecerlas— y es justo decir que esta búsqueda no ha tenido éxito.100 Sin embargo, no está del todo claro por qué demostrar que los ciudadanos están obligados ante el gobierno a cumplir sus leyes y políticas debe asumirse como la condición *sine qua non* de la filosofía política. Por un lado, la cuestión moral más básica para la filosofía política parecería ser **(p. 926)** si la elaboración, aplicación y cumplimiento de las reglas es moralmente justificable. Por otra parte, incluso si aquellos a quienes los funcionarios de un sistema jurídico intentan imponer reglas no tienen obligación de obedecer al poder público como tal, pueden tener, no obstante, razones morales y prudenciales de peso para cumplir con las leyes, si las leyes no sólo son coherentes con principios morales importantes, sino que ayudan a promover la observancia de ellos, y si los procesos mediante los cuales se formulan,

aplican y hacen cumplir las leyes cumplen con los estándares morales apropiados. Por último, es crucial entender que la legitimidad en el sentido más débil y moralmente justificable de la elaboración y aplicación de leyes, no requiere que aquellos a quienes se aplican las leyes tengan la obligación de obedecer al poder público. Este hecho tal vez se haya pasado por alto debido a la atracción perenne de las teorías del consentimiento de la autoridad y la obligación políticas, especialmente las desarrolladas en la tradición del contrato social. Según estas teorías, tanto la justificación moral para elaborar, aplicar y hacer cumplir las leyes como la obligación de obedecer al poder público tienen la misma fuente, a saber, el consentimiento de los gobernados. Pero dadas las conocidas dificultades de las teorías del consentimiento, que no abordaremos aquí, hay más razones aún para explorar la posibilidad de que una teoría normativa de la legitimidad se centre en el sentido más débil, no en el más fuerte, de legitimidad.

Por consiguiente, en lo sucesivo, por "legitimidad" nos referiremos únicamente a la legitimidad en el sentido más débil. Nuestra pregunta, entonces, es bajo qué condiciones es moralmente justificable que los agentes autorizados por el sistema creen derecho internacional, lo apliquen y lo hagan cumplir.

Sorprendentemente, no hay muchos estudios explícitos y sistemáticos sobre las condiciones de legitimidad del sistema jurídico internacional. Hay una considerable cantidad de literatura que señala deficiencias en el sistema (como la disparidad de poder político entre los Estados a pesar de su igualdad formal) y luego supone, más que argumenta, que esas deficiencias cuestionan la legitimidad del sistema. Sin embargo, la suposición de que esas deficiencias deslegitiman el sistema es poco convincente en ausencia de una explicación explícita de la legitimidad del sistema. De hecho, es raro encontrar una declaración clara de la legitimidad del sistema como concepto normativo. En cambio, la atención se ha centrado principalmente en otras dos preguntas: (1) bajo qué condiciones se *percibe* que el sistema jurídico internacional en su conjunto, o las normas particulares dentro de él, son legítimos, y (2) ¿qué hace que el derecho internacional sea vinculante? La primera

pregunta, como ya hemos enfatizado, es descriptiva, no normativa. Este último se centra en las razones que tienen los sujetos del derecho internacional para cumplirlo, más que en lo que hace que el ejercicio del poder político dentro del sistema sea moralmente justificable.

Por supuesto, existe la visión tradicional según la cual el consentimiento estatal es necesario y suficiente para la legitimidad de las normas dentro del sistema jurídico internacional. Algunos teóricos aparentemente suponen que esta teoría del consentimiento estatal para la legitimidad de las normas produce una teoría adecuada de la legitimidad del sistema cuando se combina con el supuesto de que la legitimidad del sistema se puede reducir a la legitimidad de las normas que contiene. En esta página 32 de 44

Filosofía del Derecho Internacional

En opinión de los expertos, la adhesión a la supernorma del consentimiento estatal es necesaria y suficiente para la legitimidad del sistema.

(p. 927) La idea de que la adhesión a la supernorma del consentimiento estatal es *suficiente* para la legitimidad del sistema es dudosa por varias razones, especialmente si se supone que proporciona una base para decir que el sistema jurídico internacional tal como es o es probable que sea en el futuro previsible es legítimo. En primer lugar, la supernorma del consentimiento estatal, tal como realmente opera en el sistema jurídico internacional, es demasiado anémica moralmente para conferir legitimidad, ya sea a las normas individuales o al sistema en su conjunto. Lo que cuenta como consentimiento en el sistema no está calificado por ningún requisito de voluntariedad que daría a lo que se llama fuerza normativa del consentimiento. El derecho internacional simplemente no presta atención a las condiciones de fondo -por ejemplo, los límites a las desigualdades en el poder de negociación- que serían necesarias antes de que un estado

El "consentimiento" podría considerarse normativamente significativo. Sostener que una concepción no mediada de este tipo del "consentimiento" otorga por sí misma

legitimidad (entendida como la justificación moral de la aplicación) sería adoptar una visión libertaria injustificable, tanto más problemática a la luz de las enormes desigualdades que existen en la actualidad dentro del sistema internacional.

En segundo lugar, es inexacto caracterizar el sistema actual como uno en el que la supernorma del consentimiento estatal se satisface para todas las normas. En el ámbito del derecho consuetudinario, no es cierto que las normas gocen del consentimiento de todos los Estados, a menos que uno esté dispuesto a extender la noción de consentimiento hasta el punto en que sea tan normativamente intrascendente que no proporcione ninguna conexión con la justificación moral para ejercer el poder político. Los Estados más fuertes tienen una influencia desproporcionada en la creación y revisión del derecho internacional consuetudinario y los Estados más débiles deben, en su mayor parte, actuar según las reglas consuetudinarias. Optar por no participar (disentir pública y persistentemente de las normas consuetudinarias) simplemente no es una opción viable para los Estados más débiles. Por lo tanto, es difícilmente más plausible decir que la existencia de una norma consuetudinaria prueba que satisface la supernorma del consentimiento estatal que decir que al permanecer dentro de los límites de un Estado, el individuo ha dado su consentimiento tácito.

En tercer lugar, suponer que el consentimiento estatal a las normas confiere legitimidad en un sistema en el que muchos Estados no representan los intereses o preferencias de sus ciudadanos es caer en la visión, ahora totalmente desacreditada, que Charles Beitz llama la Autonomía de los Estados: el error de tratar a los Estados como si fueran personas morales por derecho propio, en lugar de ser simplemente recursos institucionales para sus ciudadanos.10

1 Hasta que todos o al menos la mayoría de los estados se conviertan

El consentimiento estatal no puede, por sí solo, servir para legitimar normas particulares o el sistema en su conjunto, ni siquiera en los casos en que el consentimiento sea

verdaderamente voluntario. Por todas estas razones, el consentimiento estatal a las normas del sistema no parece ser suficiente para la legitimidad del sistema.

La afirmación de que el consentimiento estatal a las normas es una condición necesaria para la legitimidad del sistema también es muy problemática, aunque sólo sea porque, como hemos visto, lo que pasa por consentimiento en el sistema es moralmente anémico. Sin embargo, hay al menos dos argumentos a favor de la afirmación de que el consentimiento estatal es necesario para la legitimidad del sistema que vale la pena considerar **(p. 928)** . Según el argumento del minimalista moral, el consentimiento estatal es necesario para la legitimidad porque es lo único que puede hacer que la aplicación de normas a través de las fronteras sea moralmente justificable en ausencia de un conjunto global compartido de fines sustantivos o una concepción central compartida de la justicia. Según el argumento de la prevención de la depredación (para los instrumentalistas), el consentimiento estatal es una condición necesaria para la legitimidad del sistema porque reduce el riesgo de que los estados más fuertes se aprovechen de los más débiles.

La postura del minimalista moral, que encontramos antes como una objeción a la propia empresa de desarrollar una teoría moral del derecho internacional con contenido (Sección 1), supone una visión metaética según la cual los principios morales sólo son válidos, o al menos sólo se aplican justificadamente, a quienes comparten los valores que esos principios expresan. En el presente contexto, el minimalista moral sostiene que los miembros de la llamada comunidad internacional son, de hecho, extraños morales, que no existen (o tal vez sólo un número limitado de) valores compartidos que puedan fundamentar principios exigibles que se apliquen a través de las fronteras. El siguiente paso en el argumento del minimalista moral es la afirmación de que, en ausencia de valores compartidos, la adhesión a la supernorma del consentimiento estatal es el segundo mejor modo adecuado de asegurar la legitimidad de las normas (y que si las normas del sistema son legítimas, entonces el sistema también lo es).

No es necesario enumerar en detalle todas las objeciones que pueden formularse contra el minimalismo moral. Las más serias son estas dos. En primer lugar, se puede argumentar que la creciente cultura global de los derechos humanos, que está institucionalizada en parte, aunque de manera imperfecta, en el derecho internacional, es una prueba de que una concepción central de la justicia se está volviendo cada vez más compartida. La Declaración Universal de Derechos Humanos, así como otras convenciones centrales de derechos humanos, respalda explícitamente la idea de que la dignidad inherente de las personas libres e iguales les da derecho a ser tratadas de cierta manera.

Filosofía del Derecho Internacional

En segundo lugar, el minimalista moral exagera la homogeneidad de los valores dentro de la sociedad. Existen profundos desacuerdos sobre la esencia de la justicia tanto dentro como fuera de las fronteras estatales. Sin embargo, pocos aceptarían la premisa metaética del minimalista moral de que se requiere el consentimiento de cada ciudadano para que la aplicación de las leyes sea moralmente justificable.

La postura del minimalista moral es típicamente invocada por los tradicionalistas que consideran legítimo el sistema existente pero que se sienten perturbados por la idea de que se produzcan desviaciones de la estricta adhesión a la supernorma del consentimiento estatal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que si el problema de lograr un consenso global sobre los valores resulta ser tan grave e insoluble como supone el minimalista moral, y si es cierto que en ausencia de consenso sólo el consentimiento estatal podría legitimar el sistema, de ello no se sigue que el sistema sea o sea probable que se vuelva legítimo. En cambio, dado el hecho de que el sistema existente contiene muchas normas a las que algunos estados no han dado su consentimiento en ningún sentido significativo, y dado que el sistema no garantiza las condiciones de fondo **(p. 929)** bajo las cuales el consentimiento puede ser normativamente potente, la conclusión adecuada a la que se puede llegar es que el sistema es ilegítimo. Además, dada la noción moralmente anémica del consentimiento

que opera en el sistema, no hay razón para creer que si el sistema se transformara de tal manera que todas sus normas gozaran efectivamente del consentimiento estatal, esto sería suficiente para la legitimidad. Por lo tanto, no se puede invocar la perspectiva del minimalista moral para apoyar la suposición tradicionalista de que el sistema existente es legítimo porque se basa en el consentimiento. Por el contrario, si el minimalismo moral fuera cierto, simplemente habría que admitir que el sistema jurídico internacional existente es ilegítimo. Tal resultado difícilmente sería aceptable para quienes invocan el minimalismo moral para tratar de demostrar, por ejemplo, que la intervención humanitaria es ilegítima porque viola la supernorma del consentimiento estatal y, por lo tanto, amenaza con socavar la legitimidad del sistema. El minimalismo moral, cuando se combina con un reconocimiento sobrio tanto del grado en que el sistema existente no es consensual como de la impotencia normativa de lo que pasa por consentimiento en el sistema, implica que no hay legitimidad que socavar.

El segundo argumento, instrumentalista, para la conclusión de que el consentimiento estatal a las normas es necesario para la legitimidad del sistema puede resumirse de la siguiente manera: (1) Para ser legítimo, el sistema jurídico internacional debe proporcionar un mínimo de protección a los Estados más débiles contra la depredación por parte de los más fuertes. (2) El requisito del consentimiento estatal a las normas es un elemento necesario, por ahora y en el futuro previsible, de las restricciones mínimas y adecuadas a la depredación por parte de los Estados más fuertes sobre los más débiles. (3) Por lo tanto, el consentimiento estatal a las normas es una condición necesaria (por ahora y en el futuro previsible) de la legitimidad del sistema jurídico internacional.

El argumento instrumentalista se sitúa claramente en una teoría no ideal, y como tal, plantea un gran desafío a quienes abogan por una reforma gradual del sistema jurídico internacional que subordinaría aún más el requisito del consentimiento estatal sin proporcionar otros mecanismos para prevenir la depredación. Al mismo tiempo, sin embargo, incluso como una cuestión de teoría no ideal, no está claro que *sólo se puedan* lograr

restricciones adecuadas a la depredación mediante la adhesión a la supernorma del consentimiento estatal. En este punto, una analogía con las constituciones nacionales puede resultar esclarecedora. El riesgo de que los ciudadanos más poderosos se aprovechen de los más débiles se puede reducir mediante un sistema arraigado de derechos básicos y mediante acuerdos institucionales diseñados para aproximarse al ideal de la protección igualitaria ante la ley, sin dar a cada ciudadano un derecho de veto sobre las políticas públicas. De manera similar, la importancia de la estricta adhesión a la supernorma del consentimiento estatal dependerá de si el sistema internacional incluye otras restricciones constitucionales efectivas al abuso de poder. Por ejemplo, si se le otorgara a la Asamblea General de las Naciones Unidas una función legislativa genuina sobre un dominio significativo de cuestiones, esto podría brindar cierta protección contra algunas formas de comportamiento depredador por parte de los Estados más fuertes, debido al hecho de que los Estados más débiles son mayoría en ese órgano.

Además, los costos de lograr restricciones a la depredación mediante la adhesión a la supernorma del consentimiento estatal pueden ser exorbitantes. El requisito del consentimiento estatal **(p. 930),** que en realidad es un derecho de veto para todos los Estados, constituye un obstáculo formidable para mejorar un sistema cuyos mayores defectos residen en el comportamiento de algunos de los mismos Estados cuyo consentimiento se requiere para crear y hacer cumplir las normas que prohibirían su comportamiento ilícito. De modo que, incluso si la protección de los Estados más débiles contra la depredación por parte de los más poderosos es una condición necesaria de la legitimidad del sistema, e incluso si la adhesión a la supernorma del consentimiento estatal ayuda a brindar protección a los Estados más débiles, de ello no se sigue que el sistema solo pueda ser legítimo si hay adhesión a la supernorma del consentimiento estatal. Esa conclusión se seguiría solo si el consentimiento estatal fuera la única manera, o la manera menos costosa y efectiva, de lograr una protección adecuada para los Estados débiles. Si ese es el caso, aún está por verse. La supernorma del consentimiento estatal es una posible disposición constitucional entre otras para proteger a los

Estados más débiles contra la depredación. Es una compleja Página 34 de 44

Filosofía del Derecho Internacional

La cuestión del diseño constitucional es si es la mejor manera de alcanzar este fin, dados los recursos institucionales actuales del sistema jurídico internacional. Pero incluso si es el mejor instrumento para reducir el riesgo de depredación dados los recursos institucionales actuales, de ello no se sigue que sea el arreglo ideal. Queda abierta la cuestión de si puede ser posible y deseable desarrollar los recursos institucionales existentes de modo que la norma del consentimiento estatal pueda ser reemplazada por otras disposiciones constitucionales superiores.

Un enfoque muy diferente de la insistencia en la estricta adhesión a la supernorma del consentimiento estatal para abordar la cuestión de la legitimidad del sistema es argumentar que el sistema sería más legítimo si fuera más democrático. Sin embargo, la noción de "democratizar" el sistema jurídico internacional es ambigua. Democratizar el sistema podría significar cualquiera de las siguientes cosas: (i) aumentar el alcance y la importancia de la toma de decisiones mediante la votación mayoritaria de los Estados (aumentando el mayoritarismo estatal); (i) hacer que los Estados sean más democráticos, de modo que sus gobiernos funcionen realmente como agentes de sus ciudadanos; o (ii) hacer que las instituciones internacionales sean más representativas aumentando la influencia de diversos actores no estatales en la elaboración, aplicación y cumplimiento del derecho internacional. (Los actores no estatales incluyen aquí a los individuos que actúan en su propio nombre, así como a diversos grupos transnacionales de la sociedad civil, incluidas las organizaciones de derechos humanos, las organizaciones de derechos de los pueblos indígenas, etc.) Consideremos primero la afirmación de que se requiere un papel más importante para la toma de decisiones mayoritaria estatal para la legitimidad del sistema, o al menos que esto haría *más* legítimo el sistema existente. Se supone que el atractivo de esta propuesta de reforma

radica en la percepción de que el sistema actual está injustamente dominado por Estados poderosos.

La democratización, entendida como mayoritarismo estatal, se propone como un mecanismo obvio para disminuir la desigualdad moral y arbitraria de poder entre los Estados y, de esa manera, mejorar la legitimidad del sistema.

Pero ampliar el papel del mayoritarismo estatal en la elaboración, aplicación y cumplimiento de las normas es sólo una manera de reducir la desigualdad política de los Estados. Una vez más, se trata de una cuestión de diseño constitucional, y sería precipitado afirmar que la única constitución practicable y moralmente defendible para el sistema jurídico internacional debe incluir una regla que exija que todas (o incluso la mayoría) de las decisiones relativas a la **elaboración** , aplicación y cumplimiento de la ley se tomen mediante votación mayoritaria estatal. El mayoritarismo estatal no es lo mismo que la igualdad política de los Estados; es sólo un posible arreglo constitucional para lograr la igualdad política. Por lo tanto, incluso si se supone que una mayor igualdad política entre los Estados es una condición necesaria para la legitimidad del sistema, el hecho de que el mayoritarismo estatal sea una condición necesaria para la legitimidad dependerá de si existen otros arreglos constitucionales menos costosos pero suficientemente eficaces para reducir la desigualdad política entre los Estados.

Hay otra razón para moderar el entusiasmo por el mayoritarismo estatal como mecanismo para aumentar la legitimidad del sistema: no hay una conexión directa entre la representación democrática de los individuos y el mayoritarismo estatal, porque los estados contienen poblaciones de tamaños muy diferentes. Un sistema en el que todas las decisiones jurídicas internacionales importantes se tomen por una votación mayoritaria entre los estados, bajo la condición ideal de que los estados representen con precisión las preferencias de sus ciudadanos, daría un peso desigual a las preferencias de algunos individuos, es decir, aquellos que son miembros de estados con poblaciones pequeñas. Así, por ejemplo, un sistema de mayoría estatal otorgaría a Eslovenia el mismo número de votos que a China, un resultado difícilmente

compatible con un llamamiento a la igualdad de las personas. Como mínimo, el mayoritarismo estatal tendría que ser reemplazado por un sistema que ponderara el voto de manera más cercana a la población. Tal vez, algo así como un sistema bicameral conocido en los sistemas federales proporcionaría un modelo.

El atractivo de la propuesta de democratizar el sistema mediante la adopción de un sistema mayoritario de Estados reside en el hecho de que el sistema actual conlleva desigualdades extremas de poder político entre los Estados, a pesar de la igualdad formal de los mismos. Sin embargo, hasta cierto punto la preocupación por las desigualdades entre Estados (en lugar de entre individuos) puede deberse a la suposición tradicionalista incuestionable de que el derecho internacional es (y seguirá siendo) exclusivamente el derecho de los Estados. Una vez que reconocemos que el derecho internacional ahora abarca a sujetos y actores distintos de los Estados y que los poderes soberanos de los Estados se han visto sucesivamente limitados por los cambios en el derecho internacional a lo largo de los últimos cincuenta años, ya no está claro que la igualdad de *los Estados* deba ser el desideratum primordial en lo que respecta a la legitimidad del sistema. Mucho dependerá del éxito de la democratización en los sentidos segundo y tercero: a menos que los Estados sean más democráticos y a menos que el sistema empodere a los actores no estatales, aumentar la igualdad política de los Estados puede hacer poco por mejorar la legitimidad del sistema. Sin embargo, si el sistema continúa avanzando en el empoderamiento de individuos y grupos para ayudar a dar forma al derecho internacional sin depender tanto de la representación de sus estados, entonces la desigualdad política de los estados se vuelve en esa medida menos problemática.

En consecuencia, la coherencia de una propuesta para aumentar el papel de la toma de decisiones mayoritaria por parte del Estado dependerá de la página 35 de 44.

sobre predicciones muy complejas acerca de cuáles son y es probable que sean los recursos institucionales del

sistema.

El individualismo liberal y la legitimidad de un sistema centrado en el Estado. Lea Brilmayer ha sugerido que el hecho de que el sistema jurídico internacional otorgue un estatus tan **fundamental** a los Estados en la elaboración, aplicación y cumplimiento de la ley plantea un problema especial para una explicación liberal de la legitimidad del sistema.102 Pues el liberalismo, observa correctamente, presupone el individualismo moral, es decir, la postura de que la justificación de los principios morales debe basarse en última instancia en apelaciones al bienestar y la libertad de los individuos. Pero si uno adopta el individualismo moral, ¿cómo puede justificar un sistema que asigna un papel tan dominante a los Estados? Nuestro análisis de las opciones que enfrenta el teórico moral del derecho internacional arroja considerable luz sobre este problema. Que una teoría moral del derecho internacional sea o no lo suficientemente individualista como para ser llamada liberal en este sentido dependerá de una serie de factores. Consideremos una teoría que incluye las siguientes características: (1) principios de justicia transnacional que exigen que las entidades protejan los derechos humanos individuales básicos de sus poblaciones y las someten a intervención en caso de violaciones graves; y (2) una concepción cosmopolita de la justicia distributiva, según la cual los Estados como tales no tienen derechos sobre los recursos, pero sí derechos derivados debido a su funcionamiento como los agentes más eficaces actualmente disponibles para asegurar la dimensión distributiva de la justicia transnacional, es decir, para asegurar los derechos de sus ciudadanos a porciones distributivas; y (3) un conjunto de reglas y procedimientos que permiten la división legítima de los Estados mediante la secesión como remedio de último recurso para las violaciones persistentes de los derechos humanos individuales de las minorías concentradas en una parte del territorio del Estado. Una teoría de este tipo difícilmente podría ser llamada estatista en un sentido peyorativo, ya que claramente hace que el estatus privilegiado de los Estados dependa totalmente de cómo y si sirven al bienestar y la libertad de los individuos. Sin embargo, un sistema que satisfaga los requisitos de la teoría todavía podría ser caracterizado con precisión como

uno que privilegia a los Estados, en la medida en que les asigna un papel preponderante en la creación, aplicación y cumplimiento del derecho internacional.

Esta conclusión refuerza nuestra conjetura anterior, en la Sección 1, de que una teoría moral del derecho internacional que considera la posición privilegiada de los Estados como dada provisionalmente no tiene por qué ser inaceptablemente conservadora. Sin embargo, sigue en pie la cuestión de qué tipo de condiciones debería exigir la teoría que satisfaga el sistema para que éste sea legítimo. Aquí sólo podemos considerar brevemente una sugerencia sobre cómo comenzar la tarea de desarrollar una teoría de la legitimidad del sistema. La mayor parte de lo que decimos sobre las condiciones de legitimidad de un sistema jurídico internacional se aplicaría a un sistema jurídico nacional; en ese sentido, hay poco de novedoso en nuestras sugerencias. Una cuestión clave para una mayor investigación sobre este tema es hasta qué punto se mantiene la analogía nacional. En nuestra refutación de los desafíos realistas y nihilistas jurídicos en la Sección 1, argumentamos que las diferencias entre las instituciones jurídicas nacionales e internacionales suelen ser exageradas por quienes son muy escépticos respecto de toda la empresa de la teorización normativa sobre el derecho internacional. Si eso es correcto, entonces hay al menos alguna razón para empezar a llevar la analogía doméstica hasta el límite.

(p. 933) La pregunta, recordemos, es ésta: ¿bajo qué condiciones los agentes autorizados del sistema jurídico internacional están moralmente justificados para hacer leyes, aplicarlas y hacerlas cumplir? Del caso de los sistemas jurídicos nacionales, presumiblemente concluiríamos que no se requiere el consentimiento a leyes particulares, ni por parte de los estados ni de los individuos. Pero también hemos notado que el consentimiento al sistema en su conjunto, entendido como manifestado al unirse al club de estados y, por lo tanto, adherirse a sus reglas existentes, tampoco es un candidato plausible para conferir legitimidad. Aquí, también, la analogía doméstica apoya nuestra conclusión: el que las autoridades del estado estén o no justificadas para hacerme cumplir las leyes seguramente no depende de si

he elegido unirme al estado. Y puedo tener razones morales, religiosas o prudenciales concluyentes para cumplir con las leyes, sin haber consentido a ellas o al sistema en su conjunto.

En vista de los problemas que hemos señalado antes con la idea de que el consentimiento estatal es necesario o suficiente para la legitimidad del sistema, consideremos, en cambio, una concepción de la legitimidad que no se base en el consentimiento. Supongamos que el sistema jurídico internacional cumpliera estos criterios: (i) las normas de justicia transnacional incluyen el requisito de que todos los Estados respeten los derechos humanos básicos de todos aquellos que se encuentran dentro de sus fronteras, (i) los principios de justicia internacional, incluidas las reglas para la conducción de la guerra, la prohibición de la guerra de agresión y las que especifican las condiciones para la intervención humanitaria, también reflejan un compromiso con la garantía de los derechos humanos básicos para todas las personas, (ii) los procesos mediante los cuales se formulan, aplican y hacen cumplir las normas jurídicas internacionales satisfacen un requisito de igualdad democrática entre los Estados, de modo que los Estados más poderosos no ejerzan un poder desproporcionado en esos procesos; y (iv) el sistema se aproxima a los principales criterios formales del estado de derecho: las normas jurídicas son apropiadamente generales, el cambio jurídico es suficientemente lento y predecible como para que la ley pueda servir como un marco relativamente estable para las expectativas de las personas como planificadores racionales, los derechos al debido proceso se aproximan al ideal de igualdad ante la ley.

Filosofía del Derecho Internacional

La legitimidad del sistema se basa en la ley y existe una fuerte presunción contra las sanciones penales retroactivas. Cualquier sistema jurídico que cumpliera todos estos requisitos podría sin duda hacer una fuerte afirmación de legitimidad en el sentido débil: los agentes que crearan, aplicaran y aplicaran leyes dentro de un marco institucional que cumpliera estas condiciones podrían hacer una afirmación creíble de que estaban moralmente justificados para hacerlo. Tal concepción de la

legitimidad del sistema podría caracterizarse con mayor precisión como "basada en la justicia" en lugar de "basada en el consentimiento". Sin embargo, entre las disposiciones constitucionales de un sistema que cumpliera sus condiciones, el consentimiento del Estado, al menos para ciertos tipos de decisiones, podría desempeñar un papel importante. El punto, sin embargo, es que la legitimidad del sistema no se definiría en términos del consentimiento del Estado.

En resumen: nuestra sugerencia es que los tipos de condiciones que cuentan para la legitimidad de un sistema jurídico nacional tienen análogos en el caso de la legitimidad del sistema jurídico internacional. En nuestra opinión, la verdadera dificultad no es tanto cómo especificar las condiciones ideales que serían suficientes para la legitimidad, sino más bien cómo especificar la legitimidad en condiciones no ideales. Cada uno de los requisitos enumerados anteriormente puede satisfacerse en mayor o menor medida. El problema, entonces, es determinar cuán **(p. 934)** cerca debe aproximarse un sistema al ideal para ser legítimo. Una sugerencia que vale la pena considerar es ésta: no hay una respuesta general a esta pregunta; al menos mientras sea razonable esperar que el sistema pueda mejorarse para aproximarse más a los criterios ideales, el que los agentes autorizados por el sistema de un sistema jurídico estén justificados para crear, aplicar y hacer cumplir leyes en el sistema dependerá en parte de cuáles sean las alternativas para apoyar el sistema. En circunstancias en las que la elección es entre una condición de anarquía en la que las violaciones masivas de los derechos humanos son virtualmente inevitables y el apoyo a un sistema ciertamente defectuoso pero mejorable, los estándares de legitimidad —el grado en el que deben satisfacerse los criterios ideales— serán correspondientemente más bajos.

6 Conclusión

Este capítulo no ha sido un intento de formular siquiera un fragmento considerable de una teoría moral del derecho internacional.

En cambio, nuestro objetivo ha sido imponer cierta estructura a las numerosas, complejas e interrelacionadas cuestiones que una teoría moral del derecho internacional tendría que abordar e indicar algunas de las principales opciones abiertas a quienes intenten desarrollar una teoría integral. Como la teoría moral del derecho internacional está tan poco desarrollada, somos muy conscientes de las limitaciones de nuestro análisis. Sin embargo, habremos logrado cierto grado de éxito si nuestro análisis ayuda a centrar la atención en esta área descuidada y apasionante.

Notas:

(1) John Rawls, *Law of Peoples* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999). Este libro no es, ni pretende ser, una filosofía exhaustiva del derecho internacional.

(2) En *The Concept of Law,* Hart incluye un capítulo sobre el derecho internacional, pero sólo aborda la cuestión analítica «¿Es realmente derecho lo que se denomina derecho internacional?», sin desarrollar ni siquiera mencionar el objeto de una teoría moral del derecho internacional. Hart tampoco ofrece una teoría normativa del derecho interno; sólo aborda las cuestiones analíticas. Véase HLA Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961). Ni Ronald Dworkin ni Joseph Raz extienden sus teorías al derecho internacional.

(3) Onora O'Neil, 'Justicia, género y fronteras internacionales', en *The Quality of Life* , ed. Martha Nussbaum y Amartya Sen (Nueva York: Oxford University Press, 1993) y Charles Beitz, 'Liberalismo internacional y justicia distributiva: una encuesta del pensamiento reciente', *World Politics* , 51 (1999), 269-98.

(4) Véase Darrel Moelendorf, 'Constructing the Law of Peoples', *Pacific Philosophical Quarterly* , 772 (1996), 132-154; Liam B. Murphy, 'Institutions and the Demands of Justice', *Philosophy and Public Affairs* , 274 (1998), 251-291; Thomas Pogge, *Realizing Rawls* (Ithaca, NY: Cornel University Press, 1989); 'An Egalitarian Law of Peoples', *Philosophy and Public Affairs* , 23 (1994), 195-224; Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US*

Política exterior , 2.ª ed. (Princeton: Princeton University Press, 1996); Charles Beitz, *Teoría política y Relaciones internacionales* (Princeton: Princeton University Press, 1979); y ensayo de revisión de *Derecho de gentes* , por John Rawls, *Ética* , 110 (2000), 669–98.

(5) Véase Thomas Risse, Stephen C. Ropp y Kathryn Sikkink (eds.), *El poder de los derechos humanos: derechos Normas y cambio interno* (Nueva York: Cambridge University Press, 1999); Andrew Moravcsik, 'Tomar las preferencias en serio: una teoría liberal de la política internacional', *Organización Internacional* , 51 (1997), 513-54; Página 37 de 44

Filosofía del Derecho Internacional

Anne Marie Slaughter, 'El derecho internacional en un mundo de Estados liberales', *Revista Europea de Derecho Internacional* , 6

(1995), 503–38; 'Derecho internacional y teoría de las relaciones internacionales: una agenda dual', *American Journal of Derecho internacional* , 87 (1993), 205–39; 'La agenda liberal para la paz: teoría de las relaciones internacionales y el futuro de las Naciones Unidas', *Problemas transnacionales y contemporáneos* , 4 (1995), 377–420. La teoría liberal positiva de las relaciones internacionales, que se analiza con mayor profundidad más adelante, sostiene que los Estados tienen preferencias que van más allá de la mera maximización de su poder, que las preferencias de los Estados están determinadas tanto por los grupos internos que, en algunos casos, están vinculados a grupos y actores internacionales y transnacionales, que las preferencias de los Estados difieren según el tipo de sociedad en la que está inserto el Estado y que existen patrones significativos y estables de interacción genuinamente cooperativa en las relaciones internacionales.

(6) Charles Beitz es una excepción a esta observación. Véase Beitz, *Political Theory and International Relations* , 11–

66. Véase también Al en Buchanan, 'Legitimación del reconocimiento y el sistema estatal', *Philosophy and Public Affairs* , 28

(1999), 46–78. Otro cuerpo de literatura en el que las preocupaciones normativas y positivas están más estrechamente vinculadas es el relativo a la hipótesis de la paz democrática (que sostiene que las democracias desarrolladas tienden a no hacerse la guerra entre sí).

Véase Michael Doyle, 'Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs, Partes 1 y 2', *Philosophy & Public Affairs* , 12

(1983), 205–35, 323–53.

(7) Véase Harry Beran, *The Consent Theory of Obligation* (Nueva York: Croom Helm, 1987); 'A Liberal Theory of Secession', *Political Studies* , 32 (1984), 21-31; Lea Brilmayer, 'Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation', *Yale Journal of International Law* , 16 (1991), 177-202; Al en Buchanan, *Secession: The Morality of Divorcio político desde Fort Sumter hasta Lituania y Quebec* (Boulder, Colo.: Westview Press, 1991); 'Teorías de la secesión', *Philosophy & Public Affairs* , 261 (1997), 31-61; 'Federalismo, secesión y la moralidad de la inclusión', *Arizona Law Review* , 37 (1995), 53-63; Jocelyne Couture, Kai Nielsen y Michel Seymour (eds.), *Rethinking Nacionalismo* (Calgary: University of Calgary Press, 1998); Hurst Hannum, *Autonomía, soberanía y autodeterminación: la acomodación de derechos en conflicto* (Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 1996;

'Replanteando la autodeterminación', *Virginia Journal of International Law* , 34 (1993), 1–69; Chandran Kukathas, '¿Existen derechos culturales?', *Political Theory* , 20 (1992), 105–40; William Kymlicka (ed.), *Los derechos de las minorías. Culturas* (Nueva York: Oxford University Press, 1995); Robert McKim y Jefferson McMahan (eds.), *La moralidad de Nacionalismo* (Nueva York: Oxford University Press, 1997); Margaret Moore (ed.), *Autodeterminación nacional y Secesión* (Nueva York: Oxford University Press, 1998); y Wayne Norman, 'La ética de la secesión como regulación de la política secesionista', en

Autodeterminación y secesión , ed. Margaret Moore (Nueva York: Oxford University Press, 1998).

(8) Para algunas obras destacadas de la teoría liberal positiva que critican explícitamente el realismo, véase lo siguiente: Moravcsik,

'Tomar las preferencias en serio'; Slaughter, 'El derecho internacional en un mundo de Estados liberales'; 'El derecho internacional y la teoría de las relaciones internacionales'; 'La agenda liberal para la paz'.

(9) Gerhard Von Glahn, *Law among Nations: An Introduction to Public International Law* (Nueva York: Macmil an, 1986), 2. Von Glahn atribuye esta descripción del derecho internacional a Stephen Budiansky, *US News & World Informe* , 20 de septiembre de 1993, 8.

(10) Michael Walzer, *Guerras justas e injustas* (Nueva York: Basic Books, 1977).

(11) George F. Kennan, *Diplomacia estadounidense, 1900-1951* (Chicago: University of Chicago Press, 1951); Tucídides, *Historia de la guerra del Peloponeso* , trad. John H. Finley, Jr. (Nueva York: Modern Library, 1951; 1.ª pub.

c .400 a. C.); Kenneth Waltz, *El hombre, el Estado y la guerra: un análisis teórico* (Nueva York: Columbia Press, 1959); y *Teoría de la política internacional* (Reading, Mass.: Addison-Wesley Pub. Co., 1979).

(12) Véase Charles Beitz, 'Justicia y relaciones internacionales', *Philosophy & Public Affairs* , 4 (1975), 360-89 y Lea Brilmayer, *Hegemonía estadounidense: moralidad política en un mundo de una sola superpotencia* (New Haven: Yale University Press, 1994).

(13) Véase Edward H. Carr, *La crisis de los veinte años, 1919-1939: Una introducción al estudio de la crisis internacional. Relaciones* (Nueva York: Harper & Row, 1964); George F. Kennan, *Diplomacia estadounidense, 1900-1951* (Chicago: University of Chicago Press, 1951); y Hans J. Morgenthau, *Política entre naciones: la lucha por el*

poder y Paz , 6ª ed., rev. por Kenneth W. Thompson (Nueva York: Knopf, 1985).

(14) Hans Morgenthau sostiene una variante interesante de la visión realista fiduciaria: afirma que incluso si hay principios morales que se aplican en principio a las relaciones internacionales, es mejor que los líderes estatales persigan exclusivamente los intereses de sus propios estados, porque los intentos de producir el bien para la humanidad generalmente conducen a un gran sufrimiento humano. Véase Morgenthau, *Politics among Nations* .

(15) Véase Hart, *El concepto de derecho* .

(16) Robert H. Frank, *Pasiones dentro de la razón: el papel estratégico de las emociones* (Nueva York: Norton, 1988).

(17) Moravcsik, 'Tomar las preferencias en serio'; Slaughter, 'El derecho internacional en un mundo de Estados liberales';

'Derecho internacional y teoría de las relaciones internacionales'; 'La agenda liberal para la paz'; y Risse *et al., The Power de Derechos Humanos* .

(18) Véase Doyle, 'Kant, los legados liberales y los asuntos exteriores'; Bruce M. Russett, *Cómo alcanzar la paz democrática: Principios para un mundo posterior a la Guerra Fría* (Princeton: Princeton University Press, 1993); y Amartya Sen, *Pobreza y Hambrunas: un ensayo sobre derechos y privaciones* (Nueva York: Oxford University Press, 1981).

(19) Terry Nardin, *Derecho, moralidad y las relaciones de los Estados* (Princeton: Princeton University Press, 1980).

(20) Rawls, *Derecho de gentes* y *liberalismo político* (Nueva York: Columbia University Press, 1993).

(21) Burns H. Weston, Richard A. Falk y Anthony A. D'Amato (eds.), *Documentos básicos en derecho internacional y Orden mundial* (St Paul, Minn.: West Publishing Co., 1980), 161.

(22) Hart, *El concepto de derecho* .

(23) Carta de las Naciones Unidas, adoptada el 26 de junio de 1945, entró en vigor el 24 de octubre de 1945: reimpresa en *el Derecho: Documentos Seleccionados* (Boston: Little, Brown and Company, 1995), 1–28; Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948: reproducida en *Derecho Internacional: Documentos Seleccionados Documentos* , 381–6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976: repr en *Derecho internacional: Documentos seleccionados* , 387–

403; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976: repr. en *Derecho internacional: Documentos seleccionados* , 410–18; Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, entró en vigor el 12 de enero de 1951: repr. en *Derecho internacional: Documentos seleccionados* , 419–21.

(24) Brilmayer, *Hegemonía americana* , 177.

(25) Al en Buchanan, 'Legitimación reconocible y sistema estatal', *Philosophy and Public Affairs* , 28 (1999), 46–78.

(26) Para una discusión más amplia del contraste entre teoría ideal y no ideal, véase John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University, 1971), 8–11, 245–51.

(27) Immanuel Kant, *Paz perpetua* , trad. y ed. por Lewis White Beck (Indianápolis: Bobbs-Merril Educational Publishing, 1957; 1.ª publicación, 1795) y Rawls, *Derecho de gentes* .

(28) Rawls, *Derecho de gentes* , 39.

(29) Walzer, *Guerras justas e injustas* .

(30) Este párrafo se basa en Buchanan, 'Recognitional Legitimacy'.

(31) El término "legítimo" en este sentido mínimo debe contrastarse con el término "legítimo" en el sentido de "derecho a ser obedecido" que se emplea comúnmente en la filosofía política. El derecho a ser obedecido (también llamado a veces autoridad política) implica una obligación correlativa de obedecer al gobierno; la legitimidad en el sentido de imposición justificada no la implica.

(32) David Luban, 'Guerra justa y derechos humanos', *Philosophy and Public Affairs* , 9 (1980), 160–81 y Buchanan,

"Legitimidad de reconocimiento". La noción de que la paz entre los Estados era el principio predominante del sistema jurídico internacional se reflejó en interpretaciones ampliamente aceptadas de la Carta de las Naciones Unidas, con su énfasis en la

El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y su prohibición aparentemente absoluta de “la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado”. Carta de las Naciones Unidas, art. 2(4). Tendencias más recientes han puesto en tela de juicio esta interpretación, por ejemplo, la intervención de la OTAN para impedir el genocidio en Kosovo. Actualmente existe un intenso debate sobre la legalidad de la “intervención humanitaria”. Comisión Internacional Independiente sobre Kosovo, *Informe sobre Kosovo* (Nueva York: Oxford University Press, 2000).

(33) La distinción entre viabilidad y accesibilidad se la debemos a Joshua Cohen. No tenemos claro si su noción de accesibilidad equivale a nuestra noción de accesibilidad moral, es decir, accesibilidad sin costes morales excesivos.

(34) Al en Buchanan, 'De Nuremberg a Kosovo: La moralidad de la reforma legal internacional ilegal', *Ética* (próximamente).

(35) El proceso de establecimiento de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario puede no ser menos difícil que el proceso de elaboración de un tratado. En principio, el derecho internacional consuetudinario requiere el apoyo, o al menos la aquiescencia, de toda la comunidad de Estados. Por otra parte, puede ser que el proceso menos formal del derecho consuetudinario facilite a algunos Estados que no firmarían un tratado, no obstante, el aceptar una nueva norma de derecho consuetudinario.

(36) James A. Rawley, *The Transatlantic Slave Trade* (Nueva York: Norton, 1981) y Alfred P. Rubin, *Ethics and Autoridad en Derecho Internacional* (Nueva York: Cambridge University Press, 1997).

(37) Agradecemos a Scott Shapiro por sugerir la distinción general entre justicia transnacional e internacional.

(38) Véase Buchanan, 'Legitimación reconocible y sistema estatal'.

(39) Jack Donnel y, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (Ithaca, NY: Cornel University Press, 1989); *The Concept of Human Rights* (Londres: Croom Helm, 1985); *International Human Rights* (Boulder, Colo.: Westview Press, 1998); y Rhoda E. Howard, *Human Rights and the Search for Community* (Boulder, Colo.: Westview Press, 1995).

(40) RM Hare, *Moralidad: sus niveles, método y punto* (Nueva York: Oxford University Press, 1981).

(41) Shue, *Derechos básicos* .

(42) Amartya Sen, 'Bienestar, agencia y libertad', *The Journal of Philosophy* , 82 (1985), 169-221, 200-21; *Inequality Reexamined* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1992), 39-42, 49; *Commodities and Capacidades* (Nueva York: Oxford University Press, 1999); Martha Nussbaum, *Mujeres y desarrollo humano* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000); y 'Aristóteles, política y capacidades humanas: una respuesta a Antony, Arneson, Charlsworth y Mulgan', *Ética* , 111 (2000), 102–42.

(43) Donnel y, *Derechos Humanos Universales; El Concepto de Derechos Humanos; Derechos Humanos Internacionales* .

(44) Rawls, *Derecho de gentes* .

(45) Ronald Dworkin, *Tomar los derechos en serio* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977), 180–3.

(46) Beitz, 'Justicia y relaciones internacionales'; Moelendorf, 'Construyendo el derecho de gentes'; y Fernando R.

Téson, *Una filosofía del derecho internacional* (Boulder, Colorado: Westview Press, 1998).

(47) Joshua Cohen y Joel Rogers, *Sobre la democracia* (Nueva York: Penguin Books, 1983).

(48) Michael Walzer, *Grueso y fino: argumento moral en casa y en el extranjero* (Notre Dame: Notre Dame University Press, 1994).

(49) Hannum, *Autonomía, soberanía y autodeterminación* ; y Risse *et al., El poder de los derechos humanos* .

(50) Patrick Thornberry, *Derecho internacional y los derechos de las minorías* (Oxford: Clarendon Press, 1991) y John Packer y Kristian Mynti (eds.), *La protección de las minorías étnicas y lingüísticas en Europa* (Abo/Turku: Abo

(Prensa de la Universidad Akademi, 1993).

(51) S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional* (Nueva York: Oxford University Press, 1996); Hannum, *Autonomía, soberanía y autodeterminación* ; y Benedict Kingsbury, 'Soberanía y desigualdad', *European Revista de Derecho Internacional* , 9 (1998), 599–625.

(52) Al en Buchanan, 'Liberalismo y derechos de grupo', en *In Harm's Way: Ensayos en honor a Joel Feinberg* , ed. Jules L. Coleman y Al en Buchanan (Nueva York: Cambridge University Press, 1994); Wil Kymlicka, *Liberalismo, Comunidad y cultura* (Nueva York: Oxford University Press, 1989); *Los derechos de las culturas minoritarias* ; y Margaret Moore (ed.), Introducción a *la autodeterminación nacional y la secesión* (Nueva York: Oxford University Press, 1998).

(53) Kymlicka, *Los derechos de las culturas minoritarias* .

(54) Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional* ; Al en Buchanan, 'El papel de los derechos colectivos en una teoría de los derechos de los pueblos indígenas', *Transnational Law & Contemporary Problems* , 3 (1993), 89-108; David Lyons, 'Las nuevas reivindicaciones indígenas y los derechos originales a la tierra', *Social Theory and Practice* , 4 (1977), 249-72; y Douglas Sanders, 'El resurgimiento de las cuestiones indígenas en el derecho internacional', *Canadian Human Rights Yearbook* , 3

(1983), 12–30.

(55) Véase, por ejemplo, David Montgomery, 'Derechos laborales y derechos humanos: una perspectiva histórica', en *Derechos humanos, Derechos laborales y comercio internacional* , ed. Lance A. Compa y Stephen F. Diamond (Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 1996).

(56) No analizaremos aquí la opinión más general de que no existen derechos "positivos" de ningún tipo entre los derechos humanos porque los derechos, por su naturaleza,

son puramente negativos y consisten únicamente en restricciones a la conducta de los demás hacia el titular de los derechos, en lugar de obligaciones de actuar. Para una crítica de esta opinión, véase Kristen Hessler y Al en Buchanan, "Specifying the Human Right to Health Care", en *Care and Social Justice* , ed. Margaret Battin, Rosalind Rhodes y Anita Silvers (Nueva York: Oxford University Press, de próxima aparición).

(57) Carta de las Naciones Unidas, adoptada el 26 de junio de 1945, entró en vigor el 24 de octubre de 1945: reimpresa en *el Derecho: Documentos Seleccionados* , 1–28; Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948: repr. en *Derecho Internacional: Documentos Seleccionados* , 381–6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1966.

1976: repr. en *Derecho internacional: Documentos seleccionados* , 387–403; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976: repr. en *Derecho internacional: Documentos seleccionados* , 410–18; Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, entró en vigor el 12 de enero de 1951: repr. en *Derecho internacional: Documentos seleccionados* , 419–21.

(58) Thomas M. Franck, *La equidad en el derecho internacional y las instituciones* (Nueva York: Oxford University Press, 1998).

(59) Walzer, *Guerras justas e injustas* y *esferas de justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad* (Nueva York: Basic Books, 1983).

(60) Thomas Christiano, 'Democracia y justicia distributiva', *Arizona Law Review* , 37 (1995), 65–72.

(61) ibíd.

(62) Beitz, 'Liberalismo internacional y justicia distributiva'.

(63) Rawls, *Una teoría de la justicia.*

(64) Para una defensa del robusto deber natural de justicia, véase Al en Buchanan, 'La moralidad de la inclusión', *Social Filosofía y política* , 10 (1993), 233–57 y 'Justicia, caridad y la idea del progreso moral', en *Giving: Western Ideas de filantropía* , ed. JB Schneewind (Bloomington, Ind.: Indiana University Press, 1996).

(65) Pogge, *Comprender a Rawls* y 'Una ley igualitaria de los pueblos'.

(66) Véase Liam B. Murphy, 'Instituciones y las demandas de justicia', *Philosophy and Public Affairs* , 274 (1998), 251–

91.

(67) Antonio Cassese, *Autodeterminación de los pueblos: una reevaluación jurídica* (Nueva York: Cambridge University Press, 1995) y Hannum, *Autonomía, soberanía y autodeterminación* .

(68) Véase Constitución de la República Democrática Federal de Etiopía, 1994. La República Democrática Federal de Etiopía. En: http://www.ethiopar.net/English/cnstiotn/consttn.htm; ICL 2000 Constitución de la ex Unión Soviética, 1977. Universidad de Wuerzburg y Charter 88. En: http://www.uni-wuerzburg.de/law/r100000_.html; Political Database of the Americas 1999 Constitución de Saint Kitts y Nevis, 1983. Universidad de Georgetown y la Organización de los Estados Americanos. En: http://www.georgetown.edu/LatAmerPolitical/Constitution

s/Kitts/stkitts-nevis.html. Es importante distinguir entre la secesión por disposición constitucional explícita, la secesión compatible con la constitución y la secesión por enmienda constitucional (como lo sugiere una reciente sentencia de referencia de la Corte Suprema de Canadá).

Véase *la referencia sobre la Secesión de Quebec* , 1998. 2 SCR

(69) Franck, *La equidad en el derecho y las instituciones internacionales* .

(70) Misha Glenny, *La caída de Yugoslavia: La tercera guerra de los Balcanes* (Nueva York: Penguin, 1992); James Gow, *Triumph De la falta de voluntad: diplomacia internacional y la guerra yugoslava* (Londres: Hurst, 1997); y Susan L.

Woodward, *Tragedia de los Balcanes: Caos y disolución después de la Guerra Fría* (Washington, DC: Brookings Institution, 1995).

(71) Gow, *El triunfo de la falta de voluntad* .

(72) Beran, *La teoría del consentimiento de la obligación* ; 'Una teoría liberal de la secesión'; Buchanan, *Secesión* ; 'Teorías de la secesión'; David Copp, '¿Tienen las naciones el derecho a la autodeterminación?' en *Los filósofos miran a Canadá Confederación* , ed. Stanley French (Montreal: Asociación Filosófica Canadiense, 1979); Couture *et al., Repensar el nacionalismo* ; Omar Dahbour y Micheline R. Ishay (eds.), *The Nationalism Reader* (Atlantic Highlands, NJ: Humanities Press International, Inc., 1995); McKim y McMahan, *The Morality of Nationalism* ; Moore, *National Autodeterminación y secesión* ; David Philpott, 'En defensa de la autodeterminación', *Ética* , 1052 (1995), 352–85; Yael Tamir, *Nacionalismo liberal* (Princeton: Princeton University Press, 1993); y Christopher Welman, 'Una defensa de la secesión y la autodeterminación política', *Filosofía y asuntos públicos* , 24 (1995), 357–72.

(73) Buchanan, 'Teorías de la secesión'; Norman Wayne, 'Secesión y democracia constitucional', en *Democracia y*

Pluralismo Nacional , ed. F. Requejo (Nueva York: Routledge, de próxima aparición); y Cass Sunstein, 'Constitucionalism and Secession', *University of Chicago Law Review* , 58 (1991), 633–70.

(74) Buchheit es una excepción anterior, pero su visión, centrada principalmente en lo que es la ley, no ofrece un análisis moral sistemático. Véase Lee C. Buchheit, *Secession: The Legitimacy of Self-Determination* (New Haven: Yale University Press, 1978).

(75) Véase Buchanan, 'Theories of Secession'. Para una distinción similar con terminología diferente, véase Moore, *National Autodeterminación y secesión* y Norman, 'Secesión y democracia constitucional'.

(76) Couture *et al., Rethinking Nationalism; Moore, National Self-Determination and Secession;* Percy B. Lehning (ed.), *Theories of Secession* (Nueva York: Routledge, 1998); y McKim y McMahan, *The Morality of Nationalism* .

(77) Al en Buchanan, 1998 'La dimensión institucional internacional de la secesión', en *Theories of Secession* , ed.

Lehning y Moore, Introducción a *la autodeterminación nacional y la secesión* .

(78) Brilmayer, 'Secesión y autodeterminación'.

(79) Buchanan, 'Legitimidad de reconocimiento y el sistema estatal'.

(80) Obsérvese que es necesaria otra salvedad: el Estado debe cumplir con estándares mínimos de justicia también en sus relaciones externas. Ibíd.

(81) Para un intento de proporcionar la explicación necesaria de la reivindicación válida del territorio, véase Buchanan, 'Legitimación Reconocible y el Sistema Estatal'.

(82) Moore, Introducción a *la autodeterminación nacional y la secesión* .

(83) Buchanan, *Secesión* ; Morton H. Halperin, David Scheffer y Patricia L. Smal, *Autodeterminación en la Nuevo orden mundial* (Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1992); Hannum, *Autonomía, Soberanía y autodeterminación* y 'Repensar la autodeterminación'.

(84) Buchanan, 'Teorías de la secesión'; 'Federalismo, secesión y la moralidad de la inclusión'; y Donald L.

Horowitz, 'Autodeterminación: política, filosofía y derecho', *Nomos* , 39 (1997), 421–63.

(85) Philpott, 'En defensa de la autodeterminación'.

(86) El resto de este párrafo y el siguiente están tomados de Buchanan, 'Democracy and Secession'.

(87) Harry Brighouse, 'Contra el nacionalismo', en *Rethinking Nationalism* , ed. Couture *et al* .; y Thomas Christiano, *Rule of the Many: Fundamental Issues in Democratic Theory* (Boulder, Colo.: Westview Press, 1996).

(88) Buchanan, 'Teorías de la secesión'; y Sunstein, 'Constitucionalismo y secesión'.

(89) Joshua Cohen, 'Deliberación y legitimidad democrática', en *The Good Polity* , ed. Alan Hamlin y Phil Petit (Londres: Blackwel, 1989); 'Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa', en *Democracia y diferencia: Changing Boundaries of the Political* , ed. Seyla Benhabib (Princeton: Princeton University Press, 1996). Review of *Political Liberalism* , de John Rawls, *Michigan Law Review* , 92 (1994), 1503–46; y Amy Gutmann y Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* (Cambridge, Mass.: Belknap Press de la Universidad de Harvard, 1996).

(90) Para caracterizaciones más detalladas de la visión ascriptivista, así como críticas más exhaustivas de la

misma, véase Harry Brighouse, 'Against Nationalism' y Al en Buchanan, 'What's So Special About Nations?', ambos en Couture *et et al., Repensando el nacionalismo* .

(91) David L. Miller, *Sobre la nacionalidad* (Nueva York: Clarendon Press, 1995).

(92) John Stuart Mil, *Consideraciones sobre el gobierno representativo* (Buffalo, NY: Prometheus Books, 1991; 1.ª publicación, 1861).

(93) Mil er, *Sobre la nacionalidad* .

(94) Este párrafo y el siguiente se basan en Buchanan, '¿Qué tienen de especial las naciones?'

(95) Walzer, *Guerras justas e injustas* ; y Randal Forsberg, 'Creación de un sistema de seguridad cooperativa: Randal Forsberg en debate con Hayward Alker, Jonathan Dean, Carl Kaysen, Joanne Landy, Steven Miller y Stephen Van Evera', *Boston Review* , 17 (1992), 6–12.

(96) Walzer, *En las buenas y en las malas* .

(97) De hecho, esto ha ocurrido en varios casos, incluidos Sudán, Irak (los kurdos del norte), Eritrea y Kosovo.

(98) Buchanan, 'De Nuremberg a Kosovo'.

(99) Franck, *La equidad en el derecho y las instituciones internacionales* .

(100) A. John Simmons, *Principios morales y obligaciones políticas* (Princeton: Princeton University Press, 1979).

(101) Beitz, *Teoría política y relaciones internacionales.*

(102) Brilmayer, *Hegemonía americana* .

Allen Buchanan

Allen Buchanan es profesor de Filosofía James B. Duke y profesor de Derecho en la Universidad de Duke, donde

también es investigador en el Instituto de Ciencias Genómicas y Políticas. El trabajo de Buchanan se centra principalmente en la bioética y la filosofía política. Sus libros más recientes son From *Chance to Choice: Genetics and Justice* (en coautoría con Dan W. Brock, Norman Daniels y Daniel Wikler; Cambridge University Press, 2000) y *Justice, Legitimacy, and Self - Determination: Moral Foundations for International*

Filosofía del Derecho Internacional

Derecho (Oxford University Press, 2003).

David Golove

David Golove, profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York.





Derecho y lenguaje

Manuales de Oxford en línea

Derecho y lenguaje

Timothy A. O. Endicott

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0022

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo aborda la cuestión jurisprudencial básica. Se ocupa de algunas de las formas en que la gente afirma que la comprensión del lenguaje ayuda a resolver problemas de jurisprudencia. Intenta identificar algunos de los errores más interesantes e importantes que los filósofos jurídicos han cometido sobre el lenguaje. Analiza tres razones por las que la comprensión del lenguaje puede ser útil. La comprensión de la vaguedad señala que el lenguaje de la ley, y la ley misma, no siempre pueden determinar el resultado que la ley exige, y que el juez debe resolver cuestiones que la ley deja sin resolver. El principio de diversidad y el principio de contexto también son esenciales para el desarrollo de términos teóricos útiles. Otra idea que proporciona el lenguaje es de uso limitado en la jurisprudencia. Una comprensión clara de algunos de los problemas de la filosofía del lenguaje es muy útil para los filósofos jurídicos.

Palabras clave: jurisprudencia, filósofos del derecho, vaguedad, términos teóricos, lenguaje Nuestra política está formada por palabras.

(Demóstenes XIX.184)

...el poder de las palabras puede dañar la ciudad.

(Demóstenes, *Primer Proemio* 1. 3)

Demóstenes fue el primer abogado que conocemos que se preocupó por el lenguaje. Sabía que no sólo la constitución, sino gran parte de la vida pública de una comunidad, está formada por las expresiones de sus ciudadanos. Y conocía y utilizaba el poder del lenguaje para cautivar a una legislatura y subvertir la justicia. En los discursos que escribía para litigantes privados, utilizaba su experiencia con las palabras para manipular al jurado; y siempre acusaba a sus clientes de ser injustos.

opositores al uso de palabras para manipular al jurado.

Las palabras son herramientas que los abogados (abogados, jueces y legisladores) utilizan para sus fines buenos, malos o indiferentes. Pero esa no es una característica especial del derecho. Las palabras son herramientas que todos utilizamos para fines similares. ¿Hay algo distintivo que decir sobre el derecho y el lenguaje? Es cierto que el lenguaje jurídico inglés tiene características especiales.

Pero esas características complejas tienen raíces en la historia y la cultura jurídica inglesa, y no en la naturaleza del derecho.

Demóstenes se esforzó por utilizar el lenguaje de su audiencia (un jurado de cientos de personas). Todo ciudadano ateniense de 30 años podía ser miembro del jurado en cualquier proceso judicial, y por lo tanto el lenguaje de los tribunales era parte del lenguaje de cada ciudadano. Incluso en los países de habla inglesa en la actualidad, muchos abogados intentan utilizar un lenguaje que los no abogados entiendan, y a menudo lo consiguen. Los abogados necesitan utilizar el lenguaje, y **lo** utilizan de maneras interesantes, pero eso no significa que una comprensión de la naturaleza del lenguaje nos ayude a entender el derecho. Los bioquímicos necesitan utilizar el lenguaje, y lo utilizan de maneras interesantes, pero no hay nada sobre la bioquímica que pueda decirse mejor diciendo algo sobre el lenguaje. ¿Una comprensión de la naturaleza de la

Derecho y lenguaje

¿Tiene el lenguaje algo más que ofrecer a la jurisprudencia que a la bioquímica?

En este capítulo abordaré esa cuestión jurisprudencial básica: ¿cómo se relaciona, si es que se relaciona, la naturaleza del derecho con la naturaleza del lenguaje? No abordaré muchas de las formas en que las personas podrían estar interesadas en el lenguaje y en el derecho al mismo tiempo. Hay varios focos de interés en el lenguaje y el derecho.

1 Sólo me ocuparé de algunos de

Las formas en que la gente ha afirmado que una comprensión del lenguaje ayudará a resolver problemas de jurisprudencia. De hecho, necesitaré limitar mi atención a sólo algunas de esas formas, y la sección introductoria tiene como objetivo explicar cómo. Argumentaré que, para entender la naturaleza del derecho, los filósofos jurídicos necesitan entender la naturaleza del lenguaje. Pero el punto no es tan obvio como podría parecer, y necesita argumentación.

1 Introducción

Sin duda, prestar atención al lenguaje puede *ser* muy beneficioso, aunque sólo sea porque la comprensión del lenguaje puede ayudarnos a aclarar los conceptos erróneos que importantes filósofos del derecho han construido sobre conceptos distorsionados del lenguaje. Hay pocos puntos incontrovertibles en la jurisprudencia, pero éste debe ser uno de ellos: cualquiera que haya prestado atención a lo que los filósofos del derecho han dicho sobre el lenguaje tendrá una clara sensación de que parte de ello es básicamente erróneo. Y es un punto importante, porque comprender los errores de otras personas es una tarea crucial para los teóricos del derecho. Incluso los más originales han ganado al identificar conceptos erróneos. Pero, por supuesto, cualquier intento de decir *qué* concepciones son erróneas será muy controvertido. Este capítulo intenta identificar algunos de los errores más interesantes e importantes que los filósofos del derecho han cometido sobre el lenguaje.

¿Es eso todo? ¿Los filósofos del derecho necesitan prestar atención al lenguaje sólo para evitar errores? Joseph Raz ha sugerido recientemente esa perspectiva:

... posiblemente la filosofía del lenguaje y la semántica pueden ayudar principalmente proporcionando aclaraciones cuando un malentendido del lenguaje o de su uso puede llevar a un error. En general, mientras en la deliberación sobre la naturaleza del derecho y sus instituciones centrales se utilice el lenguaje **(p. 937)** sin equivocarse, es poco lo que la filosofía del lenguaje puede hacer para avanzar en la comprensión.2

Esta visión puede parecer extraña, porque el lenguaje es tan importante para el derecho que parece obvio que el estudio del lenguaje puede iluminar la naturaleza del derecho. Pero no deberíamos darlo por sentado. Deberíamos hacer la siguiente pregunta: *¿Es ¿Hay algo que valga la pena entender sobre el derecho que se pueda decir mejor hablando del lenguaje?* Creo que la respuesta es sí. Hay tres razones por las que entender el lenguaje puede ser útil: **1. *El derecho utiliza el lenguaje*** . La jurisprudencia es diferente de la bioquímica, porque el derecho se crea mediante enunciados lingüísticos. Probablemente podríamos imaginar comunidades en las que el derecho se crea sin ningún uso del lenguaje: por ejemplo, un sistema en el que un precedente vinculante se establece mediante el resultado que un juez da en casos cuyos hechos son conocidos por todos. No hay nada esencialmente lingüístico en la toma de decisiones basada en precedentes.

Pero, de hecho, todos los sistemas de common law que conozco hoy en día tienen una industria desarrollada para la presentación de casos y una doctrina que otorga fuerza legal a la *ratio* expresada por el tribunal que sentó precedentes. La legislación que utiliza el lenguaje es, hasta donde yo sé, una característica universal de los sistemas jurídicos. Por lo tanto, el derecho se crea típicamente mediante enunciados lingüísticos. Los abogados no se limitan a utilizar el lenguaje como los bioquímicos; el derecho se crea por medio del lenguaje. Sin comprender cómo funciona el lenguaje, no podemos comprender la naturaleza del derecho. Pero la pregunta sigue siendo si la filosofía del lenguaje tiene algo que decir que sea útil en los debates jurisprudenciales, algo que sea pertinente y no banal.

2. *El derecho es como el lenguaje* . Los lenguajes y los sistemas legales son los sistemas de normas sociales más comunes y sofisticados que tienen las comunidades humanas. El lenguaje y el derecho son también los dos esquemas de coordinación más comunes y sofisticados en las comunidades humanas. Es decir, proporcionan soluciones a los problemas que enfrentan las personas que necesitan cooperar y que comparten un entendimiento limitado entre sí y una buena voluntad limitada. Y

proporcionan técnicas para proporcionar nuevas soluciones a nuevos problemas.

Más allá de estos comentarios abstractos que no ayudan, es difícil ver qué hacer con las similitudes entre un lenguaje y un sistema legal. Las diferencias son marcadas y las similitudes pueden parecer poco esclarecedoras. E incluso los comentarios abstractos son controvertidos: es controvertido si el lenguaje o el derecho son actividades regidas por reglas, y no está claro si se trata de dos controversias o de aspectos de una sola controversia.

(pág. 938) 3. *Los teóricos del derecho deben utilizar el lenguaje* . Parte de la tarea del teórico del derecho es comprender (y comunicar una comprensión de) los términos en los que se describirá el tema. Quedó claro

Derecho y lenguaje

En la jurisprudencia del siglo XX, la creación de herramientas terminológicas útiles no es sólo un ejercicio preliminar (como podría ser si estuviéramos haciendo, por ejemplo, geografía física), sino que es uno de los desafíos centrales de la disciplina.

De estas tres razones para pensar que el estudio del derecho debe estar relacionado con el estudio del lenguaje, la primera se refleja en el trabajo sobre el papel del lenguaje del derecho en el razonamiento y la adjudicación jurídica. La tercera ha desempeñado un papel importante en los debates sobre el método en la jurisprudencia. La segunda ofrece una promesa bastante más oscura: que la filosofía del lenguaje puede ayudar a los teóricos del derecho a resolver los problemas de comprensión de las normas y los sistemas de normas. Las tres preocupaciones se abordan en el trabajo de HLA Hart, que se destaca por sus intentos deliberados de aplicar la filosofía del lenguaje a la jurisprudencia.

Me propongo describir y evaluar una tradición de hablar sobre el lenguaje que se centra en Hart. Comenzaré con Jeremy Bentham. Las innovaciones filosóficas que sirvieron a la agenda política de Bentham incluyeron la invención de

una forma de filosofía lingüística. Hart fue un crítico comprensivo de Bentham, y las opiniones de Hart merecen atención por derecho propio y como base para comprender el trabajo de sus propios críticos, Joseph Raz, John Finnis y Ronald Dworkin.

Mi análisis se centrará en señalar algunos conceptos erróneos y algunas ideas erróneas que pueden identificarse en la obra de esos cinco escritores. Todos ellos utilizan observaciones sobre el lenguaje para argumentar que otras personas han entendido mal la naturaleza del derecho.

Revisar su trabajo ayuda a ver cómo una comprensión de la naturaleza del lenguaje puede exponer confusiones y a ver si la filosofía del derecho necesita la filosofía del lenguaje para cualquier otro propósito.

Simplifico la tarea omitiendo un estudio de los escepticismos sobre el derecho que encuentran apoyo en opiniones sobre el lenguaje. Esa es una omisión importante. Si el lenguaje del derecho es una tontería utilizada para confundir a la gente, podemos utilizar el estudio del lenguaje como una herramienta para desmitificar y desacreditar. Muchos estudiosos del derecho han sostenido que el derecho es una forma de opresión que se disimula en palabras. Debo explicar por qué no voy a examinar esos intentos.

El lenguaje jurídico se ha utilizado sin duda para mistificar, engañar y estafar. Los abogados, los jueces y otros funcionarios han abusado a menudo de su poder retórico, y la oscuridad está arraigada en los estilos de expresión que los estudiantes aprenden en la facultad de derecho. Aprenden más en los primeros meses de ejercicio de la abogacía, una vez que los profesores dejan de decirles que sean claros. Como dijo George Orwel: «Cuando hay una brecha entre los objetivos reales y los declarados, uno se vuelca, por así decirlo, instintivamente a palabras largas y modismos agotados, como una sepia que chorrea tinta».3

(p. 939) Es importante tener en cuenta que los abogados no son los únicos en esta tendencia. Orwel estaba hablando en realidad de los políticos. Los abogados hacen lo mismo que otras personas, pero con la sofisticación segura de sí

mismos que se obtiene al unirse a una profesión antigua y culta. Para Charles Dickens, el lenguaje legal era como "ese misterio afín, el barro de la calle, que está hecho de nadie sabe qué y se acumula a nuestro alrededor sin que nadie sepa de dónde ni cómo, y sólo sabemos en general que cuando hay demasiado, nos vemos en la necesidad de quitarlo con una pala...".4

Existen dos puntos de vista escépticos sobre el lenguaje jurídico: (1) que es una herramienta diseñada para gobernar a los oprimidos, y (2) que no tiene sentido (ya sea porque no tiene sentido en particular o porque el lenguaje en general no tiene sentido), de modo que no se puede utilizar para gobernar nada. Ambos puntos de vista convergen en la idea de que es una herramienta de opresión porque esconde su propia falta de sentido en una retórica que disfraza el abuso de poder.

No analizaré el apoyo que los escépticos legales buscan en las opiniones sobre el lenguaje, en parte porque el área ha sido muy estudiada.

5 Más importante aún, creo que los ataques escépticos no encuentran apoyo en los abusos y engaños de los abogados. Es decir, el lenguaje de la ley puede o no usarse para oprimir y engañar. Está en la naturaleza del lenguaje que sea apto para tales usos, pero no hay nada en la naturaleza del lenguaje que haga de la ley una herramienta de corrupción o engaño. Los abogados y los legisladores pueden usar el lenguaje tanto para abusar de las personas como para servirlas.

Por lo tanto, no voy a analizar las opiniones escépticas sobre el lenguaje y el derecho, a excepción de las notables opiniones escépticas de Jeremy Bentham. Sus apelaciones al lenguaje proporcionan un contexto útil para Hart, y los conceptos erróneos de Bentham son tan extraordinarios que deberían ser más conocidos.

2 Bentham y la doctrina del sinsentido

Sólo con referencia al lenguaje puede el atributo denotado por el

palabra universal sea con propiedad atribuida al sujeto del *derecho* .6

(p. 940) No es exagerado llamar a Bentham el primer filósofo lingüístico, aunque sus observaciones sobre el lenguaje debieron mucho a su lectura de John Locke.7 Los filósofos habían estado prestando atención al significado de las palabras desde Platón y Aristóteles, pero Bentham asignó una importancia central a la técnica característica de la filosofía lingüística: trató de resolver problemas filosóficos afirmando que las personas cometerán errores desastrosos a menos que entiendan cómo funciona el lenguaje.

Algunos de los resultados son extraños y erróneos. Es absurdo, por ejemplo, decir que el estudio del derecho es sólo general (o "universal") cuando se limita al estudio del lenguaje. Bentham pensaba que la jurisprudencia descriptiva general

"debe limitarse a la terminología".8

Sin embargo, no es una visión tan absurda como parece. El lenguaje, la terminología que Bentham tenía en mente incluye términos como *poder, derecho, obligación, libertad* y, por supuesto, *ley* . 9 Si pudiéramos explicar el significado de esos términos, podríamos abordar algunas de las cuestiones más importantes que han abordado los filósofos del derecho, porque sabríamos cómo dar sentido a las afirmaciones jurídicas características que la gente hace. Lo absurdo de la afirmación de Bentham sobre la jurisprudencia es la idea de que tal explicación podría "limitarse a la terminología". Su propia explicación del significado de esos términos es parte de una explicación de lo que son los derechos, las obligaciones, las leyes, etc. De modo que en su atención a los términos correspondientes, Bentham no se *limita* a la terminología, y nadie podría hacerlo seriamente.

Su jurisprudencia general era sin duda una teoría del derecho, y no sólo del significado de la palabra *derecho* . Pero Bentham construyó su teoría del derecho con afirmaciones sobre el lenguaje. En sus diatribas contra Blackstone, su queja más amarga no era que Blackstone fuera reaccionario y presumido respecto del common law, sino que su doctrina era

" *sin sentido* ".10 Bentham afirmaba que, para decir algo claro y significativo, un teórico tenía que ser capaz de

'exponer' términos teóricos, haciendo referencia a términos 'simples'1 —

1

es decir, 'términos calculados para suscitar imágenes de cualquiera de los dos'.

sustancias percibidas, o de emociones; fuentes, una u otra de las cuales debe extraerse toda idea, para que sea clara'.12 Las sustancias, o 'entidades reales', son físicas, y las emociones son características 'sensibles' de los objetos físicos. Sólo los objetos físicos y sus características sensibles son claramente comprensibles, y sólo los términos físicos y psicológicos tienen un significado claro **(p. 941)** . *Dolor* y *placer* eran los términos simples favoritos de Bentham:

Él consideraba que no hay nada más sensible que el dolor y el placer. De modo que podemos comprenderlos con suficiente claridad como para decir algo significativo con sus nombres. “ *Dolor* y *placer* , al menos, son palabras cuyo significado no es necesario, esperamos, que un hombre consulte a un abogado”.13

Tres características distintivamente benthamitas de esta técnica de exposición merecen atención: la forma en que expone los deberes (etc.) como entidades ficticias, la idea del "sentido apropiado" de una palabra y la noción de la expresión de la emoción como alternativa al uso de palabras para referirse a entidades sensibles.

2.1 Paráfrasis, entidades ficticias y objetos sensibles

No existen "términos simples" que sean equivalentes a los términos jurídicos centrales, por lo que Bentham inventó un método especial para exponer términos teóricos abstractos, al que llamó "paráfrasis".14 Pensaba que los términos concretos podían explicarse mediante definiciones, pero que los términos abstractos necesitaban su nueva técnica: en lugar de traducir un término como *deber* a otras palabras, propuso traducir oraciones que contuvieran la palabra *deber* a otras oraciones.

La paráfrasis libera al teórico de una búsqueda infructuosa de un conjunto de palabras que sustituyan al término que se está definiendo, y le recuerda que no debe buscar un objeto para el cual la palabra actúe como etiqueta, y resuelve un problema que Bentham había identificado con la definición *per genre et* differentiam.1

5 Pero su principal atractivo para Bentham era que

La paráfrasis es extremadamente útil para desacreditar nociones como la del deber. Si se define *el deber* , suena como si se estuviera diciendo qué es el deber. Pero si se traduce la *frase* "*tengo un deber*" en otra oración, suena como si se estuviera diciendo lo que alguien realmente quiere decir cuando usa la palabra *deber* . La paráfrasis permite al teórico reemplazar el deber. Así, la exposición de Bentham del término *deber* era la siguiente: "Ese es mi *deber* de hacer, y estoy sujeto a ser *castigado* , de acuerdo con la ley, si no lo hago: éste es el sentido original, ordinario y apropiado de la palabra *deber* ".16

La capacidad de desacreditación que ofrece la paráfrasis era importante para Bentham porque pensaba que las palabras son

'falsos cobertores'17 para las ideas. Palabras como *derecho* y *deber* **(p. 942)** son 'denominaciones fantásticas'18 - fraudes que parecen representar algo- ¡pero no existe tal cosa! Las únicas palabras significativas son 'nombres de entidades reales o de los afectos sensibles de entidades reales determinables'.19 No se pueden definir otros términos , porque

No tienen una referencia real, pero la técnica de la paráfrasis permite a Bentham explicarlas señalando su relación con entidades reales como el dolor y el placer.

Se puede decir que una palabra está expuesta por *paráfrasis* cuando no solo esa *palabra* se traduce a otras *palabras* , sino que una *oración completa* de la que forma parte se traduce a otra *oración* ; las palabras de la última expresan ideas que son *simples* o se pueden resolver más inmediatamente en ideas simples que las de la primera.20

Las palabras abstractas son seudónimos para entidades ficticias, pero en el contexto de una oración pueden traducirse en expresiones que tienen una referencia directa a objetos sensibles.

Bentham pensaba que *la jurisprudencia* es un ejemplo de un seudónimo para una entidad ficticia. ¡Qué incómodo para alguien que se dedica a la jurisprudencia! Su solución a este dilema era extraña y trivial. Escribió que la palabra *jurisprudencia* no tiene significado excepto cuando se coloca "en compañía de alguna palabra que sea significativa de una entidad real".2

1 Pero la palabra *libro* le bastaba. Pensaba que hablar de *jurisprudencia* es ininteligible, pero que era inteligible hablar de un libro de jurisprudencia.

A diferencia de la jurisprudencia, según Bentham, una ley es una entidad real.22 La frase *una ley* , al menos, podría ser explicada por definición en lugar de por paráfrasis. Una ley es una expresión sensata de voluntad comunicada por un soberano y respaldada por una amenaza de dolor.23 Bentham pensó que era un gran avance mantener la atención centrada en el dolor y el placer que acompañan a la ley (en sus diversas formas, en diversos momentos y en diversas comunidades).

La definición de *derecho de Bentham* es profundamente errónea, y sus exposiciones del *deber* y *el derecho* me parecen que reemplazan el derecho y el deber por

relaciones diferentes: la responsabilidad de sufrir dolor y el poder de infligir dolor. Mucha gente ha objetado a Bentham por esos motivos. Sin embargo, Bentham pensaba que su exposición era correcta en cuanto al significado de las palabras. ¿Cómo podía Bentham pensar que tenía razón sobre el deber debido al sentido original, ordinario y apropiado de la palabra *deber* ?

(p. 943) 2.2 El velo del misterio y el "sentido apropiado" de las palabras La implicación del enfoque lingüístico de Bentham es que nadie que esté en desacuerdo con su teoría del deber conoce el significado de la palabra *deber* . Eso sería absurdo, incluso si su teoría fuera correcta. La explicación de este absurdo es que, si bien Bentham era un filósofo lingüístico, no era un filósofo del lenguaje ordinario; es decir, no intentó resolver problemas filosóficos señalando las formas en que se usan las palabras ordinariamente. Pensaba que el lenguaje en el que la gente había intentado expresar su comprensión de la ley carecía en parte de sentido y en parte de significado.

diseñado (debido a su 'pobreza y estado inestable')24 para el trabajo analítico.

El ingenio de los primeros autores del lenguaje... ha arrojado una especie de velo de misterio sobre la faz de todas las ciencias, y sobre ninguna más espeso que sobre la de la jurisprudencia... Sin embargo, debemos haber aprendido en cada ocasión cómo atravesarlo a nuestro antojo antes de poder obtener una percepción clara del estado real de las cosas.25

El lenguaje es importante para la jurisprudencia porque la gente lo usa de maneras tan erróneas que un jurista necesita entender qué está sucediendo realmente y qué es apropiado llamar *ley* .

El seguidor de Bentham, John Austin, adoptó su noción del sentido propio de las palabras y utilizó la frase "propiamente llamado así"26 como un marcador metodológico central en su teoría del derecho. Austin da sólo un fragmento de una explicación de la noción. Dice que un término se utiliza "propiamente" cuando se aplica a algo que tiene "todas las propiedades que pertenecen

universalmente a la clase". Cuando algo posee "sólo algunas de las propiedades que pertenecen universalmente a la clase", el nombre lo denota "impropiamente o analógicamente".27 Esta explicación pretende mostrar qué hace que el uso propuesto de un término sea "adecuado", pero flagrantemente plantea la cuestión. La frase "la clase"

supone la conclusión que necesita ser justificada: que existe una clase, cuyos miembros comparten todas las mismas características relevantes, a la que es (exclusivamente) apropiado aplicar el término. Sin embargo, esa laguna en los fundamentos de la jurisprudencia benthamita podría haberse llenado. Bentham y Austin podrían haber explicado qué

En realidad, lo que dicen sólo tiene sentido si se supone que la importancia del dolor y el placer hace que sea adecuado utilizar *la ley* en la forma en que ellos proponen. Entonces, lo que está mal en su teoría es (1) su evaluación de los principios según los cuales las personas actúan y deberían actuar, y (2) su prejuicio vitriólico de que el uso de términos por parte de personas que no comparten su evaluación es un parloteo sin sentido.

Una explicación benthamita más completa del sentido adecuado de las palabras podría ser la siguiente: es adecuado aplicar un término a una clase si al hacerlo se le da al término un sentido claro en referencia a objetos sensibles y se adapta a la concepción utilitarista del valor **(p. 944)** . Si no es posible hacer eso para una expresión, entonces la expresión *tiene Sin* sentido propio.

Bentham tenía una explicación para el uso de expresiones que no tienen sentido propio.

2.3 Usos expresivos de las palabras

Hemos visto que Bentham pensaba que los términos para entidades reales (como *una ley*) pueden explicarse por definición.

Los términos abstractos (como *el deber*), que no nombran objetos sensibles, sólo se relacionan con entidades reales. Al señalar las relaciones, podemos exponerlas mediante paráfrasis. Así, *el derecho* y *el deber* pueden exponerse mediante paráfrasis en la medida en que se refieren a derechos y deberes *legales* . La amenaza del soberano de infligir dolor les confiere una relación inteligible con entidades reales.

Sin embargo, sólo se puede hacer hasta cierto punto. Si no se puede encontrar tal relación, el teórico debe exponer un término como un sinsentido. Así, por tomar un ejemplo famoso, Bentham dijo que "los derechos naturales son un simple sinsentido: los derechos naturales e imprescriptibles, un sinsentido retórico; un sinsentido sobre zancos". 28 Los zancos son la imprescriptibilidad; el sinsentido es la falta de una relación inteligible con el dolor, el placer o cualquier otra emoción o sustancia física. Los derechos naturales ni siquiera tienen una relación con los objetos sensibles, por lo que el término *derecho natural* no puede ser expuesto, y eso significa que la noción misma es un sinsentido. Las oraciones que utilizan las palabras *derechos naturales* no pueden traducirse en oraciones inteligibles. La explicación de Bentham para el uso de tales tonterías fue la siguiente: Si digo que un hombre tiene un derecho natural al abrigo o a la tierra —todo lo que puede significar, si es que significa algo y es verdad, es que soy de la opinión de que debería tener un derecho político a ello; que por los servicios apropiados que le prestan en ocasiones los funcionarios apropiados del gobierno, debería estar protegido y seguro en el uso de ello: debería ser así— es decir, la idea de que sea así me agrada—.

La idea del resultado opuesto es desagradable.29

Considere lo siguiente:

1. Tiene derecho natural al abrigo.

2. Me agrada la idea de que tenga derecho político al abrigo.

Bentham se equivoca, aunque sólo sea porque (1) no puede significar lo mismo que (2). Al menos, (1) no puede

significar lo mismo que (2) en el sentido en que el lenguaje significa algo. (2) puede ser la fuerza de una expresión de (1) —lo que me agrada podría ser evidente a partir del hecho de que pronuncié (1).

Parece que Bentham considera que los enunciados puramente normativos (en cuanto a lo que se debe hacer, considerando todas las cosas) son usos de oraciones *sin sentido para expresar lo que* **(p. 945)** agrada al hablante. Sin embargo, Bentham se equivoca entre expresivismo y utilitarismo: dice que tiene sentido decir que una acción *se debe* hacer, o que es *correcta* , o que no es *incorrecta* , si lo que se quiere decir es que es "conforme al principio de utilidad". "Cuando se interpretan así, las palabras " *debería*" , "*correcto* " e "*incorrecto* " y otras de ese tipo tienen un significado; cuando no lo tienen, no lo tienen ". 30

De modo que la palabra *debería* tener un significado, pero sólo en relación con objetos sensibles: dolor y placer. Las teorías no utilitaristas no sólo son falsas, sino que son tonterías que utilizamos para expresar nuestros sentimientos de dolor y placer o para buscar el placer.

Bentham prefiguró la filosofía lingüística del siglo XX. La paráfrasis anticipó los métodos de análisis del siglo XX. Su noción del sentido propio de una palabra fue una anticipación inarticulada de la metodología del siglo XX en la jurisprudencia. Y su teoría expresiva del significado de los enunciados normativos puros (aunque no era consistente) anticipó los intentos del siglo XX de utilizar el lenguaje para explicar la normatividad del derecho. Todas estas innovaciones se desarrollan en la obra de Hart; la última innovación es el error más importante en la interesante historia del derecho y el lenguaje.

El desprecio y el desdén eran las actitudes características de Bentham hacia la ley y el lenguaje: un desprecio cegador por el derecho consuetudinario, por William Blackstone y por el lenguaje de la ley. Sin embargo, también sentía desprecio por cualquiera que no estuviera interesado en la ley y el lenguaje, cualquiera "en cuya estimación el beneficio de comprender la ley y el lenguaje fuera injusto".

Está claro que lo que dice no merece la pena.31

3 Hart sobre los usos de las palabras

En este campo de estudio es particularmente cierto que podemos utilizar, como dijo el profesor JL Austin, "una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos".32

Hart desenterró e iluminó las contribuciones de Bentham a la jurisprudencia, pero no cayó en sus extravagantes errores. No compartía el desprecio de Bentham por el lenguaje de la ley y adoptó un enfoque muy diferente al de éste. Mientras que Bentham quería exponer el lenguaje jurídico de una manera que desacreditara las autoconcepciones de los abogados, Hart quería resolver los problemas jurisprudenciales arrojando luz sobre esas autoconcepciones. *Dilucidar* era la palabra favorita de Hart. Adoptó un enfoque del lenguaje que era bastante opuesto al de Bentham, a pesar de todo lo que compartían. Podemos llamarlo "el principio del valor nominal **"** : es la opinión de que podemos entender las prácticas de las personas (y resolver los enigmas filosóficos sobre ellas) si entendemos el lenguaje que las personas usan desde su propio punto de vista. «Lo que se necesita», dijo Hart, «es un método “hermenéutico” que implique retratar el comportamiento gobernado por reglas tal como aparece ante sus participantes».33

¿Qué frutos dio la preocupación de Hart? En su conferencia inaugural en la Universidad de Oxford, Hart hizo algunos comentarios entusiastas pero oscuros sobre el lenguaje.34 En su obra en su conjunto creo que podemos identificar cuatro ideas importantes sobre la naturaleza del lenguaje con las que Hart trató de dilucidar la naturaleza del derecho. Me referiré a ellas como (1) *el contexto* (2) *el principio de diversidad ,* (3) *la vaguedad* y (4) *los usos performativos del lenguaje* . Los principios (1) y (4) fueron desarrollados por Bentham; el (3) no fue especialmente

importante para Bentham, y su teoría se ve socavada por su falta de atención al principio (2).35

Los tres primeros principios son importantes para la teoría jurídica, pero es un error peligroso pensar que el cuarto lo es. Comenzaré describiéndolos uno por uno y analizaré las críticas de Dworkin, Finnis y Raz sobre la forma en que Hart utilizó cada uno de ellos. Wittgenstein analizó cada una de estas cuatro ideas de forma provocativa y Hart quería poner en práctica su obra; de hecho, podemos introducir cada principio con una observación de Wittgenstein.

3.1 El principio de contexto

Podemos decir: *nada* se ha hecho hasta ahora cuando se ha nombrado una cosa. Ni siquiera ha *recibido* un nombre, salvo en el juego del lenguaje. Esto es lo que Frege quiso decir también cuando afirmó que una palabra tenía significado sólo como parte de una oración.36

(Wittgenstein)

Ésta es la formulación que hace Wittgenstein del principio señalado por primera vez por Bentham y respaldado por Gottlob Frege.37

Este principio fue importante para Frege por su innovadora asociación del significado con el valor de verdad de las proposiciones; para Wittgenstein **(p. 947)** fue importante por su visión de los usos de las palabras como movimientos en varios juegos de lenguaje y su asociación del significado con el uso.

La formulación de Frege del principio es falsa. Los estantes de los supermercados y las guías telefónicas están llenos de ejemplos de palabras que se usan con sentido sin ninguna oración. Pero lo que da significado a esas palabras en esos contextos es lo que las hace útiles para decir cosas, y el principio del contexto debe interpretarse como algo que lo señala. El significado de una palabra es lo que la hace útil para formar las oraciones con las que la gente hace enunciados; si una palabra fuera inútil para ese propósito, no tendría sentido. Bentham y Frege exageraron la

importancia de las oraciones. Es el contexto de un *enunciado* lo que le da significado a una palabra. Una palabra tiene significado solo en la medida en que puede usarse en enunciados, y para recordarnos el significado de una palabra (o para explicárselo a alguien) generalmente es útil señalar enunciados o tipos de enunciados en los que se usa de manera característica.

Una palabra no puede ser entendida sin entender qué es y qué se puede hacer con ella. La palabra *prune* puede ser un sustantivo que significa *ciruela seca* , o un verbo que significa *podar* . Como los orígenes de cada una son diferentes, y los significados son tan diferentes, y ni siquiera son la misma parte de la oración, deberíamos decir que hay dos palabras diferentes, *prune* y *prune* , que son meros homónimos (es decir, iguales en sonido y ortografía, y no iguales en ningún otro sentido). Sin embargo, aquí hay una oración que no diferencia: *¡Prune!* No puedes entender el significado de la oración a menos que Página 7 de 25

Derecho y lenguaje

Entiendes el contexto del enunciado, lo que normalmente te dirá si alguien está pidiendo una ciruela seca o diciéndole a alguien que la corte. Como dijo JL Austin, "El acto de habla total en la situación de habla total es el *único* "El fenómeno *real* que, en última instancia, nos esforzamos por dilucidar". El significado de un enunciado depende de diversas maneras del contexto: de la situación del hablante y de cualquier oyente. Y las palabras no tienen significado excepto en la medida en que son útiles para los hablantes y los oyentes.

Vimos la importancia del principio de contexto para Bentham: respaldó su técnica de paráfrasis, y lo utilizó para desacreditar la noción de derechos naturales y cualquier teoría del derecho que no definiera toda la multitud de términos para pseudoentidades jurídicas traduciendo oraciones que los usaban en oraciones que usaban términos para "entidades reales".

Hart también lo utilizó para explicar el significado de los términos jurídicos, pero en su obra se convierte en una forma del principio del valor aparente: si observamos las

afirmaciones que la gente hace con un término problemático, si podemos encontrarles sentido, tendremos una visión clara del significado del término. Esta técnica se tomó prestada de la filosofía del lenguaje ordinario, pero ha sobrevivido a ella, y explica cómo Hart utilizó el principio del contexto para desarrollar una visión del lenguaje contraria a la de Bentham.

Hart ofreció una visión de sentido común sobre la personalidad de las corporaciones. Sostuvo que era un error centrarse en la palabra *corporación* y preguntarse qué tipo de cosa representaba. Trazó una analogía con el término *trick* en juegos como el bridge y el euchre. Supongamos que usted se encuentra confundido acerca de qué *es un trick* y solo puede pensar que debe ser una especie de entidad extraña. Simplemente pregunte cuándo es cierto decir que alguien **(p. 948)** ha hecho un trick y pregunte cuáles son las consecuencias de hacer un trick. Entonces sabrá qué significa *trick* , porque tendrá una visión clara de su uso.

El error básico que Hart pretende eliminar es la idea de que el significado de una palabra (o al menos el significado de un sustantivo) debe ser un objeto, para el cual la palabra es una etiqueta. *Apple* es una etiqueta para manzanas, según esta perspectiva, y *right* es una etiqueta para derechos; pero los derechos no tienen color y no se pueden pelar ni morder, por lo que deben existir en un plano diferente al de las manzanas. Hart pensaba que era un error importante poner los derechos o las corporaciones en ese plano. Y pensaba que era un error fácil de cometer debido a "la gran anomalía del lenguaje legal: nuestra incapacidad para definir sus palabras cruciales en términos de contrapartes fácticas ordinarias".38

Fue un desliz extraño por parte de Hart llamar a eso una anomalía del lenguaje legal. Creo que refleja falta de atención más que un error de concepto profundo, porque ilustró el rasgo con la palabra *trick (truco)* . El rasgo no distingue al lenguaje legal y no es una anomalía en ningún sentido. Ni siquiera es una peculiaridad del lenguaje de las actividades regidas por reglas.39 Todo sustantivo abstracto tiene el mismo rasgo: pensemos en *trick* en los sentidos que tiene fuera de los juegos. Pensemos en palabras más

abstractas como *ability (capacidad), doubt (sospecha*) o *love (amor)* . Pero los sustantivos concretos también tienen el mismo rasgo: pensemos en la palabra *plate (plato*).40 Hay platos de varios tipos (plato de comida, plato de oro, plato de libros, placa tectónica...) pero no son platos de varios tipos.

'contrapartes factuales' de la palabra *plato* . La noción de una contraparte factual sugiere que la palabra es una etiqueta, como si, cuando le pido un plato, no tuviera nada que hacer más que encontrar lo que lleva la etiqueta. De hecho, para satisfacer mi pedido, necesita hacer juicios evaluativos relevantes para la situación actual de las diferentes maneras en que diferentes objetos pueden ser llamados apropiadamente 'platos'. Esos juicios pueden ser muy sencillos, en algunos contextos, pero siempre es muy engañoso pensar en la palabra *plato* como una etiqueta para platos. Tal vez *todos* los sustantivos concretos tengan la misma característica: incluso *manzana* no es una etiqueta para manzanas, aunque la misma cosa que hace que la palabra sea útil en varios enunciados también la hace útil para hacer etiquetas. El significado de una palabra no es un objeto al que representa, sino una manera (o una variedad de maneras) de usarla. Por lo tanto, el principio del contexto no es una característica anómala del lenguaje legal, sino que señala una característica muy importante de palabras tan diversas como *derecho, truco, amor, plato* y *manzana* .

¿Qué importancia tiene el principio de contexto para la teoría jurídica? *Puede* ser útil para aclarar conceptos erróneos (por ejemplo, el último Wittgenstein lo utilizó como parte de su ataque a los conceptos erróneos sobre el lenguaje que afligían al primer Wittgenstein). Pero una limitación del enfoque de Hart es que, aunque el razonamiento que sustenta el principio de contexto es sólido, puede resultar superfluo. No se trata sólo de que usted descubra que no necesita **(p. 949)** pensar en la naturaleza de las corporaciones. Incluso si lo hace, es posible que no empiece por sufrir la idea errónea de que la palabra *corporación* debe representar algún tipo de objeto que difiere de las manzanas en aspectos espeluznantes.

¿Qué importancia tienen en la teoría jurídica los conceptos erróneos que Wittgenstein necesitaba aclarar? Hart dice que, a pesar del salto adelante de Bentham, "los juristas han seguido insistiendo en palabras aisladas"4.

1 pero no identifica el

culpables. El principio de contexto sería útil si encontráramos a alguien que pensara que, por ejemplo, *la ley* es una etiqueta para algo como una manzana, pero no crujiente y roja. No conozco a ninguna persona así, aunque puede ser que algunos 42

Los autores que han escrito sobre la personalidad de las corporaciones han sufrido una enfermedad análoga.42

Irónicamente, el uso más importante que podemos darle al principio de contexto es contra personas como Bentham.

Bentham no pensaba, por ejemplo, que *la jurisprudencia* representara un objeto extraño. Pensaba que, *puesto* que no representa un objeto sensible, representa un objeto ficticio y, por lo tanto, carece de sentido a menos que pueda asociarse a una palabra significativa como *libro* . Y la palabra *derecho* carece de sentido fuera de los sistemas jurídicos que le dan una relación inteligible con el dolor y el placer que siguen al uso de la fuerza. Hart, por el contrario, señala que una palabra no carece de sentido sólo porque no represente un objeto sensible. Mientras que Bentham sostenía que los términos jurídicos abstractos carecen de sentido porque no hay objetos para los que sean etiquetas, Hart seguía a Wittgenstein al pensar que las palabras no son etiquetas. Su significado está determinado por las reglas para su uso, y no por el hecho de que estén vinculadas a objetos. De modo que Hart, por ejemplo, no tenía una teoría ficticia de los derechos, porque no pensaba que una palabra como derecho deba representar ni un objeto sensible ni un objeto ficticio.

Tal vez el principio del contexto sólo sea útil para aclarar conceptos erróneos, pero son conceptos erróneos importantes, tanto en la práctica jurídica como en la teoría jurídica. El principio del contexto es crucial para los abogados. Si lo ignoran, pueden hacer un desastre con las palabras utilizadas en la legislación, o en la expresión de la *ratio* en un precedente, o en un instrumento jurídico. Y la sentencia a veces ofrece al tribunal una palabra en bandeja, de una manera que puede alentar al juez a ignorar el contexto. Toda técnica sensata de interpretación jurídica incluye una versión del principio del contexto. 43 El contexto **(p. 950)** puede incluso indicar cuándo alguien como la señora Malaprop quiso decir algo distinto de lo que dijo. 44

Este principio también es crucial para los teóricos que intentan sacar provecho de sus propios términos teóricos. Es un principio que no necesita expresarse, simplemente no debe ignorarse, pero es tan importante que vale la pena enunciar.

El papel que debe desempeñar en la comprensión de los términos teóricos está muy estrechamente vinculado al papel del principio de diversidad, y valdrá la pena discutirlos juntos.

3.2 El principio de diversidad

... si observas [los juegos] no verás algo que sea común a todos, sino similitudes, relaciones y toda una serie de ellas... vemos una red complicada de similitudes que se superponen y se entrecruzan: a veces similitudes generales, a veces similitudes de detalle.45

(Wittgenstein)

Hart dijo que era dogmático pensar que debe haber una característica común o un conjunto de características que algo debe tener para que se le aplique un término,46 y se basó tanto en la observación de Wittgenstein sobre los juegos como en el sugerente término "parecidos de familia", que Wittgenstein utilizó para las similitudes que se dan entre instancias de un término como *juego* o *lenguaje* . Esas instancias pueden tener una variedad de

características que respaldan la aplicación del término de diferentes maneras, en lugar de un conjunto cerrado de características, todas las cuales solo ellos comparten.

La diversidad de los motivos de aplicación de las palabras está inextricablemente vinculada al principio de contexto: las variaciones en los contextos hacen que sea apropiado extender la aplicación de una palabra de diversas maneras debido a diversas similitudes. El contexto en el que se usa una palabra puede dejar en claro qué consideraciones son relevantes (o particularmente relevantes) para su aplicación en un contexto particular. Una palabra puede tener un único motivo claro de aplicación que varía con el contexto (por ejemplo, *alto*), o puede haber una variedad de consideraciones que sean relevantes en diferentes contextos para la aplicación de una palabra. *Padre* como **(p. 951)** se usa en un prospecto escolar se aplicará a cualquier persona con cuidado y control de un niño, y no se aplicará a un padre o madre biológicos que no tienen cuidado y control; como se usa en un texto de genética, *padre* se aplicará solo a la madre y al padre biológicos.47 Podríamos decir que, en el caso estándar, un padre es el padre o la madre biológicos y también tiene cuidado y control. La paternidad biológica y el cuidado y control de los niños son dos motivos diferentes de aplicación de *padre* ; El caso central de un padre unifica esos motivos.

Parece que debe haber alguna unidad inteligible en los fundamentos de aplicación de una palabra. De lo contrario, no hay una palabra, sino dos meros homónimos, como *prune* y *prune* . Debemos ser capaces de atribuir unidad a los fundamentos de aplicación de una palabra, si queremos explicar la noción de que, por ejemplo, *parent* es una palabra (con varios sentidos), mientras que *prune* tiene dos. Utilicemos el término *sentido* para un aspecto del significado de una palabra; yo llamaré a un término

Unívoco si existe un patrón unificador para sus sentidos (de modo que sean aspectos de un significado único). La noción de unívoco es vaga, porque hay una variedad de formas en las que las similitudes entre instancias de un término podrían unificarse

Sus sentidos, más o menos. Los sentidos de *prune* no están relacionados; los sentidos de *bank* están relacionados, pero tan remotamente que diríamos que es equívoco; no sé, por ejemplo, los sentidos de *trick* . Pero *game* y *parent* son claramente unívocos.48

Wittgenstein sugirió que no existe una razón unificadora para la red de similitudes entre los juegos.49 Pero en ese caso, ¿cómo podemos concebir el *juego* como unívoco (como *padre*), en lugar de equívoco (como *ciruela pasa*)? Creo que deberíamos decir que es posible dar cuenta de un patrón para las similitudes.50 Hay principios para la extensión del término. En la medida en que las observaciones de Wittgenstein sobre las semejanzas de familia sugirieron que no existen tales principios, pierden de vista un punto que Wittgenstein, entre todas las personas, debería aceptar: que podemos dar sentido a las formas en que las personas usan las palabras y explicar su significado.

¿Qué lugar debe tener el principio de diversidad en la teoría jurídica? Hart utilizó el principio en sus observaciones sobre interpretación y arbitraje, y también (de manera más deliberada) al analizar el método en la jurisprudencia. Es necesario tener presente la diversidad de bases de aplicación de los términos si queremos entender la forma en que la legislación crea derechos y deberes, y si queremos darle sentido al arbitraje. El ejemplo jurídico más importante del principio de diversidad es la palabra *razonable* , y Hart menciona su uso para crear un "estándar variable", cuyo contenido puede ser especificado por los tribunales si existe una doctrina de precedentes.5

1 En cualquier ámbito en el que las doctrinas jurídicas impongan

Un estándar de razonabilidad, una variedad de consideraciones serán relevantes para la razonabilidad de formas de conducta; el estándar varía con el contexto, pero en cualquier contexto particular **(p. 952)** , la cuestión de si alguien ha actuado razonablemente es probable que gire en torno a una variedad de consideraciones. La unidad en el concepto de razonabilidad no es nada menos abstracto que

la noción de que, en algún contexto, una consideración práctica podría exigir atención. Pero el principio de diversidad es importante no sólo en el caso de tales abstracciones extremas. Al igual que el principio de contexto, el principio de diversidad es crucial para la interpretación legal, y casi cualquier caso interesante sobre la interpretación de palabras ofrece un ejemplo.

Hart también pensaba que el principio de diversidad era crucial para el método en la jurisprudencia, porque se aplica tanto a los términos jurisprudenciales como a los términos utilizados en el derecho. Al intentar dilucidar el concepto de derecho, resistió un impulso al que supuestamente sucumbieron Austin, Bentham y Kelsen: el impulso de encontrar "las cualidades comunes que se consideran la *única* razón respetable para usar la misma palabra para muchas cosas diferentes". 52 En cambio, Hart recomendó que el teórico identificara un enigma particular sobre el derecho que pudiera preocupar a alguien y luego señalara aquellas características de los casos centrales del derecho que necesitamos recordar para resolver el enigma. John Finnis ha ofrecido una importante elaboración del método de "casos centrales" de Hart.

Finnis: La multisignificación sistemática de los términos teóricos

Wittgenstein no fue el primero en señalar la variedad de similitudes entre los casos de términos generales. Aplicó al lenguaje en general un punto que Aristóteles había hecho sobre términos que para él eran tanto palabras ordinarias como términos filosóficos, como *amistad* y *salud* . Aristóteles señaló que tales palabras no se aplican por *mera* homonimia (como *ciruela pasa*); sus casos son homónimos en razón de varias relaciones de analogía entre los motivos por los que la palabra se aplica a cada uno.53 Finnis se basó en las observaciones de Aristóteles para elaborar el método de "casos centrales" de Hart de una manera que requiere una explicación de la diversidad de motivos de aplicación de un término como *ley* , y una justificación de la técnica del teórico para "seleccionar conceptos".54 Argumentó que un teórico podría hacer algo útil a partir de términos teóricos como *ley* solo prestando atención a las formas en que su aplicación podría

explicarse por relaciones de analogía: en su "significado focal", el término se aplica a "casos centrales"; El trabajo del teórico es descubrir «el “principio o fundamento” sobre el cual el término general (“constitución”, “amigo”, “ley”...) se extiende desde los casos centrales a los más o menos limítrofes, desde sus significados focales a sus significados secundarios».5

5 El objetivo es entonces

'explotar la multisignificación sistemática de los propios términos teóricos', dando una explicación completa de los casos centrales que permita entender los casos periféricos *como* periféricos.

Dos características de este enfoque son importantes para entender el papel que Finnis propone para el lenguaje en la teoría jurídica: (1) las peligrosas metáforas de los casos *centrales* **(p. 953)** y el significado *focal* , y (2) la afirmación asociada de que todos los juicios sobre la explicación y aplicación de términos teóricos se basan en juicios evaluativos.

(1) Casos centrales y principio de contexto

El énfasis de Finnis en el significado focal desarrolla el principio de diversidad de una manera que resulta útil para el propósito que compartía con Hart: evitar la búsqueda paralizante de "una cosa en común". Sin embargo, el enfoque parece buscar "una

cosa común', en las características de un caso central. Finnis aprueba una observación de Hart, de que 'la extensión de los términos generales de cualquier disciplina seria nunca carece de su principio o razón de ser'.56 Pero *la extensión* es ambigua entre lo general y lo particular: Hart puede haber estado diciendo (i) que para cada término teórico, hay un principio que une todo a lo que se aplica, o (i) que siempre hay un principio para una extensión de un término a cualquier estado de cosas particular. En el contexto parece que Hart quiso decir (i), y esa es ciertamente la afirmación más cautelosa; (i) da por

sentado que el término es unívoco. Las metáforas 'central' y 'focal' sugieren que hay *una* cosa común: una relación (más cercana o más distante) con un solo paradigma cuyas características definen lo que es característico. Finnis parece sugerir que, para comprender un término, se debe identificar una instancia (o un tipo de instancia) como paradigmática, e identificar cualquier cosa que sea significativamente diferente como solo periférica y una instancia del término. Sin embargo, por ejemplo, el ajedrez y el rugby son ambos juegos, y son muy diferentes en aspectos importantes, y sin embargo, ninguno es un juego más central que el otro.

Pensemos en el término *padre* . Ciertamente, hay contextos en los que el caso central de un padre es a la vez una madre o un padre biológico y tiene el cuidado y el control de un niño, y en esos contextos, un padrastro o una madre biológica sin cuidado ni control es un padre sólo en un sentido periférico. Y los diferentes sentidos de *padre* están obviamente unificados por la importancia en tantos contextos del hecho de que los padres biológicos característicamente tienen el cuidado y el control. Sin embargo, en genética, no hay nada *más central* en el padre con cuidado y control. Y aunque hay buenas razones para decir que, en *abstracto* , el caso central de un padre es un padre biológico *y* tiene el cuidado y el control del niño, no hay un caso central, en ese sentido, de un juego.

Así pues, para poder juzgar qué casos son centrales y cuáles son periféricos, un teórico debe apreciar el contexto en el que se plantea la pregunta. Y el teórico no debe suponer que es posible dar una explicación general y basada en principios de la extensión de un término ((i) arriba), ni sugerir, como Wittgenstein, que no es posible. Es una cuestión abierta en un estudio del uso de las palabras por los teóricos y por la gente en el discurso ordinario. Tenemos que recordar el hecho que subyace a las ideas de Aristóteles: que el uso del lenguaje es creativo, no sólo porque nos permite hablar metafóricamente y alegóricamente, sino porque la gente da significado a los términos (incluso significado no figurativo), debido a las similitudes en las características de las cosas de las que hablan. Debido a esa forma característica de creatividad en el uso **(p. 954)** del lenguaje, lo que se dice por medio de

una forma de palabras puede depender de relaciones de semejanza entre las cosas a las que se usa (y se puede usar) una palabra para referirse.

En cuanto a los teóricos, su uso de términos teóricos es un ejemplo de uso creativo del lenguaje, y tienen cierta libertad: pueden "seleccionar sus conceptos", como dice Finnis. De hecho, necesitan hacerlo. Para ellos, identificar un principio que una las instancias de sus términos teóricos es una meta que perseguir. Deben "seleccionar conceptos" no porque, como pensaba Bentham, las palabras abstractas del lenguaje ordinario sean en su mayoría sin sentido, sino porque esas palabras tienen su aplicación en el terreno de una red tan diversa de analogías de diferentes tipos, que se requiere un juicio crítico cuidadoso para discernir qué formas de extender el término son útiles para los propósitos del teórico.

John Austin pensaba que los usos analógicos de términos teóricos son usos impropios; Finnis adopta la visión de Aristóteles de que las extensiones analógicas de los términos son una parte básica del significado apropiado de los términos, de modo que la cuestión de qué analogías fundamentan la aplicación adecuada de un término es una cuestión central para el teórico.

No es incoherente con nada de la obra de Finnis decir que el principio de diversidad se basa en el principio de contexto.

Tal vez esto esté implícito en su explicación de la importancia de la selección del punto de vista por parte del teórico, y en esa explicación se asigna un papel crítico a los juicios evaluativos en la teoría jurídica.

(2) Evaluación y significado de los términos teóricos

Finnis concluye que el significado que los teóricos dan a sus términos teóricos presupone juicios de valor. En este sentido, también podemos decir lo mismo del lenguaje del derecho y del lenguaje de la teoría jurídica.

Si tengo algunas de las características de un padre y no otras, un tribunal no puede decidir si tengo algún derecho

o deber que la ley otorga a los "padres", sin preguntar el propósito de la ley. En cierto modo, soy un padre y, en cierto modo, no lo soy. El tribunal no puede simplemente preguntar "¿Es él el padre del niño?" sin preguntar qué sentido de *padre* es relevante para los propósitos de la ley, porque esa pregunta tiene una variedad de respuestas que corresponden a la diversidad de características de los padres. No se puede llegar a un buen resultado en un caso así sin juzgar las razones por las que, en esa área de la ley, se deben atribuir derechos y deberes a los padres. Un tribunal decidido a no cambiar las normas, sino sólo a darles efecto, todavía necesita decidir qué visión de los propósitos de la ley daría mejor sentido a las fuentes del derecho.

De manera similar, en el uso de términos teóricos, el teórico necesita evaluar el tema para juzgar cómo los términos de una teoría permiten establecer distinciones importantes y no establecer distinciones engañosas. Finnis se opone a los métodos de Bentham y Austin con más dureza que Hart; dice que no ofrecían justificación para sus definiciones. En esa forma simple, la acusación parece injusta: los materiales para una justificación se encuentran aquí y allá en la obra desordenada de Bentham. Él habría estado ansioso por responder al requisito metodológico de Finnis de "atención al **punto** práctico": consideró que sus definiciones y paráfrasis exponían sus términos teóricos en su "sentido apropiado", porque era apropiado que el teórico (i) restringiera la atención a los objetos sensibles, para decir algo claro, y (i) centrara la atención en el dolor y el placer, para explicar lo que importa. La objeción de Finnis (como lo demuestra su trabajo) debería ser que la noción empirista de claridad de Bentham es incoherente y que su concepción utilitarista del valor toma fragmentos de lo que importa a los seres humanos y los distorsiona.

Aparte de esas objeciones a las evaluaciones de Bentham, sin embargo, también hay razones para pensar que el propio requisito de evaluación por parte del teórico es fatal para la concepción de Bentham de la jurisprudencia. El

significado de los términos ordinarios y teóricos se basa en presuposiciones evaluativas en cuanto a qué similitudes entre particulares *merecen* ser tratadas como justificantes de la aplicación de un término. Esto significa que incluso una filosofía que exponga el significado de todos los términos por referencia a nombres de entidades reales se basará en los juicios evaluativos presupuestos por el uso de términos para entidades reales. El requisito metodológico de claridad de Bentham sólo oscurece el papel de los juicios evaluativos que dan contenido a los términos más claros y sensatos.

3.3 Vaguedad

¿Cómo se delimita el concepto de juego? ¿Qué sigue contando como juego y qué ya no? ¿Puedes indicar el límite? No. Puedes *trazarlo* , porque hasta ahora no se ha trazado ninguno. (Pero eso nunca te preocupó antes cuando utilizaste la palabra "juego"). 57

(Wittgenstein)

Es importante que Wittgenstein utilizara la palabra *juego* para ilustrar tanto la vaguedad como lo que él llamaba "parecidos de familia". Ambos están relacionados. Una palabra es vaga si hay casos en los que no está claro (incluso cuando conocemos el significado de la palabra y los hechos de la situación) si la palabra se aplica o no. Incluso cuando sabemos qué edad tiene una persona, puede que no esté claro si es cierto decir que es un niño. La palabra *juego* es vaga, en parte, porque hay una variedad de formas en las que las actividades pueden ser más o menos como juegos: varias consideraciones son relevantes para la cuestión de si alguna actividad es un juego o no (así como hay una variedad de consideraciones relevantes para la cuestión de si alguna persona es un niño). La imagen de la vaguedad como una franja de imprecisión es engañosa porque puede no estar clara no sólo:

• en qué medida una actividad se asemeja a un juego paradigmático en algún aspecto particular, pero también

(p. 956) • qué actividades son juegos paradigmáticos, qué tipos de semejanzas son relevantes y cómo se relacionan

esas semejanzas entre sí.

En consecuencia, es engañoso pensar en la vaguedad como falta de claridad en cuanto a dónde se encuentra un punto divisorio en un espectro. Hart habló de la vaguedad como el rasgo de las palabras cuya aplicación es clara en algunos casos (en lo que Hart llamó el "núcleo") y poco clara en otros (la "penumbra").58 Incómodo con esa metáfora, utilizó otra, la "textura abierta", que deberíamos considerar como la jerga de Hart para la vaguedad.59

Hart señaló la vaguedad del derecho para reforzar su explicación del derecho de un país como un sistema de reglas, al desactivar el escepticismo que señala que las reglas no siempre determinan un resultado. Sus observaciones sobre la textura abierta fueron su principal contribución a la teoría de la adjudicación.60 Y aquí, al menos, la importancia para la jurisprudencia de una comprensión del lenguaje es clara e innegable, si Hart tiene razón sobre el lenguaje.

Pensaba que el derecho ofrece un marco de orientación sobre una amplia gama de cuestiones de conducta, pero que también deja mucho que desear. Y consideraba que ese era un hecho importante en el derecho (y no sólo en el derecho inglés de 1962, por ejemplo).

En todo sistema jurídico se deja abierto un amplio e importante campo para el ejercicio de la discreción por parte de los tribunales y otros funcionarios al hacer que los estándares iniciales, aunque vagos, resulten determinantes, al resolver las incertidumbres de los estatutos, 61

o en el desarrollo y calificación de reglas comunicadas sólo ampliamente por precedentes autorizados.61

La teoría del derecho y la adjudicación de Ronald Dworkin se ha opuesto tenazmente a esa visión. El debate plantea una cuestión importante sobre el derecho y el lenguaje: ¿cuál es la relación entre el lenguaje en el que se formula el

derecho y los derechos y deberes que el sistema jurídico otorga e impone?

Dworkin y la vaguedad

Dworkin se oponía a la idea de que la posición jurídica de los litigantes pudiera quedar a discreción de los jueces. Hart pensaba que cuando un juez ejerce la "discreción que le deja el lenguaje..., la conclusión, aunque no sea arbitraria o irracional, es en efecto una elección".62 En opinión de Dworkin, los jueces no deberían tener una elección: deberían identificar los derechos de las partes y hacerlos cumplir. Sostuvo que la opinión de Hart ofrece una imagen *poco atractiva* de la ley, porque si los jueces deciden los derechos de las personas sobre bases no jurídicas, no están tomando en serio los derechos de las partes.63 Están ordenando de manera antidemocrática y retroactiva la amenaza o el uso de la coerción estatal de una manera que no está permitida por la ley.

(p. 957) Dworkin también sostuvo que Hart da una imagen *inexacta* del papel del lenguaje en el derecho: necesitamos "discriminar entre el hecho y las consecuencias de la vaguedad". Las reglas de interpretación podrían eliminar la vaguedad, por ejemplo, al exigir que la regla se aplique sólo a casos en "el núcleo indiscutible del lenguaje".64 De esta forma, el argumento de Dworkin contra la opinión de Hart falla. En primer lugar, puede haber o no tales reglas.

Estas reglas son comunes en algunas áreas del derecho penal, pero no hay ninguna que se aplique, por ejemplo, a la mayoría de las doctrinas de razonabilidad en el derecho privado. En segundo lugar, estas reglas de interpretación pueden reducir la discreción judicial, pero no pueden eliminarla. Sólo podrían lograr el propósito de Dworkin si hubiera límites claros entre los casos claros de aplicación de términos vagos y los casos límite. Pero, como señaló por primera vez Joseph Raz, incluso "el núcleo indiscutible del lenguaje" es vago.6

5 Es decir, no existe una frontera clara entre los casos claros y los casos poco claros de aplicación de un lenguaje vago. Podemos utilizar un límite preciso de alcohol en sangre para *reemplazar* una norma que prohíba conducir

en estado de ebriedad, pero no podemos eliminar la discreción judicial diciendo que una norma que prohíba conducir en estado de ebriedad sólo se debe aplicar en casos claros.

Más allá de las palabras

Este debate sobre la vaguedad del lenguaje puede parecer insatisfactorio y fuera de lugar, porque queremos decir que el derecho implica algo más que la mera aplicación de las palabras. Si es así, entonces tal vez la vaguedad sea un defecto del lenguaje que no necesariamente lleve a indeterminaciones en el derecho. Dworkin comparte esa opinión, y no es el único.

Una de las concesiones de Hart sobre *El concepto de derecho* podría parecer que lo apoya:

...la cuestión de si una *norma* se aplica o no a una situación de hecho particular no es la misma que la cuestión de si, según las convenciones establecidas del lenguaje, esto está determinado o no por las palabras de esa norma, pues un sistema jurídico a menudo tiene otros recursos además de las palabras utilizadas en la formulación de sus normas que sirven para determinar su contenido o significado en casos particulares.66

La sugerencia es que *El concepto de derecho* adoptó una visión ingenua de la relación entre las convenciones del lenguaje y los requisitos de las normas jurídicas. Pero Hart no retira la afirmación básica de que la textura abierta del lenguaje conduce a indeterminaciones en el derecho. Y podríamos leer su concesión simplemente como una admisión de que su libro no había explicado por qué, por ejemplo, una regla que prohíbe los vehículos en el parque no prohíbe necesariamente una ambulancia, aunque la palabra "vehículo" se aplica a la ambulancia según las convenciones establecidas del lenguaje.

(p. 958) Pero una vez que Hart admite la distinción entre la aplicación de las *palabras* de una regla y la aplicación de la *regla* , parece haber aceptado lo que Dworkin afirma. Dada esa distinción, parece que *ninguna* afirmación sobre la indeterminación en el derecho se sigue de la vaguedad

del lenguaje del derecho. La indeterminación lingüística no implica indeterminación jurídica.

Por supuesto, es cierto que un juez que aplique una norma vaga (por ejemplo, contra la conducción en estado de ebriedad) tendría una gran variedad de recursos como guía. Podría existir una norma de interpretación que exigiera una interpretación estricta de la legislación penal, de modo que sólo se prohibiera conducir a las personas claramente ebrias. Habrá otras consideraciones pertinentes.

—como los principios de protección jurídica de la libertad por un lado y de la seguridad y el orden públicos por el otro, los principios de interpretación estricta de la legislación penal, las analogías con las formas en que la ley de responsabilidad civil extracontractual considera a las personas culpables Página 13 de 25

responsables de crear riesgos para otros, analogías con leyes sobre licencias de conducir, leyes que prohíben que los menores conduzcan, etc. Será una parte importante de la tarea del juez tener en cuenta tales consideraciones. El uso de recursos similares es una característica omnipresente de la práctica jurídica, al igual que los deberes legales de utilizar tales recursos. Tal vez los sistemas jurídicos *siempre* tengan tales recursos.

Como diría Dworkin, la cuestión de si esos recursos producen una respuesta determinada en cualquier caso no es una cuestión *lingüística , sino sustantiva* . Se necesitaría un argumento interpretativo interno para sustentar la afirmación de que el juez tiene una opción, un argumento interpretativo que no tiene fundamentos *generales* para esa afirmación, sino que tiene que competir, caso por caso, con la opinión de que cualquier acusado en particular tiene derecho legal a ser absuelto y con la opinión de que el acusado debería (legalmente) ser condenado.

Pero hay dos razones para concluir que las consideraciones interpretativas pertinentes a las decisiones no responden a todas las preguntas sobre qué se considera conducir en

estado de ebriedad. El hecho de que la ley tenga "otros recursos además de las palabras" no distingue la ley de otros usos del lenguaje, y hay razones para afirmar que los recursos de la ley en general no son precisos.

La noción de Hart de lo que está determinado por "las convenciones establecidas del lenguaje" sugiere que una *palabra* podría aplicarse a un objeto según esas convenciones, pero una regla *que utilice* esa palabra podría no aplicarse debido a los recursos de la ley. Pero ¿qué significa decir, por ejemplo, que la palabra "vehículo" se aplica a las ambulancias según las convenciones establecidas del lenguaje? No puede significar que un oficial de policía esté diciendo tonterías si dice: "Debemos mantener todos los vehículos alejados de la escena del accidente para que las ambulancias puedan pasar". Si eso no es una tontería, entonces los usos conversacionales ordinarios del lenguaje no carecen de "recursos además de las palabras". La concesión de Hart simplemente olvida el principio del contexto, que es un recordatorio de que si una ambulancia cuenta como un vehículo depende del contexto en el que se utiliza la palabra *vehículo* , y no hay nada en el principio del contexto que esté en conflicto con las convenciones establecidas del lenguaje. Cualquier noción de las convenciones lingüísticas debe estar en consonancia con ese principio.

Si hay casos indeterminados para la aplicación de una palabra vaga como *intoxicado* , no se eliminan con los recursos de comunicación que acompañan *a todos los usos del lenguaje. Si* **esto** es así, el hecho de que el derecho tenga "otros recursos además de las palabras" no ofrece la posibilidad de eliminar las indeterminaciones que surgen fuera del derecho.

La segunda razón para pensar que la interpretación no puede eliminar las indeterminaciones que surgen de la vaguedad tiene que ver con la naturaleza de los recursos de la ley. Puede parecer que sólo podemos decir que esos recursos pueden o no erradicar las indeterminaciones. Ciertamente es *concebible* que los recursos interpretativos de la ley puedan producir requisitos precisos cuando un legislador utiliza un lenguaje vago. Si un código de circulación prohíbe conducir automóviles en estado de

ebriedad, podría ser concebible que un tribunal interpretara la ley para prohibir conducir automóviles sólo cuando el límite de alcohol en sangre del conductor sea superior al nivel preciso establecido para los conductores de autobús. Pero creo que hay razones generales para concluir que los recursos de la ley no erradican la indeterminación. Podemos decir tres cosas: (i) esos recursos son, en general, consideraciones de principio; (i) sólo eliminarán las indeterminaciones si tienen una *característica estructural especial* —la precisión—; y (ii) las consideraciones de principio en general carecen de esa característica.

Pensemos en las consideraciones mencionadas anteriormente, que podrían tener incidencia en la interpretación de una ley vaga: interpretación estricta, protección de la libertad, analogías con otros departamentos del derecho, etc. Ninguna de ellas es precisa.67 Es más, las razones por las que son imprecisas dan razón para generalizar sobre los recursos del derecho. Los principios generales de coherencia con otras áreas del derecho son vagos, porque son formas de razonamiento analógico, y las nociones operativas de suficiencia y relevancia de las similitudes son vagas. Los principios de protección de la libertad son vagos, porque necesitan dar cuenta de los intereses con los que la libertad de acción está en tensión. Esto no quiere decir que no pueda haber una técnica precisa para proteger la libertad. Pero esa técnica no sería un principio, un punto de partida para el razonamiento que podría tener una aplicación general al tratamiento de una variedad de conductas. Entre los argumentos de principio que Dworkin ha analizado a lo largo de su obra, no hay ninguno que no sea vago. Y no hay razón para pensar que una consideración de todos sus vagos argumentos de principio produciría una visión precisa de los requisitos de la ley.

Parece que una buena teoría de la interpretación no incluirá la afirmación de que no existen indeterminaciones en el efecto jurídico de las disposiciones vagas, pero es importante ver que no se trata sólo de una cuestión de lenguaje o de legislación. La vaguedad en la aplicación de palabras como *juego* , *niño* y *borracho* sólo nos ayuda a ver un punto importante sobre los principios generales que

teorías como la de Dworkin insisten que son parte del derecho. Esos estándares no están estrictamente limitados en su efecto, del mismo modo que las meras palabras vagas no están estrictamente limitadas en su aplicación.

Derecho y lenguaje

Incluso si una teoría del derecho incluye la afirmación de Dworkin de que la ley de un país es el conjunto de principios sobre los cuales sus tribunales **(p. 960)** deben actuar, no debería incluir su afirmación de que existe una única respuesta correcta para (prácticamente) toda disputa legal.

Esta afirmación controvertida, si es correcta, exige una respuesta a la afirmación de Dworkin de que la imagen de Hart de la adjudicación es poco atractiva. Es decir, si los tribunales deben tomar decisiones que no están determinadas por la ley, debemos decir si esa actividad es antidemocrática y contraria al Estado de derecho, como sugiere Dworkin. Debemos presentar gran parte de la adjudicación como un mal necesario, o bien desarrollar una imagen del papel creativo de los tribunales como una característica potencialmente valiosa del Estado de derecho.68

3.4 Usos performativos del lenguaje

Las palabras son Taten.69

(Wittgenstein)

Hart señaló que las personas usan el lenguaje para hacer otras cosas además de hacer declaraciones, y afirmó que esta idea es importante para la jurisprudencia.70 Es una idea que Hart obtuvo de JL Austin, quien pensó que significaba una

'revolución en la filosofía'.7

1 Austin tenía mucho en común con Hart, incluyendo su afán por "dilucidar" el uso del lenguaje.72 Austin pensaba

que era importante que las palabras no se utilizaran simplemente para hacer declaraciones de hechos. Pero la primera etapa de la respuesta de los filósofos a esa idea había sido descartar otros tipos de enunciados como pseudoenunciados, como habían hecho Bentham y AJ Ayer73. Esos filósofos adoptaron la doctrina del sinsentido. Austin vio esa respuesta como un "dogmatismo desafortunado", y ofreció una alternativa: "Sin embargo, nosotros, es decir, incluso los filósofos, establecemos algunos límites a la cantidad de sinsentidos que estamos dispuestos a admitir que decimos: de modo que era natural pasar a preguntar, como segunda etapa, si muchos aparentes pseudoenunciados realmente se proponen ser "enunciados" en absoluto".74 Para evitar decir que decimos sinsentidos con nuestros "aparentes pseudoenunciados", Austin dijo que muchos de esos enunciados son

'performativos': enunciados como 'me disculpo' que no son verdaderos ni falsos, pero que se pretende y se entiende que lo hacen **(p.**

961) algo más que hacer una afirmación (y en las circunstancias adecuadas realmente lo hacen). Un enunciado de este tipo tiene una "fuerza ocutiva" que no es constativa (es decir, dirigida a hacer una afirmación verdadera o falsa), sino performativa.75

Austin hizo sugerencias tentadoras de que, si prestamos atención a lo que la gente hace con las palabras, podemos resolver problemas filosóficos sobre la moralidad y el valor sin el dogmatismo de la doctrina del sinsentido. Haciendo eco de Bentham, dijo que “las “proposiciones éticas” tal vez tengan como propósito, únicamente o en parte, manifestar emociones o prescribir una conducta o influir en ella de maneras especiales”.76 Analizaré brevemente esa sugerencia y su papel en la filosofía moral, porque proporciona un contexto para el uso que hace Hart de los performativos en la filosofía jurídica.

Performativos y moralidad

En cuanto a la evaluación, Austin insinuó que a los filósofos interesados en la palabra "*bueno*" se les aconseja "adoptar la línea de considerar para qué la usamos". Si adoptan esa

línea, tendrán mucho trabajo por delante: Pero no llegaremos a tener una idea clara de esta palabra "bueno" y para qué la usamos hasta que, idealmente, tengamos una lista completa de esos actos ocutivos de los cuales el elogio, la calificación, etc., son ejemplos aislados, hasta que sepamos cuántos actos de ese tipo hay y cuáles son sus relaciones e interconexiones. 77

Esta observación ofrece a los filósofos una doble manera de eludir la necesidad de una explicación filosófica del valor. En primer lugar, Austin no pregunta qué significa *el bien* ni qué se considera bueno. Deja fuera de juego cualquier explicación de lo que es bueno o malo (o de lo que es correcto o incorrecto), al recomendar que pensemos en cambio en las variedades de acciones de aprobación o desaprobación que realizan las personas. En segundo lugar, deja *esa* tarea de lado indefinidamente al decir que se necesitaría

"una lista completa de esos actos ilícitos". Deja de lado la cuestión de lo que es bueno y lo que es correcto en favor de una búsqueda diferente, que luego posterga.

Me parece que la mejor alternativa a la doctrina del sinsentido es decir que las "pseudo-afirmaciones aparentes"

Las afirmaciones morales que hacemos con el lenguaje normativo y evaluativo son afirmaciones. La oración "*Me disculpo*" no se usa normalmente para hacer una afirmación; la oración "*Debería disculparme*" se usa normalmente para hacer una afirmación (que puede usarse para realizar varios actos de habla, incluido el acto de habla de disculparse). Esta visión de las afirmaciones morales se presta a 78

78 Por el contrario, una comprensión del valor y la normatividad desacredita su objeto si se limita a señalar las funciones performativas de las palabras. Por supuesto, muchos filósofos se han propuesto desacreditar el valor y la

normatividad, movidos por el impulso empirista de Bentham **(p. 962)** , o por un impulso naturalizador. Sus teorías han sido etiquetadas como no cognitivistas, subjetivistas, no realistas, cuasi realistas, emotivistas, prescriptivistas, proyectivistas, etc. Este no es el lugar para evaluar esas teorías, pero propongo que tales esfuerzos deberían limitar su método: no deberían comenzar, en la forma en que sugiere Austin, desde un enfoque inexplicado sobre las fuerzas ilocutivas con las que se pueden emitir enunciados evaluativos y normativos. Las cuestiones morales son cuestiones de cómo vivir, y esas cuestiones no son cuestiones del significado de la palabra *o* de la fuerza ocutiva con la que alguien podría pronunciarla. La filosofía moral tiene poco que ganar y todo que perder si se centra en las acciones que realizamos mediante el lenguaje. Habrá tiempo suficiente para explicar los enunciados morales como algo *distinto de* enunciados, una vez que el teórico haya dado razones para pensar que no hay nada que enunciar. 79 Una buena filosofía moral podrá explicar los enunciados morales (o pseudoenunciados o no enunciados), pero no se centrará en el lenguaje moral como si ese fuera su objeto de estudio. 80

¿Por qué es sólido el principio metodológico propuesto?

1. Porque el lenguaje evaluativo y normativo no se distingue por su utilidad para realizar los actos ilocutivos de argumentar, culpar, elogiar, insistir, calificar, recomendar, condenar, etc. Todos esos actos pueden realizarse con lenguaje descriptivo (“no ha tirado ni un tiro a puerta en toda la temporada”) o con una ceja levantada. De modo que no podemos entender el lenguaje normativo y evaluativo simplemente señalando lo que se hace con él.

2. Es cierto que decir " *esto* es bueno" puede ser una forma muy eficaz de respaldar algo, pero podemos decir que algo es *bueno* sin respaldarlo. Como ha señalado Bernard Williams, no existe un vínculo lógico entre la evaluación y la aprobación.8

1 Así pues, señalar su aptitud para realizar actos de habla no explica el uso del lenguaje de valores.

3. Señalar que la gente aprueba cosas no es suficiente para explicar el valor , la normatividad *o* la moralidad; necesitamos saber si algo debería ser aprobado. Si tuviéramos la lista imaginaria completa de usos performativos del lenguaje de valores de Austin, tendríamos un catálogo inmanejablemente impresionante de formas en que las personas muestran actitudes, expresan preferencias, muestran emociones o intentan manipular a otras personas. Pero aún tendríamos que darle sentido a esos tipos de actos ocutivos. Para entender su significado y su lugar en la vida de las personas (para hacer filosofía moral), tendríamos que hacer estas preguntas: ¿pueden las personas tener razones para **(p. 963)** realizarlos? ¿O el sonido de esos actos de habla es como el ruido del viento y las olas, como lo describió Virginia Woolf? "... sólo se podía oír un caos gigantesco surcado por relámpagos dando tumbos y sacudidas, mientras el viento y las olas se divertían como las masas amorfas de leviatanes cuyas cejas no están atravesadas por ninguna luz de razón...".82

Performativos y derecho

Los performativos son importantes en nuestra vida moral, pero la importancia de los performativos para la filosofía moral es mínima.

Si se pregunta cómo Hart puso en práctica las ideas de Austin en la jurisprudencia, creo que encontraremos limitaciones correspondientes. No es que los performativos carezcan de importancia. Me parece que su importancia en el derecho es muy grande, y sin embargo su importancia para la teoría jurídica es mínima. Las palabras operativas en los documentos jurídicos, testamentos y otros documentos jurídicos se utilizan todas de manera performativa; por eso a esos documentos se los llama *instrumentos* . Los jueces sentencian a las personas mediante el acto de *pronunciar* la sentencia. Los actos de las legislaturas son actos lingüísticos típicos. Y así sucesivamente. Pero no veo que se pueda obtener ninguna ganancia de prestar atención a los performativos en el derecho, siempre que se vea que esas funciones del lenguaje existen y que no hay nada extraño en la noción de que, dadas las circunstancias adecuadas (incluido el poder

legal para cambiar la situación jurídica mediante un acto lingüístico), los enunciados performativos pueden ser eficaces para hacer lo que pretenden hacer.

Además de señalarlo, ¿qué intentó lograr Hart con la idea de que las personas hacen cosas con palabras? Dijo que

"La atención a las diversas modalidades del uso performativo del lenguaje sirve para aclarar, entre otras cosas, la idea de poderes legales, contratos y cesiones...".83 No está claro qué servicio tiene en mente, pero parece ser refutar a realistas como Axel Hagerstrom. Ellos pensaban que sólo las palabras mágicas podían *realmente* (por ejemplo) crear un contrato. Si no creemos en palabras mágicas, deberíamos decir que tales cosas no pueden suceder, de modo que (por ejemplo) los contratos que creemos celebrar no existen realmente. La práctica del derecho está atascada con supersticiones esotéricas.

Para aclarar este concepto erróneo, el trabajo de Austin es realmente útil: leer sus minuciosas observaciones sobre la página 16 de 25.

Derecho y lenguaje

Las condiciones en las que la emisión de un performativo es "feliz" deberían persuadir incluso a un realista de que no hay magia en ello. Se muestra que los usos performativos del lenguaje son simplemente formas muy sensatas, en parte regidas por reglas, para que las personas se relacionen entre sí.84 Pero este propósito de hablar de los performativos en la teoría jurídica es limitado: sólo vale la pena si se necesita refutar la idea de las palabras mágicas. No es necesario hablar de los performativos si se sabe que es posible, y ni siquiera misterioso, por ejemplo, comprometerse diciendo "lo prometo".

(p. 964) El propio Austin insinuó que el concepto podía tener un papel mucho más ambicioso. Hizo una sugerencia indirecta y despreocupada de que «una declaración de “la ley”» es una declaración performativa, en lugar de «una declaración de hechos».8

Parece haber sentido atracción por la posibilidad que insinúa Austin (de hecho, es una visión que se enuncia casi con claridad en los primeros ensayos de Hart, y propongo que influye en la "teoría práctica de las reglas" que constituye la base de su obra posterior sobre la naturaleza del derecho). La posibilidad es que las funciones performativas del lenguaje puedan explicar el problema más básico de la jurisprudencia: la normatividad del derecho.

En su conferencia inaugural, Hart rechazó el método de paráfrasis de Bentham para términos como *derecho* , y dijo que una afirmación como " *A* tiene derecho a que *B le pague £10* " no es descriptiva, sino que "puede ser bien llamada una conclusión de derecho".86

La expresión "*derecho* " "tiene sentido sólo como parte de una oración cuya función en su conjunto es extraer una conclusión jurídica de un tipo específico de norma jurídica". No está muy claro qué quiere decir con "conclusión", pero la observación delata la influencia del encanto de los performativos: centra la atención no en lo que significa una declaración de derechos, sino en lo que la gente hace con ella.

Treinta años después, Hart se retractó de su afirmación.87 Su retractación, a su vez, no es clara, pero sugiere que había pensado en una "conclusión de derecho" como una especie de performativo, y que más tarde llegó a pensar que había confundido la fuerza (concluyente) de tal declaración con su significado, y que era engañoso decir que una declaración de derechos no era descriptiva, porque decirlo oscurecía el contexto de tal declaración en un sistema de reglas.

El concepto de derecho , utilizó la noción de un sistema de reglas para explicar los enunciados de derechos legales. Su "teoría práctica de las reglas" identificaba una regla social como una regularidad de conducta acompañada de una "actitud normativa distintiva" de aceptación, que "consiste en la disposición permanente de los individuos a tomar tales patrones de conducta como guías para su propia conducta futura y como estándares de crítica".88

Creo que el encanto de los performativos también influye en este punto, en el centro de la teoría del derecho de Hart, pero su influencia es oblicua. Hart no respalda la sugerencia de Austin de que los enunciados jurídicos son performativos, y sostiene que los enunciados jurídicos (a diferencia de los performativos como "Me disculpo") pueden ser verdaderos o falsos. Pero hay que tener en cuenta que el interés de Hart por los enunciados jurídicos sigue centrado no en lo que significan, sino en lo que la gente hace con ellos. En ocasiones sugiere en *El concepto de derecho* que las reglas son razones para la acción89, lo que implicaría que los enunciados jurídicos enuncian razones que la gente tiene para actuar de una forma u otra. Pero, en conjunto, sus análisis de la aceptación revelan una visión diferente: la de que la gente "trata", "considera", "ve" y "usa" las reglas como razones.90 La gente *toma* las reglas como guías y las *usa* para criticarse mutuamente y, **(p. 965)** en general, para *mostrar una* actitud.9

1 arte actualmente tiene

No hay nada que decir sobre el *significado* de enunciados normativos como " *A* tiene derecho a que *B le pague 10 libras* ", excepto que su significado es diferente en derecho y en moralidad. Nunca pudo explicar la diferencia. Parece que Hart simplemente pensó que tenía *que* haber una diferencia de significado, o sería imposible que usted enuncie una ley que no apruebe. Debe ser posible que alguien diga, como enunciado que aplica la ley inglesa, " *A* tiene derecho a que B le pague 10 libras" .

£10 por *B* ', sin creer que la moral exige el pago. El dolor de cabeza de Hart era la idea de que, si no había distinción entre el significado de los enunciados normativos en el derecho y en la moral, entonces no había alternativa a una teoría del derecho natural del tipo que él estaba tratando de evitar.

Raz sobre las declaraciones normativas

...es la explicación del uso del lenguaje normativo que se encuentra en el corazón del problema de la normatividad del derecho.92

Joseph Raz rechazó la afirmación de Hart de que los términos normativos tienen un significado distintivo en los enunciados jurídicos. En su opinión, un enunciado normativo como “ *A* tiene derecho a que *B le pague 10 libras* ” establece que *B* tiene un cierto tipo de razón para actuar. Si se trata de un enunciado que aplica la ley, establece lo que *B* tiene razón para hacer desde el punto de vista de la ley.93

La teoría del derecho de Az es parte de una teoría del razonamiento práctico en general, y su explicación de los enunciados normativos los considera como si tuvieran el mismo significado (que es enunciar conclusiones prácticas) en el derecho y en la moral. Pero

resuelve el problema de Hart al señalar que las afirmaciones normativas pueden hacerse de manera despreocupada. Las personas pueden hacerlas sin respaldar el punto de vista desde el cual las razones que están enunciando son válidas.94

El trabajo de Hart sobre la normatividad del derecho revela la influencia persistente del encanto de los performativos, y el trabajo de Raz muestra una alternativa que escapa a esa influencia distractora. La forma correcta de utilizar la idea de los performativos en la teoría jurídica es muy restringida; cualquier uso más ambicioso es desastroso. Para entender la moralidad y el derecho, debemos prestar atención a lo que las personas afirman cuando hacen afirmaciones normativas; no basta con señalar las actitudes que las personas muestran cuando emiten tales afirmaciones.

¿La importancia de los enunciados normativos, que Raz señaló, contradice la propia afirmación de Raz de que "es poco lo que la filosofía del lenguaje puede hacer para avanzar en la comprensión del derecho"?9

5 Sí, si observamos el relato de Raz sobre

enunciados normativos como **(p. 966)** trabajo en la filosofía del lenguaje, que es lo que es. Pero es una rama de

la filosofía del lenguaje sobre la que los filósofos del lenguaje han tenido poco que decir. Eso simplemente significa que la filosofía del lenguaje es tan amplia que incluye más que el trabajo de los filósofos profesionales del lenguaje. El lenguaje no es el objeto de la filosofía moral, pero hay áreas de la filosofía del lenguaje que solo pueden ser abordadas por la filosofía moral.

4 Conclusión

Jeremy Bentham prefiguró gran parte de la obra del siglo XX sobre derecho y lenguaje. Esto se debe en parte a que Bentham influyó en Hart, y Hart ha expresado valiosas ideas y ha cometido los errores más importantes en el área. Hart habla como si tuviera la tarea de presentar los resultados de la filosofía: escribió que "el estudio analítico del derecho ha avanzado" gracias a "las ideas de la filosofía lingüística moderna".96 Pero la filosofía del lenguaje no es un cuerpo de resultados que se pueda aplicar para resolver problemas jurisprudenciales, de la misma manera que la bioquímica moderna es (en un aspecto) un cuerpo de resultados que se puede aplicar para resolver problemas médicos. Tal vez esto sea más fácil de ver ahora que en la década de 1950. Todos los productos más interesantes de la filosofía lingüística, y de la filosofía del lenguaje en general, son extremadamente controvertidos. Se necesita una argumentación cuidadosa para distinguir entre ideas y conceptos erróneos, y es controvertido si la jurisprudencia ha avanzado gracias a alguna de las afirmaciones de Hart sobre el lenguaje.

¿Debemos concluir que la teoría jurídica necesita decir algo sobre el lenguaje para lograr sus propósitos? El principio de contexto y el principio de diversidad ayudan a dar sentido a lo que hacen los jueces al aplicar el lenguaje de la ley, y son recordatorios cruciales de lo que deben hacer para aplicarlo verdaderamente. Una comprensión de la vaguedad señala que el lenguaje de la ley, y la ley misma, no siempre pueden determinar el resultado que la ley exige, y que el juez debe resolver cuestiones que la ley deja sin resolver. Esos tres principios son cruciales para comprender el derecho y el papel de los jueces. En cualquier sistema jurídico concebible, los términos principales de la doctrina jurídica son vagos y tienen

diversos sentidos que varían según el contexto. Además, estos puntos sobre el lenguaje no son *solo* puntos sobre el lenguaje: en un sistema de derecho consuetudinario sin leyes formuladas lingüísticamente o informes de decisiones judiciales, los tribunales aún necesitarían ver qué es relevantemente similar entre diferentes casos en diferentes contextos, y los derechos y deberes legales generales en un sistema de ese tipo serían típicamente vagos.

(p. 967) El principio de diversidad y el principio de contexto también son útiles —de hecho, esenciales— para el desarrollo de términos teóricos útiles.

La cuarta idea, que el lenguaje se utiliza para realizar otros actos de habla además de hacer afirmaciones verdaderas o falsas, es de uso limitado en la jurisprudencia. Los performativos son muy importantes en derecho, pero es difícil ver qué problemas puede resolver un teórico centrándose en ellos, excepto para eliminar conceptos erróneos que tal vez no haya sufrido en primer lugar.

En resumen, una comprensión clara de algunos de los problemas de la filosofía del lenguaje resulta muy útil para los filósofos del derecho. Esto no se debe a que la filosofía del derecho sea una rama de la filosofía del lenguaje, sino a que la filosofía del lenguaje y la filosofía del derecho son partes afines de la filosofía política.

Apéndice: sobre textura abierta

Hart tomó prestado el término *textura abierta* de Friedrich Waismann, quien lo llamó "la posibilidad de vaguedad". Varios escritores han tratado de distinguir la textura abierta de la "vaguedad real" en esos términos.97 Creo que la distinción

carece de toda importancia para la jurisprudencia.

La supuesta distinción es que un término es vago (y de textura abierta) si hay casos límite, y de textura abierta (pero no vago) si no tiene casos límite, pero podríamos imaginar casos límite. Así, por ejemplo, puede ser que *fotón*

no sea vago, porque cada objeto en este mundo es claramente un fotón, o claramente no es un fotón (ya sea por coincidencia, o porque las leyes de la física solo permiten partículas que tienen o carecen claramente de las características de los fotones). Pero podríamos imaginar mundos diferentes en los que hay partículas que tienen algunas características distintivas de los fotones, pero que son diferentes a los fotones en otros aspectos. En un mundo posible de ese tipo, la palabra *fotón* sería vaga. Por lo tanto, *fotón* es de textura abierta pero no vago en nuestro mundo.

Esta distinción me parece incoherente, porque la vaguedad es una característica del significado de las palabras. Si hay mundos posibles en los que no está claro si algo cuenta como fotón, la palabra *fotón* es vaga en *este* mundo. (No está claro en este mundo qué cuenta como fotón, aunque no esté claro qué cuenta como fotón en este mundo.)

En cualquier caso, para la jurisprudencia, el único significado de la distinción es incorporar en el término " *textura abierta* " la afirmación de que el lenguaje de la ley necesariamente permite casos límite. Incluso si, como parece decir Hart, utilizáramos un lenguaje preciso para regular la conducta humana, siempre podríamos imaginar casos poco claros. *Esa* afirmación podría hacerse sin la distinción incoherente entre textura abierta y vaguedad. Pero no hay nada que ganar en jurisprudencia al hacer la afirmación en cualquier caso. La ley es necesariamente vaga en las formas más interesantes que Hart también analiza: es decir, la ley necesariamente utiliza estándares altamente vagos del tipo utilizado por los sistemas legales con los que estamos familiarizados para regular el uso de la fuerza, la venta de bienes, el deber de cuidado en caso de negligencia, el deber de un cónyuge de apoyar al otro, y así sucesivamente. No hay **lugar** para la afirmación de que, incluso si las leyes de un sistema legal fueran todas precisas, aún podríamos imaginar casos límite. La afirmación es ociosa porque no existe un sistema jurídico en el que todas las leyes sean precisas.

Lectura adicional

Sobre la filosofía del lenguaje y el derecho

Timothy Endicott, *Vaguedad en el derecho* (Oxford: Oxford University Press, 2000).

Thomas Morawetz (ed.), *Derecho y lenguaje* (Dartmouth: Ashgate, 2000).

Mark D. Greenberg y Harry Litman, 'El significado del significado original' *Georgetown Law Journal* , 86 (1998), 569.

Brian Bix, *Derecho, lenguaje y determinación jurídica* (Oxford: Clarendon Press, 1996).

Nicos Stavropoulos, *Objetividad en el derecho* (Oxford: Clarendon Press, 1996).

Stanley Fish, *Hacer lo que viene naturalmente* (Oxford: Clarendon Press, 1989).

Michael Moore, 'Una teoría de interpretación de la ley natural', *Southern California Law Review* , 58 (1985), 277.

Glanvil e Williams, 'El lenguaje y la ley', *Law Quarterly Review* , 61 (1945), 71, 179, 293, 384; *Law Quarterly Reseña* , 62 (1946), 387.

Sobre el análisis lingüístico del lenguaje jurídico

Peter M. Tiersma, *Lenguaje jurídico* (Chicago: University of Chicago Press, 1999).

Conferencia de Derecho y Lingüística de la Universidad Northwestern y la Universidad de Washington, *Facultad de Derecho de la Universidad de Washington Trimestral* , 73 (1995).

Bernard S. Jackson, *Dando sentido al derecho: perspectivas lingüísticas, psicológicas y semióticas* (Liverpool: Charles Publications, 1995).

John Gibbons (ed.), *El lenguaje y el derecho* (Londres: Longman, 1994).

Lawrence M. Solan, *El lenguaje de los jueces* (Chicago: University of Chicago Press, 1993).

Judith N. Levi y Anne Graffam Walker, *El lenguaje en el proceso judicial* (Nueva York: Plenum, 1990).

Frederick Bowers, *Aspectos lingüísticos de la expresión legislativa* (Vancouver: University of British Columbia Press, 1989).

Sobre la historia del lenguaje jurídico inglés y americano

David Mel Inkoff, *El lenguaje de la ley* (Boston: Little, Brown, 1963).

Notas:

(1) Véase la lectura adicional al final de este capítulo.

(2) 'Two views of the Nature of the Theory of Law', *Legal Theory* , 4 (1998), 249 en 254. HLA Hart hizo una declaración similar en 1983: *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 5. Pero la declaración de Hart es más bien oscura y no claramente consistente con las afirmaciones que todavía estaba haciendo sobre la utilidad de la filosofía lingüística para la jurisprudencia.

(3) 'Política y lengua inglesa', en *Shooting an Elephant and Other Essays* (Londres: Secker & Warburg, 1950).

(4) *Casa sombría* (1853).

(5) Véase Kent Greenawalt, *Law and Objectivity* (Oxford: Oxford University Press, 1992), esp. capítulos 2-5; Endicott,

'Indeterminación lingüística', *Oxford Journal of Legal Studies* , 16 (1996), 667–97; Lawrence B. Solum,

'Indeterminación', en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwel, 1996), 488-502; Ken Kress, 'Indeterminación legal', *California Law Review* , 77 (1989), 283; Brian Bix, *Derecho, lenguaje y teoría jurídica. Determinación* (Oxford: Clarendon Press, 1993).

(6) Jeremy Bentham, *Pannomial Fragments* , en J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham* (Edimburgo: Wm.

Tait, 1843), vol. II, cap. II 'Exposiciones', pág. 217.

(7) Locke consideraba que la filosofía moderna intentaba "hablar de manera inteligible". Véase *Un ensayo sobre la filosofía humana. Understanding* (Glasgow: Col·ins, 1977; 1.ª publicación, 1690), libro tres, «De las palabras», y especialmente el capítulo IV, «De los nombres de las ideas simples».

(8) *Los principios de la moral y de la legislación* (1781), 323.

(9) Marcaré las expresiones lingüísticas (palabras, frases, oraciones) con cursiva y los enunciados reales o hipotéticos con comillas.

(10) *Un fragmento sobre el gobierno* (1776), ed. JH Burns y HLA Hart (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), 113.

(11) La noción de términos simples fue uno de los préstamos que Bentham tomó de Locke (véase nota 7 más arriba).

(12) *Fragmento* , 108 n. Cf. *Of Laws in General* (1782), ed. Hart (Londres: Athlone Press, 1970) (en adelante *OLG*), 283

n.: '... la fraseología abstracta debe tolerarse en muchas ocasiones... pero en ninguna ocasión puede entenderse claramente a menos que pueda traducirse a expresiones

que tengan una referencia directa a los objetos sensibles en cuestión'.

(13) *Fragmento* , 28.

(14) *Fragmento* , 108 n., *OLG* , 294–5.

(15) El problema es que no hay *género* disponible para algunos términos que un teórico podría necesitar definir. *Fragmento* , 108 n.

(16) *Fragmento* , 109; cf. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), ed. Hart (Londres: Weidenfeld & Nicolson, 1954), 14. Nótese que la exposición de Bentham del *deber* no es una paráfrasis. Pero proporciona una formulación que puede sustituir no a la palabra *deber* , sino a cláusulas que utilizan la palabra (y luego, por paráfrasis, una oración como *Es mi deber cuidar de mis hijos* , puede parafrasearse como *Si no cuido de mis hijos, estoy susceptible de ser castigado conforme a la ley*). En el método de Bentham no hay realmente nada esencial acerca del papel de las oraciones o su "traducción".

(17) *OLG* , 144.

(18) *OLG* , 251.

(19) ibíd. 252.

(20) *Fragmento* , 108 n.

(21) *Introducción a los principios de la moral y la legislación* (1780), ed. Burns y Hart (1970), 323 (en adelante *IPML*).

(22) Pero 'la entidad ficticia llamada *ley* ' se extrae por abstracción de las entidades reales llamadas *leyes* . *OLG* , 16.

(23) Véase *OLG* , 1.

(24) *IPML* , 98.

(25) *OLG* , 251.

(26) En toda *la provincia de jurisprudencia determinada* ; véase, por ejemplo, 122–4.

(27) *La provincia de la jurisprudencia determinada* , 120. Cf. Bentham: 'una ley *declaratoria* ... no es propiamente hablando una ley', *IPML* , 330.

(28) *Falacias anárquicas* , en J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham* (Edimburgo: Wm. Tait, 1843), vol. I, art. I, pág. 501.

(29) *Fragmentos pannomiales* , en J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham* (Edimburgo: Wm. Tait, 1843), pág. 218.

Cf. *Fragmento* , 110 n., donde llama a la afirmación del "sentimiento interno" del hablante una afirmación separada e impropia.

'sentido' del lenguaje normativo.

(30) *Introducción* , 4.

(31) *Fragmento* , 108 n.

(32) *El concepto de derecho* (en adelante *CL*), 2.ª ed. (Oxford: Clarendon Press, 1994), pág.

(33) *Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 15.

(34) 'Definición y teoría en jurisprudencia', cap. 1 en *Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía* .

(35) Sin duda sería posible identificar otras características del lenguaje a las que Hart apela en varios puntos. Entre ellas se incluyen algunos puntos más particulares, como la

distinción entre «objetos extensionales» y «objetos intensionales».

que utilizó al analizar la ley de tentativas criminales (*Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía* , cap. 17). En ese caso y en otros, creo que Hart utiliza terminología e ideas de la "semántica filosófica" para plantear puntos que un abogado con el sentido común de Hart podría haber planteado sin siquiera mencionar el lenguaje.

(36) *Investigaciones filosóficas* (Oxford: Blackwel, 1953), secc. 49.

(37) Véase Michael Beaney (ed.), *The Frege Reader* (Oxford: Blackwel, 1997), 15-20 y 108-10.

(38) 'Definición y teoría', 25.

(39) Mientras intentaba comprender la noción de reglas, Hart trabajaba simultáneamente en la noción de sistemas de reglas; tenía una tendencia a tratar el contexto de un sistema de reglas como algo de importancia crítica para el significado

de términos legales: 'la atención a las diversas y complejas formas en que las palabras funcionan en conjunción con reglas legales de diferentes tipos serviría para disipar la confusión, como [las teorías ficticias de los derechos]', *Ensayos sobre jurisprudencia y Filosofía* , 3; cf. 276.

(40) Para un análisis de la palabra *placa* y la noción de semejanzas familiares, véase B. Rundle, *Wittgenstein y Filosofía contemporánea del lenguaje* (Oxford: Blackwel, 1990), 60–3.

(41) ibíd. 26.

(42) A menudo se piensa que los "realistas metafísicos" y los "realistas semánticos" padecen esta enfermedad. Tal vez algunos lo hayan hecho, pero los debates filosóficos entre "realismo" y "antirrealismo" son demasiado complejos

como para que se considere generalmente que los realistas padecen la enfermedad de ignorar el principio del contexto. Véase David O. Brink, "Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts)", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* , 2, (1989), 181; Michael Moore, "The Semantics of Judging", *Southern California Law Review* , 54 (1981), 151, y "A Natural Law Theory of Interpretation", *Southern California Law Review* , 58 (1985), 277; y Nicos Stavropoulos, *Objectivity in Law* (Oxford: Clarendon Press, 1996).

(43) Así, por ejemplo, las técnicas inglesas de interpretación de las leyes se volvieron más sensatas cuando la Cámara de los Lores sostuvo, en el caso *Prince of Hanover* , que el contexto debe considerarse no sólo cuando el significado ordinario de las palabras no está claro, sino también para identificar el significado ordinario de las palabras: *Attorney-General v Prince Ernest Augustus of Hanover* [1957] AC 436. En *Arbuthnott v Fagan* [1996] LRLR 135, Steyn LJ se basó en el caso *Hanover* para apoyar la proposición de que, en la interpretación de un contrato, "el significado de las palabras no puede determinarse divorciado de su contexto".

(44) Lord Hoffmann en *Mannai Investment Co. Ltd. v Eagle Star Life Assurance Co.Ltd* . [1997] 3 Al ER en 375.

(45) *Investigaciones filosóficas* , secc. 66, *CL* , 280. Cf. 'Piense en las herramientas que hay en una caja de herramientas: hay un martillo, alicates, una sierra, un destornillador, una regla, un bote de cola, cola, clavos y tornillos. Las funciones de las palabras son tan diversas como las funciones de estos objetos. (Y en ambos casos hay similitudes.)' *Investigaciones filosóficas* , secc. 11.

(46) *CL* , 15–16; véase también *EJP* , 277, rechazando 'la vieja idea de que cuando un término o concepto general se aplica a muchas instancias diferentes, todas las instancias deben compartir un único conjunto de propiedades comunes. Esto es un dogma; hay muchas maneras diferentes en las que las diversas instancias de un término general se vinculan entre sí, además de esta manera simple; y una comprensión de estas muchas maneras

diferentes es claramente de particular importancia en el caso de los términos legales.'

(47) Así lo afirmó Butler-Sloss LJ, en una declaración del principio de contexto en *Re C* , [1993] 3 Al ER 313 en 317–18 (CA).

(48) Aunque *juego* tiene sentidos diferentes y relacionados cuando se usa para referirse (1) al ajedrez, al rugby, etc., y (2) al faisán, al venado, etc., es unívoco en sus diversas aplicaciones en cualquiera de estos sentidos.

(49) *Investigaciones filosóficas* , secc. 66.

(50) Como lo hizo Joseph Raz en *Practical Reason and Norms* (Londres: Hutchinson, 1975), 122-3.

(51) *CL* , 132.

(52) *CL* , 279. Sobre el método de "casos centrales" de Hart, véase esp. *CL* , 81.

(53) Véase, por ejemplo, la discusión de Aristóteles sobre la amistad o el amor en *Ética de Eudemo* H2, 1236a16–23.

(54) *CL* , cap. I.

(55) *Derecho natural y derechos naturales* (Oxford: Clarendon Press, 1980), 11.

(56) *CL* , 210.

(57) *Investigaciones filosóficas* , 68.

(58) Para un análisis de las metáforas de núcleo y penumbra (que Hart no inventó), véase Endicott, 'Linguistic Indeterminacy', *Oxford Journal of Legal Studies* , 16 (1996), 667 en 668.

(59) *CL* , cap. VI, 1; *Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía* , 274. Véase el Apéndice de este capítulo, sobre la textura abierta.

(60) La adjudicación no fue una preocupación principal en *El concepto de derecho* , pero véanse también las páginas 204-206 y las secciones 3, 4 y 6 de la 'Posdata'.

(61) *CL* , 136.

(62) *CL* , 127.

(63) Véase *Taking Rights Seriously* , ed. rev. (1978), caps. 2 y 4.

(64) Ronald Dworkin, “¿No hay una respuesta correcta?”, en PMS Hacker y Joseph Raz (eds.), *Law, Morality and Society* (Oxford: Clarendon Press, 1977), 58, págs. 67-69.

(65) *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979), 73-4. Véase también Brian Bix, *Law, Language and Legal Determinación* (Oxford: Clarendon Press, 1993), 31-2, y TAO Endicott, 'Vaguedad y teoría jurídica', *Legal Teoría* , 3 (1997), 37–63.

(66) Hart, *Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía* , 'Introducción', 7–8.

(67) Los principios generales de promoción del bien común u otros valores o intereses también son vagos. Obsérvese que, para los fines que nos ocupan, no necesitamos identificar los límites de la ley. El problema de la vaguedad no es sólo que los jueces deben tener en cuenta consideraciones no jurídicas, sino que las consideraciones jurídicas y no jurídicas no suelen dar a la ley un contenido preciso.

(68) Para una explicación de este tipo, véase Endicott, 'The Impossibility of the Rule of Law', *Oxford Journal of Legal Studies* , 19

(1999), 1.

(69) Wittgenstein, *Philosophische Bemerkungen* (1933), en el Archivo Wittgenstein, http://www.hit.uib.no/wab/sample/vw115-ad.htm#92, artículo 115 Verso página 33.

(70) Véase Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* , 275: "Wittgenstein dijo en alguna parte que las palabras también son hechos ("Wörter sind auch Taten")".

(71) *How to Do Things with Words* (Oxford: Clarendon Press, 1962), 3. En un pasaje típico del estilo de Austin, continuó diciendo: "Si alguien desea llamarlo el más grande y saludable de su historia, este "No es, si lo pensamos bien, una afirmación demasiado grande" (ibid.)

(72) por ejemplo ibíd., 147.

(73) Véase *Language Truth and Logic* , ed. rev. (Londres: Golancz, 1950), 22: '... dado que la expresión de un juicio de valor no es una proposición, la cuestión de la verdad o falsedad no surge aquí.' Y véase el capítulo VI, Crítica de la ética y de la teología.

(74) *Cómo hacer cosas con palabras* , 2.

(75) Realizas un acto cuando haces una emisión del tipo que Austin llamó "constatativa", pero seguiré su uso del término "performativa" para emisiones que realizan otros actos.

(76) ibíd. 2–3.

(77) ibíd. 162.

(78) Pero esto no implica tal visión: las personas que hacen afirmaciones morales pueden estar sistemáticamente equivocadas, como argumentó JL Mackie: *Ethics: Inventing Right and Wrong* (Harmondsworth: Penguin, 1977).

(79) Cf. el argumento de Bernard Williams contra "la empresa lingüística" en ética: *La ética y los límites de la Filosofía* (1993), cap. 7, 'El giro lingüístico'.

(80) No quiero decir que todas las teorías morales escépticas que mencioné violen este principio; y puesto que el principio es una Página 23 de 25

Derecho y lenguaje

Es una cuestión de enfoque, puede que no esté claro si alguna teoría en particular lo hace. Para posibles ejemplos, véase CL

Stevenson, *Ethics and Language* (Londres: Oxford University Press, 1944), y RM Hare, *The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press, 1952). Hare escribió: «La ética, tal como la concibo, es el estudio lógico del lenguaje de la moral» (p. v).

(81) Véase su discusión de los méritos de los hoteles en *Ethics and the Limits of Philosophy* (Londres: Fontana, 1985), 125.

(82) Virginia Woolf, *Al faro* (1927).

(83) *Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía* , 4.

(84) Aunque Austin no tuvo ese efecto en Karl Olivecrona, quien no creía que los enunciados performativos fueran palabras mágicas, dio una explicación espuria de su efecto (en la vida cotidiana y en el derecho) en términos de "condicionamiento psicológico". Véase su análisis del trabajo de Austin en *Law as Fact* , 2.ª ed. (Londres: Stevens, 1971), 224-6. Sobre el papel de los enunciados performativos en la teoría moral y jurídica, véase también Paul Amselek (ed.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit* (París: Presses universitaires de France, 1986).

(85) *Cómo hacer cosas con palabras* , 4, n. 2.

(86) *Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía* , 28.

(87) ibíd. 5.

(88) *CL* , 255; esta declaración de la teoría está tomada de un resumen en su 'Postscriptum', escrito en la década de

1980.

(89) *CL* , 84.

(90) *CL* , 90.

(91) *CL* , 255.

(92) Raz, *Razón práctica y normas* , 2ª ed. (1990), 169. Cf. 'El problema de la normatividad del derecho es el problema de explicar el uso del lenguaje normativo al describir el derecho o las situaciones jurídicas', ibid. 170.

(93) ibid. 175. Véase también 'La pureza de la teoría pura', en R. Tur y W. Twining (eds.), *Ensayos sobre Kelsen* (Oxford: Clarendon Press, 1981).

(94) ibid. 176–7. Para la respuesta de Hart al trabajo de Raz sobre la normatividad del derecho, véase *Essays on Bentham* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 153–61.

(95) Véase más arriba.

(96) *Ensayos sobre jurisprudencia y filosofía* , 4.

(97) por ejemplo, Andrei Marmor, *Interpretación y teoría jurídica* (Oxford: Clarendon Press, 1992), 132; Michael Moore,

'La semántica del juicio', *Southern California Law Review* , 54 (1981), 151, 201; Frederick Schauer, *Jugando por Las reglas* (Oxford: Clarendon Press, 1991), 35.

Timothy A. O. Endicott

Timothy AO Endicott es miembro del Departamento de Derecho del Balliol College de Oxford.



Manuales de Oxford en línea

Derecho y objetividad

Brian Leiter

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0023

2012

Resumen y palabras clave

Este artículo analiza cuestiones sobre la objetividad del derecho y algunas herramientas filosóficas apropiadas. Hay dos tipos principales de cuestiones filosóficas sobre la objetividad: metafísicas y epistemológicas. La objetividad metafísica se refiere al grado en que la existencia y el carácter de alguna clase de entidades dependen del estado mental de una persona. La objetividad epistemológica se refiere al grado en que somos capaces de alcanzar conocimiento sobre aquellas cosas que son metafísicamente objetivas. Este artículo considera las perspectivas de la modesta objetividad en el derecho. En el derecho, las cuestiones sobre la objetividad surgen a lo largo de una variedad de dimensiones. El alcance de estas afirmaciones sobre la objetividad del derecho puede variar. Se refiere a la objetividad de la moralidad que puede estar implicada en la forma en que pensamos sobre la objetividad del derecho. Algunos filósofos han cuestionado

recientemente si las formas tradicionales de conceptualizar la objetividad son adecuadas.

Palabras clave: objetividad, metafísica, epistemológica, moralidad, formas tradicionales SÓLO podemos discutir cuestiones sobre la objetividad del derecho si primero tenemos a nuestra disposición algunas herramientas filosóficas apropiadas.

Hay dos tipos principales de preguntas filosóficas sobre la objetividad: metafísicas y epistemológicas.

La objetividad *metafísica* se refiere al grado en que la existencia y el carácter de alguna clase de entidades dependen de los estados mentales de las personas (es decir, su conocimiento, juicio, creencia, percepción o respuesta).

La objetividad *epistemológica* se ocupa de la medida en que somos capaces de alcanzar *conocimiento* sobre aquellas cosas que son metafísicamente objetivas. Muchos filósofos que trabajan en las tradiciones angloamericanas también se preocupan por la objetividad *semántica* , es decir, por si las proposiciones en algún ámbito del discurso (física, psicología, ética, derecho, etc.) pueden evaluarse en términos de su verdad o falsedad. Para que un discurso sea semánticamente objetivo, y para que las afirmaciones en el discurso sean verdaderas, entonces las cosas a las que se refieren los términos de ese discurso (es decir, los quarks, los deseos, la justicia, los hechos legales) deben ser metafísicamente objetivas.

(p. 970) 1 Objetividad metafísica

Una entidad (o una clase de entidades) es metafísicamente objetiva si su existencia y carácter son *independientes* de la mente humana. Este "requisito de independencia" es central para la objetividad metafísica (Brower 1993; Sober 1982), aunque su interpretación adecuada plantea dos preguntas importantes: primero, *¿de qué manera* una cosa metafísicamente objetiva debe ser "independiente" de la mente humana? y segundo, *¿cuánta* independencia del tipo relevante se requiere?

1.1 ¿Qué tipo de independencia?

La existencia y el carácter de alguna entidad podrían ser *independientes* de la mente humana en tres sentidos: causal, constitucional y cognitivo. Sólo los dos últimos importarán para la objetividad metafísica.

Una entidad es *causalmente* independiente de la mente humana siempre que la trayectoria causal que la produjo no haya involucrado a la mente humana. Los zapatos, por ejemplo, *dependen causalmente* de la mente humana porque la existencia y el carácter de cualquier par de zapatos en particular depende causalmente de que un zapatero haya tenido ciertas creencias y deseos (por ejemplo, el deseo de hacer un tipo particular de zapato y creencias verdaderas sobre lo que se necesitaba hacer para producir esos zapatos). Por el contrario, la existencia y el carácter de la tierra son causalmente *independientes* de la mente humana: ninguna intención humana jugó un papel causal en la generación de la existencia de la tierra o su carácter específico.

Sin embargo, la objetividad metafísica *no requiere independencia causal* . Incluso las entidades que son *causalmente independientes dependiente* de la mente humana puede ser independiente de la mente en uno de los otros dos sentidos (abajo), y por lo tanto aún ser metafísico y objetivo.

Una entidad es *constitucionalmente* independiente de la mente humana si su existencia y carácter no están constituidos por la mente ni son idénticos a ella. Ciertas formas históricas de "idealismo" filosófico (como las del obispo Berkeley y Hegel) sostenían que el mundo dependía constitucionalmente *de* la mente (la mente humana, o quizás la mente de Dios). A la inversa, la afirmación de que alguna entidad es metafísicamente objetiva casi siempre implica negar su dependencia constitucional de la mente. La excepción es para las entidades psicológicas (por ejemplo, creencias, deseos, emociones): tales cosas no

pueden ser constitucionalmente independientes de la mente ya que son simplemente facetas de la mente. Sin embargo, seguramente los hechos psicológicos también pueden ser metafísicamente objetivos. Si es así, deben ser "independientes" de la mente en el sentido último.

Una entidad es *cognitivamente* independiente de la mente humana si su existencia y carácter no dependen de ningún estado *cognitivo* de las personas: por ejemplo, creencia, percepción sensorial, juicio, respuesta, etc.

(Un estado es aquel que es receptivo a las características del mundo y, por lo tanto, es una fuente potencial de conocimiento del mundo.) **(p. 971)** Una cosa metafísicamente objetiva es, en consecuencia, lo que es independientemente de lo que cualquiera *crea* o estaría *justificado* en creer sobre ella (o lo que cualquiera percibe que es o percibiría que es bajo ciertas condiciones, etc.). Por esta razón, los hechos psicológicos sobre una persona son metafísicamente objetivos en virtud de que no dependen de lo que un observador de esa persona crea o estaría justificado en creer sobre el estado psicológico de esa persona. (Esto supone que el contenido mental es "estrecho", no "amplio", un debate técnico en la filosofía de la psicología que debe dejarse de lado aquí.)

Cualquier tipo de hecho metafísico y objetivo (excepto los hechos psicológicos) debe ser necesariamente *constitucionalmente* independiente de la mente. Todos los hechos metafísicos y objetivos deben ser también *cognitivamente* independientes. La imagen del mundo natural que tiene el sentido común presupone que sus contenidos son metafísicos y objetivos en este sentido: la gente común piensa que los átomos, las cebras y el azufre no son simplemente idénticos a la mente y que son lo que son independientemente de lo que la gente pueda creer o estar justificada en creer sobre ellos. La ciencia, entonces, aspira a la objetividad epistemológica al tratar de describir con precisión cómo son las cosas (objetivamente).

1.2 ¿Cuánta independencia?

Puede haber grados de *independencia cognitiva* y, por lo tanto, grados de objetividad que pueden distinguirse; no

todo lo que es objetivo puede resultar objetivo en el sentido en que el sentido común entiende que los elementos constitutivos del mundo natural son objetivos. (Este punto es importante para entender la objetividad de la ley, como discutiremos en breve). La noción crucial para la independencia cognitiva es la independencia de los estados *cognitivos* de las personas: creencias, percepciones sensoriales, juicios, respuestas y similares. Por lo tanto, esta noción de objetividad supone que siempre hay una diferencia entre lo que "parece correcto" sobre algún estado de cosas y lo que realmente "es correcto". Por ejemplo, puede parecer correcto para Juan (basado en una percepción sensorial) que hay una mesa frente a él, pero puede no ser correcto que haya una mesa allí: podría ser una ilusión óptica. La mesa, entonces, es objetiva *en algún sentido* ya que su existencia es *independiente* de lo que "parece correcto" para Juan.

Es posible, entonces, distinguir cuatro tipos de afirmaciones sobre la objetividad (Leiter 1993):

• Según *el subjetivismo* , lo que parece correcto al conocedor determina lo que es correcto.

• Según *el objetivismo mínimo* , lo que parece correcto a la *comunidad de conocedores* determina lo que es correcto.

• Según *el objetivismo modesto* , lo que parece correcto para los conocedores *en condiciones apropiadas o ideales Las condiciones* determinan lo que es correcto.

• Según *el objetivismo fuerte* , lo que parece correcto a los conocedores *nunca* determina lo que es correcto.

Derecho y objetividad

(p. 972) El subjetivismo y el objetivismo fuerte representan las dos posiciones filosóficas clásicas y opuestas de la antigüedad: Protágoras sostenía que 'el hombre es la medida de todas las cosas' (subjetivismo) (Platón, *Teeteto* , *152a, *166a-

*168b), mientras que Platón abrazó una especie de objetivismo fuerte (Platón, *Fedón* , *741–*75b, *República* , *475–*480, *508d-e). La posición protagórica niega la objetividad del mundo y todo lo que hay en él: lo que cada individuo considere que es el caso *es* el caso (para ese individuo), y por lo tanto la existencia y el carácter de cualquier cosa particular depende (epistémicamente) de la mente humana (individual). Por el contrario, el platónico afirma la objetividad completa y absoluta del mundo: lo que realmente es el caso acerca del mundo nunca está determinado por lo que cualquier persona o todas las personas creen, tienen (o tienen) razones para creer, o podrían tener razones para creer. El error, a escala global, incluso en condiciones epistémicas ideales, es una posibilidad para el platónico. Esta última posición a menudo se describe como

'realismo' (o 'realismo metafísico').

El objetivismo mínimo y el objetivismo modesto ocupan un espacio conceptual entre estas dos posiciones históricas conocidas. El objetivismo mínimo sostiene que lo que la comunidad de conocedores considera como cierto es cierto.

Esta perspectiva, al igual que su prima pura, la protagórica, desemboca en una especie de relativismo (lo que sucede es relativo a una comunidad particular de conocedores), pero al abstraerse de la subjetividad del conocedor individual, introduce una cantidad *mínima* de objetividad. También es una clase de objetividad con algunos dominios de aplicación útiles. Lo que está y no está de moda, por ejemplo, es probablemente mínimamente objetivo. Lo que a John le parece correcto sobre lo que está de moda puede ser objetivamente incorrecto: John puede no estar en sintonía con los estilos de su comunidad y, por lo tanto, sería correcto decir: "John se equivoca al pensar que una camisa a cuadros y unos pantalones a rayas combinan bien". Pero no parece que toda la comunidad pueda estar equivocada sobre lo que está de moda: en ese sentido, lo que a la comunidad le parece correcto determina lo que realmente está de moda.

Sin embargo, en la mayoría de los ámbitos, la objetividad mínima se consideraría demasiado cercana al subjetivismo

para resultar cómoda. Por lo tanto, la objetividad modesta se aleja aún más de la dependencia de conocedores *reales* , individuales o comunitarios.

Algo es modestamente objetivo si su existencia y carácter dependen únicamente de lo que los conocedores creerían en determinadas condiciones *idealizadas* para la cognición, condiciones como información y evidencia completas, racionalidad perfecta y similares. (Por hipótesis, en condiciones *ideales* , todos los conocedores llegarían a la misma creencia sobre las cosas). Todos en el planeta pueden estar equivocados en sus creencias sobre una entidad modestamente objetiva; sin embargo, las creencias formadas en condiciones epistémicas ideales nunca pueden estar equivocadas. Este último punto es lo que diferencia la objetividad modesta de la fuerte.

Algunos filósofos han defendido la idea de que la verdad es, en el mejor de los casos, modestamente objetiva (por ejemplo, la doctrina que Hilary Putnam, en 1981, llama "realismo interno"): lo que es verdad en cualquier dominio es simplemente aquello en lo que los investigadores estarían de acuerdo en condiciones epistémicamente ideales. Desde entonces, las versiones de esta idea han sido objeto de duras críticas (Johnston, 1993) y tiene pocos adeptos. Sin embargo, la objetividad modesta, como las otras concepciones, puede ser particularmente apta en ciertos dominios. Consideremos, por ejemplo, los hechos **(p. 973)** sobre el color. Parece natural decir que hay hechos (modestamente) objetivos sobre el color, aunque el color de un objeto no sea completamente independiente de la mente humana. Por ejemplo, podríamos decir que algo es rojo si y solo si los perceptores normales en condiciones normales de visión estarían dispuestos a verlo como rojo. El color, en este sentido, depende de la mente humana (de la respuesta o percepción humana), pero solo de la respuesta humana en condiciones *apropiadas* . Una idea reciente e importante es que los hechos evaluativos podrían ser modestamente objetivos de una manera similar (por ejemplo, Pettit 1991): los hechos evaluativos dependerían de las respuestas humanas a situaciones moralmente significativas bajo condiciones apropiadas. En ambos casos, sin embargo, es importante especificar las condiciones bajo las cuales la respuesta humana fija la referencia de un

concepto de una manera que no dé por sentado el problema. Obviamente, no servirá, por ejemplo, definir la "normalidad" de los perceptores y de las condiciones de observación en referencia a la obtención del resultado correcto (es decir, ver todas y sólo las cosas rojas como rojas). Algunos filósofos dudan de que las condiciones puedan especificarse de una manera que no dé por sentado el problema (por ejemplo, Wright 1992). A continuación, consideraremos las perspectivas de una objetividad modesta en relación con el derecho.

2 Objetividad epistemológica

La exigencia de objetividad epistemológica es la exigencia de estar libre de *sesgos* y otros factores que *distorsionan* la cognición, que impiden que las cosas que se conocen se presenten como realmente son (metafísicamente). Más precisamente, la objetividad epistemológica requiere que los procesos y mecanismos cognitivos mediante los cuales se forman las creencias sobre el mundo estén constituidos de tal manera que al menos *tiendan* hacia la producción de representaciones precisas de cómo son las cosas. Nótese que la objetividad epistemológica no requiere que los procesos cognitivos

siempre producir representaciones verdaderas: eso exigiría más de lo que es alcanzable y más de lo que se espera.

La objetividad epistemológica se obtiene cuando se cumple cualquiera de las siguientes condiciones: (1) los procesos cognitivos en cuestión llegan *de manera confiable* a representaciones precisas, o (2) los procesos cognitivos están libres de factores que se sabe que producen representaciones inexactas.

Los obstáculos a la objetividad epistemológica varían según el ámbito en cuestión. En derecho, la parcialidad a favor o en contra de una de las partes, o la ignorancia de las normas o hechos pertinentes, serán obstáculos obvios a la objetividad epistemológica.

En las ciencias, y en las ciencias sociales en particular, se suele pensar que los "valores" presentan un obstáculo especial a la objetividad epistemológica en la medida en que influyen en la elección de los temas de investigación y, más grave aún, en la selección y evaluación de las pruebas. Como explica un autor contemporáneo: "Se piensa que los valores dañan la investigación epistemológicamente porque se los considera subjetivos: provienen de nosotros, no del mundo. Por lo tanto, permitir que los valores influyan en la investigación sobre la naturaleza del mundo es permitir que dicha investigación esté **(p. 974)** sujeta a un control distinto del mundo mismo" (Railton 1985: 818). Los valores o normas epistémicos (por ejemplo, normas sobre cuándo la evidencia justifica la creencia) desempeñan, por supuesto, un papel en toda investigación científica; la preocupación se centra en los valores o normas no epistémicos, como la ideología política del investigador o el clima político en el que se lleva a cabo la investigación.

Sin embargo, "no es necesario estar libre de todo valor y sesgo para tener una investigación objetiva", ya que "todavía pueden existir mecanismos de formación de creencias que incorporen la retroalimentación del objeto al sujeto que investiga" (Railton 1985: 818). El mecanismo en cuestión es *causal* : las cosas objetivas metafísicas se hacen sentir *causalmente* , cualesquiera que sean nuestras preconcepciones y valores teóricos. No importa qué sesgo me lleve a negar que hay una puerta cerrada frente a mí, mi intento de atravesarla se verá frustrado (causalmente) por la realidad: la puerta me detendrá.

El impacto causal de la realidad, sin embargo, nos da meramente un criterio *externo* para la objetividad, y todavía no muestra cómo los investigadores podrían determinar si su investigación es epistemológicamente objetiva o no. Aquí, sin embargo, los investigadores podrían buscar ciertos marcadores familiares de objetividad epistemológica, como la existencia de acuerdo intersubjetivo en el juicio, la publicidad de la evidencia y los estándares de prueba, y la reproducibilidad de la evidencia para un juicio por diferentes investigadores: "cuando se cumplan estas condiciones, las contribuciones subjetivas y los sesgos serán excluidos en la medida de lo posible" (Railton 1985: 818). El hecho de que la física

constituya una comunidad global e intercultural de investigadores sugiere fuertemente que es epistemológicamente objetiva: si no lo fuera, entonces uno esperaría que las diferencias locales (en intereses, ideología y similares) condujeran a discursos marcadamente diferentes de la física. Por supuesto, la ausencia de acuerdo intersubjetivo no demuestra *por sí misma* falta de objetividad epistemológica; La pregunta siempre es cuál se supone que es la mejor explicación para la falta de tal acuerdo.

1 En el caso de la

En las ciencias sociales, donde las verdades objetivas pueden entrar en conflicto con intereses arraigados, no debería sorprender que no haya acuerdo sobre ciertas cuestiones científicas sociales. En otros casos, sin embargo, la sospecha será fuerte de que son los intereses y valores arraigados los que distorsionan el conocimiento del mundo social y, en consecuencia, deforman la investigación científica.

(p. 975) 3 Objetividad semántica

La objetividad semántica es una propiedad de los enunciados, más que de las cosas o de los mecanismos cognitivos. Los filósofos de las tradiciones angloamericanas del siglo XX, que abordan la mayoría de los problemas filosóficos planteándolos primero como problemas sobre el lenguaje y su relación con el mundo, se han preocupado sobre todo por cuestiones de objetividad semántica. Por lo general, los filósofos se ocupan de una clase de enunciados característicos de una rama particular del discurso: por ejemplo, la física, la psicología, la ética o la estética. Alguna rama del discurso goza de objetividad semántica cuando sus enunciados son generalmente aptos para ser evaluados en términos de su verdad o falsedad. (No todos los enunciados del discurso tienen por qué ser determinados como verdaderos o falsos –la propiedad de la «bivalencia»–, ya que pocos discursos fuera de las matemáticas puras son bivalentes). *El cognitivismo* es la doctrina de que alguna rama del discurso es semánticamente objetiva.2

Así, por ejemplo, se presume que el discurso de las ciencias naturales es un discurso cognitivo: las afirmaciones científicas sobre el mundo natural son, en general, verdaderas o falsas. Pero, ¿qué sucede con afirmaciones éticas como «Esa distribución de recursos es injusta» o «Dañar a un animal indefenso es moralmente incorrecto»? Muchos filósofos han pensado que, *como cuestión metafísica* , no existen hechos en el mundo que correspondan a la «injusticia» de una distribución o a la

'incorrección moral' de una acción (Gibbard 1990; Mackie 1977; Stevenson 1944). La mayoría de los filósofos que niegan la objetividad metafísica de la moralidad afirman que su semántica no es cognitiva: en lugar de afirmar hechos (que Página 4 de 15

Derecho y objetividad

Según *el no cognitivismo , los enunciados éticos (obtener o no obtener)* expresan actitudes o sentimientos de diversos tipos (Stevenson 1944 y Gibbard 1990 son las versiones más sofisticadas de esta perspectiva). Los no cognitivistas tienen, entonces, la carga de explicar la gramática superficial y la estructura lógica del discurso ético que lo hacen indistinguible del discurso empírico ordinario (compárese: "Esta distribución es injusta" con "Esa silla es roja").

Sin embargo, una minoría de filósofos está de acuerdo en que la moral *no es* metafísicamente objetiva, pero aun así sostienen que la gramática superficial del discurso ético debe tomarse al pie de la letra: el discurso ético pretende enunciar hechos y, por lo tanto, es un discurso cognitivo. Es, por desgracia, un discurso cognitivo cuyos enunciados son casi todos falsos (ya que no hay hechos morales metafísicos y objetivos en el mundo). (Los únicos enunciados éticos verdaderos, según esta perspectiva, serán *negaciones* de juicios éticos: "No, la esclavitud no es realmente moralmente incorrecta"). Esta doctrina se conoce como "teoría del error" (Mackie 1977). Sin embargo, las teorías del error sobre cualquier discurso hacen que resulte desconcertante por qué el discurso debería persistir, y mucho menos ocupar el papel central que el discurso ético **(p. 976)** tiene en las vidas humanas:

¿por qué la gente seguiría participando en un discurso que supuestamente enuncia hechos pero que nunca logra enunciar ningún hecho? El no cognitivismo, como doctrina semántica, al menos identifica un papel importante para el discurso ético: a saber, la expresión de sentimientos y actitudes sobre asuntos de importancia real para los seres humanos y su existencia social.

La mayoría de los filósofos que aceptan que el discurso ético es cognitivo lo hacen porque también creen que la moralidad es metafísica y objetiva (en algún sentido) (Brink 1989; Brower 1993; Pettit 1991; Railton 1986): si hay hechos morales metafísicos y objetivos, entonces las declaraciones morales no serán sistemáticamente falsas como lo sostiene la teoría del error.

¿Cómo podrían existir tales hechos? Una importante línea argumentativa (que también ha sido influyente en la filosofía jurídica) presupone la verdad de la semántica de Kripke-Putnam, según la cual puede haber verdades necesarias (por ejemplo, "el agua es H").

2O') que son descubribles sólo *a posteriori* (Kripke 1980; Putnam 1975). Para quienes piensan que los hechos morales son *fuertemente* objetivos (por ejemplo, Brink 1989; Railton 1986), la idea central es que los hechos morales son simplemente idénticos a (o supervenientes a) los hechos naturales: así como hay enunciados necesarios, *a posteriori,* de identidad de propiedad sobre el agua, también hay enunciados similares sobre hechos morales.4 Por ejemplo, tal vez la propiedad de ser

"Correcto moral" es exactamente idéntico a la propiedad de "maximizar el bienestar humano", entendiendo esta última en términos puramente psicológicos y fisiológicos. En ese caso, si una acción *X* es moralmente correcta es una cuestión fuertemente objetiva, ya que es simplemente una cuestión científica si la acción *X* de hecho maximizará los tipos relevantes de estados psicológicos y fisiológicos en el mundo.

5 La afirmación crucial, claramente, es que los hechos morales deben ser

identificados con (o tratados como supervenientes a) ciertos tipos de hechos naturales. Nuevamente, muchos filósofos son escépticos en cuanto a que esta afirmación pueda ser cierta (por ejemplo, Gibbard 1990).

(p. 977) 4 Derecho y objetividad

En derecho, las cuestiones sobre objetividad surgen en una variedad de dimensiones.6 Por ejemplo: (1) esperamos que el contenido de nuestras leyes sea objetivo en el sentido de tratar a las personas de la misma manera a menos que sean "relevantemente" diferentes. (2) Esperamos que los jueces sean objetivos en el sentido de no estar sesgados en contra de una de las partes o de la otra. (3) Esperamos que las decisiones legales sean objetivas en el sentido de alcanzar el resultado que la ley *realmente* requiere sin dejar que intervengan el sesgo o el prejuicio. (4) En algunas áreas del derecho, esperamos que la ley emplee estándares de conducta "objetivos" (como

estándares de "persona razonable") que no permiten a los actores excusar su conducta basándose en sus percepciones subjetivas en el momento.

Recientemente ha surgido una literatura sustancial sobre la objetividad del derecho, principalmente con respecto a las cuestiones planteadas en (3). De hecho, es aquí, en particular, donde las cuestiones sobre la objetividad de la ética se cruzan con las cuestiones sobre el derecho. Podemos pensar en la problemática central de la siguiente manera.

Los jueces deben decidir los casos. Deben consultar e interpretar las fuentes jurídicas pertinentes (estatutos, precedentes, costumbre, etc.) para determinar los principios y normas jurídicas que rigen el caso y, a continuación, decidir cómo se aplicarán a los hechos del caso. Llamemos "clase de razones jurídicas" a la clase de razones que los jueces pueden considerar legítimamente al decidir una cuestión jurídica.7 Si el derecho es "racionalmente determinado" en algún punto, eso significa

que la clase de razones jurídicas justifica una respuesta única en ese punto: existe, como se dice comúnmente, una única respuesta correcta como cuestión de derecho.

Podemos hablar ahora de la ley como *objetiva* a lo largo de dos dimensiones posibles: **1.** La ley es *metafísicamente* objetiva en la medida en que existen respuestas correctas como cuestión de derecho.

2. La ley es *epistémicamente* objetiva en la medida en que los mecanismos para descubrir respuestas correctas (por ejemplo,

La arbitrariedad, el razonamiento jurídico y otros factores distorsionantes pueden impedir la obtención de respuestas correctas.

Cuando la ley es metafísica y objetiva, podemos decir que existe un "hecho legal": si es racional y determinado, como una cuestión de derecho, que "Leiter es responsable de su negligencia en estas circunstancias", entonces es un hecho legal que Leiter es negligente.

El alcance de estas afirmaciones sobre la objetividad del derecho puede variar. Podemos pensar que el derecho es metafísicamente objetivo sólo con respecto a un estrecho rango de casos (como hacen los realistas jurídicos estadounidenses), o con respecto a casi todos los casos (como hace Dworkin). Podemos pensar que el derecho es epistémicamente objetivo algunas veces o casi nunca. Las afirmaciones sobre la objetividad también pueden divergir. El derecho puede ser metafísicamente objetivo, pero no ser epistémicamente objetivo. Por otra parte, la caracterización anterior **(p. 978)** de la objetividad epistémica presupone para su inteligibilidad que el derecho sea metafísicamente objetivo: no podemos obtener ninguna aceptación de la noción de un "factor distorsionante" sin referencia a las "cosas" que estamos tratando de conocer.8

A menudo, la objetividad de la ética está implicada en la objetividad del derecho. La objetividad metafísica del derecho, como hemos visto, es una cuestión de su determinación racional, es decir, es una cuestión de la clase de razones jurídicas que justifican un resultado único. Sin embargo, si la clase de razones jurídicas incluye razones *morales* , entonces el derecho puede ser objetivo sólo si la moralidad (y el razonamiento moral) es objetivo. La clase de razones jurídicas puede llegar a incluir razones morales de dos maneras.

En primer lugar, y de manera más obvia, las fuentes familiares del derecho (como las leyes y las disposiciones constitucionales) pueden incluir conceptos o consideraciones morales. La Constitución de los Estados Unidos ofrece los ejemplos más conocidos, ya que habla de "igual protección", "libertad" y otras nociones inherentemente morales. Para que los tribunales apliquen estas disposiciones, es necesario que apliquen los conceptos morales incorporados. Para que la ley sea metafísicamente objetiva en estos casos, es necesario que estos conceptos morales tengan un contenido objetivo. Por supuesto, este contenido objetivo no tiene por qué ser fijo en virtud de que la moralidad sea objetiva: un principio interpretativo como "Interpretar cada disposición como habrían pretendido los redactores de la disposición" puede ser suficiente para determinar la aplicación de la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda, sin presuponer nada sobre el significado "objetivo" de "igualdad". Sin embargo, en algunos casos, y según algunas teorías de interpretación, lo que se requerirá es precisamente entender lo que *realmente* requiere la igualdad.9

En segundo lugar, las razones morales pueden ser parte de la clase de razones jurídicas porque son parte de los criterios mismos de validez jurídica. Los juristas naturales sostienen que para que una norma sea una norma jurídica debe satisfacer criterios morales.10 Por lo tanto, un juez que se pregunta si una norma particular (relevante para un caso particular) es una norma jurídica válida debe necesariamente realizar un razonamiento moral. Algunos positivistas jurídicos (positivistas "blandos" o "inclusivos") aceptan una visión similar: sostienen que, como cuestión

contingente, la moralidad puede ser un criterio de validez jurídica si es práctica de los funcionarios jurídicos en alguna sociedad emplear consideraciones morales como criterios de validez jurídica. Para estos positivistas -entre los que se encuentra el principal defensor de la doctrina del siglo, HLA Hart- el razonamiento jurídico en tales sociedades incluirá el razonamiento moral.

Por supuesto, incluso aquellos positivistas (positivistas "duros" o "exclusivistas") que niegan que la moralidad sea un criterio de legalidad pueden sostener que es deber del juez, al ejercer su discreción en casos difíciles, llegar al resultado moralmente correcto. Por lo tanto, si bien la objetividad de la moralidad no afectará, para estos positivistas, la objetividad de la ley, seguirá siendo importante a la hora de pensar en lo que los jueces deben hacer en casos difíciles.

(p. 979) De todas estas maneras, entonces, la objetividad de la moralidad puede estar implicada en cómo pensamos acerca de la objetividad de la ley (o la objetividad del proceso adjudicativo).

5 ¿Qué tan objetiva es la ley?

La mayoría de los escritores que han considerado esta cuestión lo han hecho en gran medida dentro del tipo de marco filosófico esbozado en las secciones anteriores (por ejemplo, Brink 1988 y 2001; Coleman 1995; Coleman y Leiter 1993; Moore 1985).

y 1992 *a* ; Stavropoulos 1996). Escritores como Brink y Moore, por ejemplo, han desarrollado una concepción del derecho como fuertemente objetivo, aplicando la semántica realista (la teoría "nueva" o "causal" de la referencia) de Kripke y Putnam a cuestiones de interpretación jurídica. Como lo explica Stavropoulos:

Tanto Kripke como Putnam atacan lo que llaman la teoría tradicional de la referencia. Esa teoría sostiene que una

La expresión se refiere a cualquier cosa que encaje con la descripción con la que los hablantes asocian la expresión. La descripción pertinente... captura propiedades necesarias del referente que son cognoscibles *a priori* , como en el caso de saber que un soltero es un hombre soltero. Esto no puede ser verdad, argumentan Kripke y Putnam, ya que las expresiones se refieren al mismo objeto en labios de hablantes que sólo pueden asociar la expresión con descripciones vagas o erróneas. De hecho, no sólo los hablantes individuales sino la comunidad en su conjunto pueden estar equivocados acerca de las verdaderas propiedades del objeto relevante... La sugerencia importante que hacen Kripke y Putnam es que la referencia *depende del objeto* . *A qué* objeto se refieren "Aristóteles" o "agua" no está determinado por la descripción asociada, sino que depende de una cuestión de hecho, a saber, a qué objeto se dirige la práctica de uso del nombre o del término. (1996: 8)

Así, si en la antigua concepción el «significado» de una expresión (las descripciones que los hablantes asociaban con ella) fijaba la referencia de la expresión, en la nueva teoría el referente fija el significado. «Agua» escoge cualquier cosa que se nos ocurra bautizar con el nombre de «agua» al comienzo de la «práctica de uso del término». Resulta que esa cosa tiene una microconstitución distintiva: es H2O. Así, «agua» se refiere a algo que es H2O, y eso es lo que significa el término: lo que es H2O. Si podemos aplicar la nueva teoría de la referencia a las expresiones que figuran en las normas jurídicas, entonces podemos reivindicar una explicación del derecho como fuertemente objetiva: el significado de la norma determina su aplicación, y el significado es fuertemente objetivo, es decir, los referentes *reales* de los términos de la norma jurídica determinan el significado de la norma, y la comunidad entera puede estar equivocada acerca de cuál es ese referente.

Esta explicación de la objetividad del derecho plantea problemas en varios niveles diferentes, aunque todos ellos se pueden atribuir a la confianza en la nueva teoría de la referencia. Para empezar, hay razones para ser escéptico sobre si la nueva teoría de la referencia es correcta (p **. ej.,** Evans, 1973; Blackburn, 1988).1

1 Este debate en semántica filosófica

Sin embargo, esto nos llevaría muy lejos, aunque el lector al menos debería ser consciente de que la confianza en la exactitud de la teoría expresada por Brink, Moore y otros tal vez no esté justificada.

Sin embargo, aun admitiendo que la nueva teoría es correcta, no resulta obvio cómo puede ayudar en el caso del derecho. Después de todo, la nueva teoría siempre pareció más plausible para una clase limitada de expresiones: nombres propios y términos de género natural (es decir, términos que identifican las características naturales del mundo acerca de las cuales la ciencia enuncia generalizaciones legales).

La razón tiene que ver con el esencialismo implícito que requiere la nueva teoría: a menos que los referentes tengan características *esenciales* (así como el “agua” tiene una constitución molecular distintiva y esencial), no pueden fijar significados.

Pero ¿cuál es la esencia del "debido proceso" o de la "igualdad de protección"? Primero tendríamos que aceptar alguna versión del realismo moral para que la nueva teoría de la referencia pudiera ayudar.12

Por último, incluso si la nueva teoría de la referencia da la explicación correcta del significado de algunos términos (como los términos de género natural), eso no demuestra que nos dé la explicación correcta del significado para los fines de la interpretación legal.13 Supongamos que la legislatura prohíbe matar "peces" a menos de 100 millas de la costa, con la clara intención (como revela la historia legislativa) de proteger a las ballenas, pero sin darse cuenta de que "pez" es un término de género natural que no incluye a las ballenas dentro de su extensión. La nueva teoría de la referencia nos dice que la ley protege a la lubina pero no a las ballenas, pero seguramente un tribunal que interpretara la ley como que también protege a las ballenas no estaría cometiendo un error. De hecho, uno podría pensar que lo contrario es cierto: que un tribunal *no* proteja a las ballenas sería contravenir la voluntad de la legislatura y, por lo tanto, indirectamente, la voluntad del

pueblo. Lo que sugiere el ejemplo es que la teoría correcta de la interpretación legal *no es* una mera cuestión de semántica filosófica: cuestiones sobre *legitimidad política* -

Las consideraciones sobre las condiciones en las que se puede justificar el ejercicio del poder coercitivo por parte de los tribunales deben informar las teorías de interpretación jurídica, y esas consideraciones pueden incluso prevalecer sobre las consideraciones semánticas.14

(p. 981) La Objetividad Fuerte en relación con los hechos jurídicos plantea otro conjunto de problemas, aparte de los problemas de semántica filosófica (cf. Coleman y Leiter 1993: 612-16). Si la existencia y la naturaleza de los hechos jurídicos son independientes de lo que los abogados y los jueces (incluso en condiciones ideales) creen sobre ellos, entonces ¿cómo obtienen acceso los jueces a dichos hechos? En otras palabras, ¿qué razón hay, desde la perspectiva Objetivista Fuerte, para pensar que las prácticas adjudicativas ordinarias son epistemológicamente objetivas, es decir, implican mecanismos fiables para descubrir hechos jurídicos Fuertemente Objetivos?1

5 El "externalismo" sobre la objetividad epistemológica discutido anteriormente (Sección 2) parece una respuesta poco afortunada en el contexto legal. Recordemos que en la perspectiva externalista, las creencias de uno están justificadas *externamente* , es decir, independientemente de la propia experiencia o conciencia de que están justificadas. *Incluso si* tuviéramos razones para pensar que la adjudicación fuera un mecanismo *confiable* para generar creencias verdaderas sobre hechos legales -y, hasta ahora, no tenemos ninguna razón para pensar eso- parece extraño decir que,

1. Una decisión jurídica puede estar justificada *aunque ningún abogado o juez sepa que está justificada, o puede ¿Alguna vez supiste que estaba justificado* ?

2. Una decisión legal no está justificada *aunque todos los abogados y jueces la consideren justificada* .

Sin embargo, (1) y (2) se desprenden de la conjunción de la Objetividad Fuerte sobre los hechos jurídicos con el externalismo sobre la justificación. De hecho, la Objetividad Fuerte sobre los hechos jurídicos por sí sola implica las afirmaciones contraintuitivas de que **(A)** Es un hecho jurídico que 'Leiter es responsable de su negligencia' *aunque ningún abogado o juez lo crea lo creerán alguna vez* ; y

(B) No es un hecho legal que 'Leiter sea responsable por su negligencia', *aunque todos los abogados y jueces creen que Leiter es responsable, de hecho, aunque todos los abogados y jueces en condiciones ideales lo harían. Creemos que Leiter es responsable* .

Si estas apelaciones a la intuición son correctas, esto podría sugerir que la ley es sólo *modestamente* o quizás *mínimamente* objetiva. Recordemos que la ley es modestamente objetiva si:

X es un hecho jurídico si *en condiciones ideales* los abogados y los jueces lo consideran un hecho jurídico. Recordemos que el derecho es Mínimo y Objetivo si,

X es un hecho jurídico si la comunidad de abogados y jueces lo considera un hecho jurídico. En ambos casos, lo que es el derecho está limitado *epistémicamente* . La visión de la objetividad del derecho —mínima o modesta— que sea correcta depende, a su vez, de si pensamos que nuestro concepto del derecho es uno que permite que todos los profesionales del derecho en un momento dado puedan estar equivocados acerca de lo que el derecho es "realmente": si pensamos que esa idea es absurda, entonces **(p. 982)** estamos comprometidos con la objetividad mínima del derecho; si pensamos que tiene sentido, entonces estamos comprometidos con la objetividad modesta del derecho.16

Por supuesto, cualquier explicación del derecho como modestamente objetivo debe especificar las condiciones

ideales para el juicio de una manera que no dé por sentado el principio. ¿Cuáles son las condiciones para que el juicio dictado en virtud de ellas determine cuáles son los hechos jurídicos? Coleman y Leiter describen al juez ideal (es decir, aquel cuyos juicios se dictan en condiciones epistémicas ideales) como:

(1) completamente informado tanto sobre (*a*) toda la información fáctica relevante, como (*b*) todas las fuentes legales autorizadas (estatutos, decisiones judiciales anteriores);

(2) completamente racional, por ejemplo, observador de las reglas de la lógica; **(3)** libre de prejuicios personales a favor o en contra de cualquiera de las partes;

(4) máxima empatía e imaginación, cuando los casos requieran, por ejemplo, la ponderación de los intereses afectados; y

(5) familiarizado y sensible al conocimiento cultural y social informal del tipo esencial para el razonamiento analógico, en el que las diferencias y distinciones deben marcarse como "relevantes" o

'irrelevante'. (1993: 630)

Sin embargo, uno podría preocuparse de que las nociones de hechos "relevantes" (en 1), empatía e imaginación "máximas" (en 3) y

El conocimiento "informal" necesario para los juicios de "relevancia" (en 5) no puede desarrollarse de una manera que no dé por sentado lo que se pretende, es decir, sin presuponer cuál es la respuesta correcta como cuestión de derecho.

Además, todavía nos enfrentamos a la cuestión del acceso *epistémico* a los hechos jurídicos concebidos como Modestamente Objetivos. Distingamos la " inaccesibilidad *de iure* " de la " inaccesibilidad *de facto* " (Coleman y Leiter 1993: 631). Un hecho es *de iure.* Un hecho es inaccesible de hecho si existe una conexión conceptual entre el hecho y

nuestro conocimiento de él , *pero* sucede, como cuestión contingente en algún caso, que no sabemos cuál es el hecho.

Según la Objetividad Fuerte, los hechos jurídicos son *de iure* inaccesibles porque aquello a lo que podemos acceder epistémicamente *nunca* determina cuál es el caso. (Por supuesto, los hechos jurídicos pueden resultar *de facto* accesibles.) Por el contrario, los hechos jurídicos Modestamente Objetivos sólo serán *de iure* inaccesibles si las condiciones ideales especificadas por la teoría son en sí mismas *de iure* (es decir, en principio o por los términos de la teoría) inalcanzables para los seres humanos. El Objetivista Modesto debe afirmar, entonces, que las condiciones epistémicas ideales para el juicio jurídico (suponiendo que puedan especificarse de una manera que no dé por sentado el principio) son realizables por criaturas como nosotros. Si no lo son, por supuesto, entonces se seguirá que los hechos jurídicos también son *de facto* inaccesibles.

(p. 983) Pero esto sugiere una preocupación adicional sobre la Objetividad Fuerte y Modesta (cf. Leiter 1993: 207-8). Parte de la Página 8 de 15

Derecho y objetividad

El concepto de derecho es que es *normativo* , o *que da razones* . Sin embargo, el derecho no puede ser normativo si es *desconocido* . Por eso necesitamos una respuesta a la cuestión del acceso epistémico, pues un hecho jurídico indetectable no puede *dar* razones, es decir, no puede ser normativo. Cualquier concepción del derecho como fuertemente objetivo o modestamente objetivo plantea el espectro de que el derecho sea incapaz de cumplir su función normativa, en la medida en que el espectro de la inaccesibilidad *de facto* parece estar vivo.

Sólo una concepción del derecho como Mínimo y Objetivo parece garantizar la compatibilidad con la normatividad del derecho, precisamente porque (1) el consenso comunitario es constitutivo de los hechos jurídicos y (2) dicho consenso es necesariamente accesible a esa comunidad.

6 Otros enfoques de la objetividad del derecho

Algunos filósofos han cuestionado recientemente si las formas tradicionales de conceptualizar la objetividad son adecuadas (Dworkin 1996; McDowel 1997; Nagel 1997; Postema 2001; Putnam 1995 *b*).17 En particular, estos filósofos han planteado dos tipos de dudas sobre las caracterizaciones anteriores de la objetividad. En primer lugar, estos filósofos (especialmente Dworkin y McDowel) cuestionan si la concepción de la objetividad metafísica (especialmente la objetividad metafísica *fuerte*) no presupone un punto de vista sobre cómo son las cosas "realmente" al que no podemos tener acceso. Sin embargo, no está claro que las dudas sobre, por ejemplo, la objetividad de la moralidad requieran tal punto de vista: incluso desde "dentro" de nuestras prácticas pueden surgir preguntas sobre la objetividad de la moralidad debido, por ejemplo, a la aparente diversidad de puntos de vista morales, o porque los hechos morales no parecen desempeñar un papel en las explicaciones causales de la experiencia (Leiter 2001 *b*).18

En segundo lugar, algunos de estos filósofos se preguntan si la concepción de la objetividad metafísica como independencia de la mente no es un paradigma demasiado ligado a una imagen de la objetividad del mundo natural y, por lo tanto, no tiene sentido o no debería aplicarse con respecto a la objetividad de dominios como la ética o la estética. En estos dominios evaluativos, no tiene sentido preguntar si hay hechos evaluativos "ahí afuera", "en el mundo". La objetividad del discurso evaluativo es **(p. 984)** simplemente una cuestión de su susceptibilidad a las razones, de nuestra capacidad para someter las posiciones éticas al escrutinio y la discusión racionales.

Según Dworkin, por ejemplo, cuando afirmamos que hay un hecho objetivo acerca de si una interpretación es mejor que otra, o si un principio es moralmente mejor que otro, no estamos haciendo una afirmación *externa* a la práctica de la argumentación moral o interpretativa sustantiva en la que surgen estas afirmaciones. "La esclavitud es objetivamente mala" es simplemente una afirmación *moral* interna a la práctica de la argumentación en la que ofrecemos razones para la proposición de que "la esclavitud

es mala". A pesar de dos mil años de metafísica, simplemente no hay preguntas *metafísicas* "*externas*" acerca del valor; sólo hay ética, sólo argumentos acerca de lo que es correcto, lo que es justo, lo que es bueno, lo que es malo, y cosas por el estilo. Como dice Dworkin: "Cualquier argumento exitoso -realmente, cualquier argumento inteligible- de que las proposiciones evaluativas no son ni verdaderas ni falsas debe ser interno al dominio evaluativo en lugar de arquimediano acerca de él [es decir, externo a] él" (1996: 89). Nagel, aunque no está del todo de acuerdo con Dworkin, caracteriza su visión sucintamente: "la única manera de responder al escepticismo, al relativismo y al subjetivismo acerca de la moralidad es enfrentarlos con argumentos morales de primer orden. [Dworkin] sostiene que las posiciones escépticas deben entenderse en sí mismas como afirmaciones morales, que son ininteligibles como cualquier otra cosa" (1997, p. vi).

Si no estamos haciendo metafísica (o metaética) cuando nos preocupamos por la “objetividad”, entonces ¿qué estamos haciendo?

Según Dworkin, hablar de la incorrección "objetiva" del aborto, por ejemplo, es en realidad sólo un discurso *moral disfrazado* , "nada más que reafirmaciones o elaboraciones clarificadoras, enfáticas o metafóricas de [la afirmación moral interna]".

que el aborto es incorrecto' (1996: 97).

A primera vista, estas observaciones parecen claramente erróneas. Afirmar que el aborto es *objetivamente* malo no es simplemente "repetir" o "enfatizar" que el aborto es malo, sino más bien afirmar una cierta tesis metafísica: a saber, que existe una propiedad de incorrección moral que el aborto tiene, y que tiene de manera bastante independiente de lo que pensemos sobre el asunto.19 Hablar de lo correcto o incorrecto "objetivo" es hablar de cuestiones metafísicas u ontológicas, de qué propiedades contiene el mundo, independientemente de lo que sepamos sobre ellas. Sin embargo, esto es precisamente lo que Dworkin parece negar. Los argumentos de Dworkin han sido ampliamente criticados en otros lugares (Leiter 2001b *)* ; centrémonos aquí en el *quid* de su posición.

Dworkin admite que *es* un argumento legítimamente *externo* negar la objetividad de la moralidad sobre la base de que no cumple con las restricciones impuestas por lo que podríamos llamar una "epistemología científica" que dice -en parte, y de manera bastante aproximada- que: (*a*) sólo puede conocerse aquello que hace una diferencia causal en la experiencia; y **(p. 985)** (*b*) 20

Sólo lo que hace una diferencia causal en la experiencia es real.20 La respuesta de Dworkin es que tal exigencia, hecha en relación con la moralidad, es una petición de principio. Dworkin objeta que la "epistemología jerárquica" del escéptico externo...

trata de establecer estándares para una creencia confiable *a priori* , ignorando las diferencias de contenido entre diferentes dominios de creencia y sin tener en cuenta el rango de creencias que ya consideramos confiables' (1996: 118-19). Si una epistemología científica 'parece apropiada para las creencias sobre el mundo físico' (1996: 119), no tiene sentido para las creencias morales '[d]ado que la moralidad y los otros dominios evaluativos no hacen afirmaciones causales' (1996: 120). Si aceptamos la demanda de que los hechos morales deben figurar en la 'mejor explicación' de la experiencia, se seguirá que 'ninguna creencia moral (o estética o matemática o filosófica) es confiable. Pero podemos invertir ese juicio: si alguna creencia moral es confiable, la prueba de la 'mejor explicación' no es universalmente válida. Cualquier dirección del argumento... plantea la cuestión de la misma manera' (1996: 119).

Pero la cuestión sólo se plantea si aceptamos la falsa suposición de Dworkin de que la exigencia de conformidad con una epistemología científica es en realidad una exigencia arbitraria, a priori.2

1 Esta suposición, sin embargo, revela una completa

El problema es que no se entiende bien qué es lo que impulsa el debate entre el realismo externo y el escepticismo sobre la moral. Lo que motiva tanto el realismo "externo" como el escepticismo es precisamente la idea de que en el mundo posterior a la Ilustración, la *única* guía sostenible para lo real y lo irreal es la ciencia y los estándares epistemológicos que hemos heredado de la práctica científica exitosa. La ciencia (y su epistemología asociada) se ha ganado este lugar de honor al *entregar los bienes* : enviando aviones al cielo, transplantando corazones, refrigerando alimentos, etc. Una epistemología científica -basada en nociones aparentemente tan simples como "la evidencia importa" (las teorías deben responder a la experiencia, no simplemente a la autoridad)- es uno de los legados más preciosos de la Ilustración, un legado que está siendo atacado desde aquellos rincones de la academia donde la mala filosofía reina suprema.

La exigencia de encontrar un lugar para los hechos morales dentro de una epistemología científica no es arbitraria ni a priori, sino simplemente la pregunta natural que se plantea dado el éxito a posteriori de la ciencia. No es que las afirmaciones morales estén simplemente exentas de una epistemología científica porque no implican afirmaciones causales; es más bien que (hablando crudamente) el poder causal ha demostrado ser en los últimos siglos el mejor indicio de lo cognoscible y lo real, y por lo tanto es natural someter cualquier supuesto hecho a esta prueba. Los realistas morales naturalistas como Brink y Railton no son "malos metafísicos" (Dworkin 1996: 127); más bien, reconocen (algo que Dworkin aparentemente no hace) la presión epistemológica generada por el éxito de la investigación empírica **(p. 986)** que honra a una epistemología científica. Dado que ya tenemos en la mano una guía útil sobre lo verdadero y lo real —a saber, la ciencia y sus normas epistémicas— ¿por qué no ver, se preguntan esencialmente estos realistas morales, si los "hechos morales" pueden satisfacer estas demandas (en lugar de sufrir el mismo destino que las brujas y el éter)?

Ahora bien, nadie debería sorprenderse de que si repudiamos las exigencias de una epistemología científica obtengamos una ontología promiscua, repleta de hechos morales, estéticos, teológicos y similares. Pero a menos que

se nos dé una buena razón para repudiar esta epistemología —aparte de la razón patentemente incuestionable de hacer lugar para nuestros hechos favoritos (hasta ahora) sospechosos— la verdadera pregunta acerca de cualquier supuesto hecho es si puede responder a nuestros mejores criterios de lo cognoscible y lo real. 22 Esto es lo que motiva el debate entre el realista externo y el escéptico externo. En lugar de mostrar que su debate es ininteligible, Dworkin simplemente ha revelado su incomprensión tanto de *lo que* están discutiendo como de *por qué* lo están haciendo. Lo que aún no hemos encontrado en Dworkin es ningún *argumento* para aislar el dominio de la moralidad de las exigencias de la epistemología científica que, por lo demás, nos ha servido bien.

Recientemente, Postema 2001 ha salido en defensa de Dworkin en este sentido.23 Incluso si una epistemología científica ha tenido éxito en sus dominios, esto no nos da ninguna razón para esperar que se aplique en todos los contextos. Escribe:

El "éxito" de las ciencias naturales depende, al menos en parte, del hecho de que conscientemente deja entre paréntesis, y por lo tanto guarda silencio sobre grandes porciones de la experiencia humana (en particular, las dimensiones normativas de esa experiencia). Además, el discurso normativo no se ocupa de la moneda base de las ciencias naturales:

explicaciones causales; ¿por qué, entonces, deberíamos aceptar que el éxito en el trazado del mundo organizado bajo la categoría de causalidad nos da licencia para determinar las herramientas para razonar nuestro camino en el mundo práctico? (2001: 134)

Lamentablemente, ambas afirmaciones son, en el mejor de los casos, engañosas y, en el peor, falsas. Lo que ha caracterizado el crecimiento de la ciencia en el siglo XX *no ha* sido su tendencia a "encerrar" dominios de la experiencia humana, sino más bien a ampliar su cobertura para subsumirlos. En el dominio normativo, basta pensar en la teoría psicoanalítica.

Derecho y objetividad

Las teorías de la moralidad y la motivación moral en los albores del siglo XX o las teorías evolucionistas que dominan hoy el estudio científico de la experiencia normativa en los albores del siglo XXI. Esta expansión de la ciencia y de una epistemología científica es, de hecho, la consecuencia previsible de su éxito práctico en sus dominios de aplicación originales.

(p. 987) Ahora bien, si en algún sentido es cierto que la "moneda base" de la ciencia son las "explicaciones causales", es erróneo sugerir que el "discurso normativo" no maneja en absoluto esa moneda. La literatura sobre explicaciones morales (por ejemplo,

Sturgeon 1985: 243–5) está repleto de ejemplos del papel de las afirmaciones causales en el discurso normativo ordinario (por ejemplo,

"Por supuesto que los traicionó, es una persona malvada"). Es perfectamente razonable entonces, incluso en los términos establecidos por el discurso normativo mismo, preguntar si estas explicaciones son *buenas* , y mucho menos *las mejores* explicaciones para los fenómenos en cuestión.24 Pero el hecho de que alguna rama del discurso haga o no afirmaciones *causales* es irrelevante para la aplicabilidad de una epistemología científica: el punto es precisamente que, hasta ahora, *el poder causal es todo lo que tenemos para seguir adelante. ontología* .

Esto nos lleva a lo que Postema llama el "argumento de la caja de Pandora", que "pone un desafío a cualquier planteamiento metodológico".

[es decir, una explicación [no metafísica] [de la objetividad] para proponer una alternativa al poder causal adecuada para distinguir lo objetivo de lo no objetivo (2001: 135). Sorprendentemente, Postema admite: "No tengo ninguna prueba específica que ofrecer" (2001: 136). En cambio, sugiere que una paradoja autorreferencial afecta al compromiso con una epistemología científica: tal epistemología no es objetiva según sus propios criterios (2001: 135).2

5 El verdadero argumento

Sin embargo, la adopción de una epistemología científica no es en sí misma una cuestión epistémica, sino pragmática: tal epistemología, como se señaló antes, ha *dado sus frutos* . Ya hemos visto que el intento de Postema de refutar esa afirmación pragmática fracasó. Por lo tanto, sin un criterio alternativo de objetividad a mano, la caja de Pandora está, en efecto, abierta. En definitiva, Postema se encuentra en una posición tan vulnerable como Dworkin: ninguno de los dos ha logrado mostrar cómo, al pensar en la objetividad, podemos prescindir *de* la metafísica, ni cómo podemos evitar depender de una epistemología científica para dar cuerpo a esta metafísica.26

Referencias

Blackburn, Thomas. 1988. 'La elusividad de la referencia', *Midwest Studies in Philosophy* , 12: 179–94.

Brink, David. 1988. 'Teoría jurídica, interpretación jurídica y revisión judicial', *Philosophy & Public Affairs* , 17: 105–

48.

——1989. *Realismo moral y fundamentos de la ética* . Nueva York: Cambridge University Press.

——2001. 'Interpretación jurídica, objetividad y moralidad', en Leiter (2001 *a*).

(p. 988) Brower, Bruce. 1993. 'Realismo ético disposicional', *Ética* , 103: 221–49.

Coleman, Jules L. 1995. 'Verdad y objetividad en el derecho', *Legal Theory* , 1: 33–68.

—— y Leiter, Brian. 1993. 'Determinación, objetividad y autoridad', *University of Pennsylvania Law Review* , 142: 549–637. También reimpreso en A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation* . Oxford: Clarendon Press, 1995.

Dworkin, Ronald. 1977. *Tomar los derechos en serio* . Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

—— 1996. 'Objetividad y verdad: más vale que lo creas', *Philosophy & Public Affairs* , 25: 87–139.

Evans, Gareth. 1973. 'La teoría causal de los nombres', reimpreso en John McDowel (ed.), *The Varieties of Reference* .

Madrid: Editorial El País, 1982.

Gibbard, Al an. 1990. *Decisiones sabias, sentimientos apropiados: una teoría del juicio normativo* . Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Greenawalt, Kent. 1992. *Derecho y objetividad* . Nueva York: Oxford University Press.

Johnston, Mark. 1993. 'Objetividad refigurada: pragmatismo sin verificacionismo', en J. Haldane y C. Wright (eds.), *Realidad, representación y proyección* . Oxford: Oxford University Press.

Kripke, Saul. 1980. *Nombramiento y necesidad* . Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Leiter, Brian. 1993. 'Objetividad y los problemas de la jurisprudencia', *Texas Law Review* , 72: 187–209.

——1995 *a* . 'El camino medio', *Teoría jurídica* , 1: 21–31.

——1995 *b* . 'Indeterminación jurídica', *Teoría jurídica* , 1: 481–92.

——(ed.). 2001 *a* . *Objetividad en el derecho y la moral* . Nueva York: Cambridge University Press.

——2001 *b* . 'Objetividad, moralidad y adjudicación', en Leiter (2001 *b*).

—— 2001 *c* . 'Hechos morales y mejores explicaciones', *Social Philosophy & Policy* , 18: 79–101.

McDowel, John. 1997. 'Proyección y verdad en la ética', en S. Darwal, A. Gibbard y P. Railton (eds.), *Moral Discurso y práctica: algunos enfoques filosóficos* . Nueva York: Oxford University Press.

Mackie, John. 1977. *Ética: inventando el bien y el mal* . Londres: Penguin.

Moore, Michael S. 1985. 'Una teoría de interpretación de la ley natural', *Southern California Law Review* , 58: 277–398.

—— 1992 *a* . 'El derecho como una especie funcional', en R. George (ed.), *Teoría del derecho natural: ensayos contemporáneos* . Oxford: Clarendon Press.

—— 1992 *b* . 'La realidad moral revisitada', *Michigan Law Review* , 90: 2424–533.

Munzer, Stephen R. 1985. 'Límites realistas en la interpretación realista', *Southern California Law Review* , 58: 459–75.

Nagel, Thomas. 1997. *La última palabra* . Nueva York: Oxford University Press.

Pettit, Philip. 1991. 'Realismo y dependencia de la respuesta', *Mind* , 100: 587–626.

Postema, Gerald. 2001. 'Objetividad apta para el derecho', en Leiter (2001 *a*).

Putnam, Hilary. 1975. 'El significado del “significado”', en *Mente, lenguaje y realidad: artículos filosóficos* , i.

Cambridge: Cambridge University Press.

——1981. *Razón, verdad e historia* . Cambridge: Cambridge University Press.

——1995 *a* . '¿Los valores morales y legales se crean o se descubren?', *Teoría jurídica* , 1: 5–19.

——1995 *b* . 'Respuestas a Brian Leiter y Jules Coleman', *Legal Theory* , 1: 69–80.

Railton, Peter. 1985. 'Marx y la objetividad de la ciencia', en F. Suppe y P. Asquith (eds.), *PSA 1984* , i. Lansing, Michigan: Philosophy of Science Association. También reimpreso en R. Boyd, P. Gasper y JD Trout (eds.), *The Filosofía de la ciencia* . Cambridge, Mass.: MIT Press, 1991.

(p. 989) —— 1986. 'Realismo moral', *Philosophical Review* , 95: 163–207.

Sayre-McCord, Geoffrey (ed.). 1988. *Ensayos sobre el realismo moral* . Ithaca, Nueva York: Cornel University Press.

Sober, El iott. 1982. 'Realismo e independencia', *Noûs* , 16: 369–85.

Stavropoulos, Nicos. 1996. *Objetividad en el derecho* . Oxford: Clarendon Press.

Stevenson, Charles. 1944. *Ética y lenguaje* . New Haven: Yale University Press.

Sturgeon, Nicholas. 1985. 'Explicaciones morales', reimpreso en Sayre-McCord (1988).

Svavarsdóttir, Sigrún. 2001. 'Valores objetivos: ¿Se basa la metaética en un error?' en Leiter (2001a *)* .

Wright, Crispin. 1992. *Verdad y objetividad* . Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Notas:

Agradezco al profesor Yasuji Nosaka sus preguntas inquisitivas y nuestras fructíferas discusiones sobre muchos de estos temas durante su año como profesor visitante en la Universidad de Texas, 1999-2000. Gracias también a Philip Pettit y Scott Shapiro por sus comentarios sobre versiones anteriores de partes de este material.

(1) Dworkin ha atribuido a menudo a los escépticos sobre su tesis de la respuesta correcta un mal argumento verificacionista en el sentido de que "una proposición no puede ser verdadera a menos que haya alguna prueba acordada a través de la cual su verdad pueda demostrarse" (1977: 282). Pero la manera correcta de interpretar el escepticismo sobre la existencia de respuestas correctas en casos difíciles es como un desafío de "mejor explicación": cuando hay un desacuerdo profundo e insoluble sobre la respuesta correcta, ¿cuál es la mejor explicación para ese hecho? El escéptico dice que la mejor explicación en el caso legal es que no hay una respuesta correcta.

(2) Wright 1992 cuestiona si la idoneidad veritativa es el criterio relevante para demarcar discursos semánticamente objetivos; la mayoría de los discursos satisfacen los requisitos sintácticos mínimos para hacer un uso apropiado del predicado de verdad. La cuestión sobre la objetividad del discurso debe ubicarse en otra parte según Wright.

(3) Brink 1988, 2001) ofrece una introducción accesible a los temas principales de la teoría "nueva" o "causal" de la referencia asociada con Kripke y Putnam. Un tratamiento más detallado de las cuestiones de semántica filosófica, nuevamente con la mirada puesta en cuestiones de filosofía del derecho, se puede encontrar en Stavropoulos 1996, 17–34, 53–76.

(4) Esto permite a los realistas morales desviar el famoso argumento de la "cuestión abierta" de GE Moore. El hecho de que fuera una "cuestión abierta" en 1400 si "el agua era H2O" no tiene relación con la necesidad de la relación de identidad, ya que la identidad necesaria aquí fue un descubrimiento a posteriori. Así también, el hecho de que pudiera ser una "cuestión abierta" si

'Lo que es placentero es bueno' no muestra nada sobre la naturaleza real de la bondad, ya que lo que constituye la bondad también puede descubrirse sólo a posteriori.

El argumento de Moore puede recibir un nuevo giro si se lo reformula en el lenguaje del internalismo: la doctrina de que existe una conexión necesaria entre juzgar que « *X* es bueno» y sentir algún impulso motivacional para hacer o tener *X*. Incluso si existen relaciones necesarias a posteriori entre los hechos morales y los hechos naturales, no parece haber ninguna garantía de que descubrir a posteriori que «lo que es bueno es placer» necesariamente ejerza alguna fuerza motivacional para el agente que juzga. «Entonces, el placer es lo que es bueno. ¿Y qué? ¿Por qué debería preocuparme por el placer?»

Parece una pregunta perfectamente inteligible para el juez. La mayoría de los realistas morales (por ejemplo, Railton 1986) responden a este dilema simplemente negando que el internalismo sea verdadero.

(5) La mayoría de los realismos morales naturalistas se basan en versiones del utilitarismo, precisamente porque es fácil ver cuál sería la base naturalista de las propiedades morales en un esquema utilitarista. Una característica peculiar del realismo moral de Moore (1992 *b*) es que se combina con una teoría moral deontológica, aunque dentro de un marco moral realista supuestamente naturalista.

(6) Véase, por ejemplo, Greenawalt 1992 para un estudio de amplio alcance, aunque un poco pobre en su tratamiento de las cuestiones filosóficas.

(7) Véase Leiter (1995 *b*) para esta forma de conceptualizar la indeterminación.

(8) No todos los autores aceptan este vínculo (por ejemplo, Postema 2001). Véase el análisis más detallado en la Sección 6.

(9) Ejemplos de este tipo de enfoque incluyen Brink (1988, 2001), Moore 1985 y Stavropoulos 1996.

Para que una norma sea jurídica, puede ser *necesario que* se cumplan los criterios morales , o puede ser necesario y suficiente. Las formas más sólidas de la teoría del derecho natural sostienen esto último.

(11) También existen dudas más generales sobre el realismo semántico, asociadas con el trabajo de Michael Dummett, Crispin Wright y la lectura de Wittgenstein de Saul Kripke. Estos problemas se analizan en Coleman y Leiter 1993, 568-72, 605-7.

(12) Tanto Brink 1989 como Moore (1992b *)* aceptan el realismo moral. Tal vez en el caso de los términos no morales del derecho, sus características esenciales sean *funcionales* , más que *constitucionales* : por ejemplo, dado que los automóviles pueden estar hechos de todo tipo de materiales, lo esencial de la "automoción" no es su constitución molecular sino sus *funciones distintivas* . Cf.

Moore (1992b *)* , 207–8.

(13) Una versión de este punto fue formulada por primera vez por Munzer 1985, al criticar a Moore 1985.

(14) Considero que el punto del texto es compatible con la observación de Stavropoulos de que el verdadero problema es que "no puede haber una exclusión de principio de las ballenas" de la protección de la ley, y *no* simplemente una disputa semántica sobre "qué es ser un pez" (1996: 192). Continúa: "La teoría errónea de la condición de pez que prevalecía cuando se redactó la ley *explica* por qué se utilizó erróneamente la palabra "pez" para designar la vida marina... [pero] lo que hace que cuente la opinión de los legisladores de que las ballenas no deberían ser excluidas es el principio que justifica la disposición" (ibid.). Pero el principio justificante, por supuesto, no es una formulación de ninguna teoría filosófica del significado o la referencia.

(15) Moore (1992 *b*) adopta una epistemología coherentista, aunque esto no encaja bien con su compromiso con la Objetividad Fuerte. ¿Por qué el hecho de que un conjunto de creencias sean coherentes para un juez debería ser una razón para pensar que esas creencias reflejan la realidad del mundo?

(16) Las perspectivas y los problemas de la objetividad mínima y modesta se exploran en Coleman y Leiter 1993, 616–32.

y en Coleman 1995. La visión de Dworkin podría interpretarse como una versión de la Objetividad Modesta, en la medida en que lo que Hércules considera como la respuesta correcta parece fijar cuál es la respuesta correcta, y Hércules es sólo un juez ideal, es decir,

Alguien con tiempo, conocimiento y poderes de reflexión racional y filosófica ilimitados (Dworkin 1977: 105). Para este tipo de lectura de Dworkin, véase Coleman y Leiter 1993, 633-4. Sin embargo, como veremos en la siguiente sección, Dworkin cuestiona toda la forma de conceptualizar la objetividad implicada en esta caracterización de sus opiniones.

(17) Estas visiones revisionistas de la objetividad han sido ampliamente criticadas (véase, por ejemplo, Leiter 2001 *b* , Svavarsdóttir 2001; Wright 1992).

(18) Algunos filósofos que comparten con Dworkin y McDowel el escepticismo sobre la conceptualización de la objetividad admiten, no obstante, este último punto (por ejemplo, Postema 2001).

(19) Cf. Brink 1989, 20 ('la ética es objetiva... [en el sentido de que] se ocupa de hechos que se sostienen independientemente de las creencias de cualquiera sobre lo que es correcto o incorrecto'); Railton 1986, 164 (la cuestión sobre la objetividad es la cuestión de 'de qué manera, si es que hay alguna, la existencia de propiedades morales depende de los estados mentales reales o posibles de los seres inteligentes').

(20) Una epistemología científica debe, por supuesto, abarcar más que un compromiso con la inferencia como la mejor explicación. Necesitamos, por ejemplo, una doctrina empirista básica (los sentidos pueden ser una fuente de conocimiento), así como ciertas normas epistémicas que no satisfacen ni los criterios empiristas ni los abductivos. Estas normas epistémicas sólo admiten una defensa *pragmática* , como se analiza en el texto.

(21) Aparte de esto, permítanme señalar que si *las creencias* en general y *las matemáticas* en particular (a diferencia de las creencias *sobre* las matemáticas) figurarían en la mejor explicación de nuestra experiencia es una cuestión abierta; esto último, depende, por ejemplo, de si las matemáticas son o no indispensables para la ciencia.

(22) Cualquiera que repudie una epistemología científica debe también aportar alguna explicación nueva y basada en principios de la distinción entre lo real y lo irreal, demostrando que si bien deja lugar, por ejemplo, a los hechos morales, sigue excluyendo de nuestra mejor imagen del mundo varios pseudohechos.

(23) Postema 2001 defiende una concepción de objetividad que es *específica* del derecho —lo que él llama "objetividad como publicidad"— y que considera los juicios jurídicos objetivos si surgen de un proceso de razonamiento práctico público.

Cf. la noción de "objetividad procesal" analizada en Coleman y Leiter 1993: 595-7) y la noción "democrática" en Putnam (1995 *a*).

(24) Para una respuesta negativa a la pregunta, véase Leiter (2001 *c*).

(25) Cf. Putnam (1995 *b*), 71 para una objeción relacionada con el argumento de Leiter (1995 *a*).

(26) Supongamos que nuestra metafísica de los hechos jurídicos es modesta o de objetividad mínima: ¿cómo encajaría eso con una epistemología científica? Tales hechos son, por supuesto, independientes de la mente, *pero*

no en el mismo grado que los fuertemente objetuales. Hechos objetivos . Y serán causalmente eficaces en la medida en que ellos (o los hechos psicológicos con los que son idénticos o sobre los que se basan) figuren en las explicaciones de, por ejemplo, decisiones judiciales. Tenemos, Página 14 de 15

Derecho y objetividad

Es cierto que no hay ninguna prueba de que esto vaya a suceder, pero tampoco hay ninguna prueba de lo contrario.

La cuestión exige mayor reflexión.

Brian Leiter

Brian Leiter es profesor de Jurisprudencia Karl N. Llewellyn y director del Centro de Derecho, Filosofía y Valores Humanos de la Universidad de Chicago. Es autor de Nietzsche on Morality (Routledge, 2002) y Why Tolerate Religion? (Princeton, 2013), y coeditor de Nietzsche (Oxford Readings in Philosophy, 2001), The Oxford Handbook of Continental Philosophy (2007) y Nietzsche and Morality (Oxford, 2007). Sus numerosos artículos sobre Nietzsche han aparecido en Ethics, Philosopher's Imprint, Oxford Studies in Metaethics, European Journal of Philosophy y en otras publicaciones.





Derecho, orientación sexual y género

Manuales de Oxford en línea

Derecho, orientación sexual y género

Edward Stein

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004

Materia: Derecho, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

Documento de la investigación: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0024

2012

Resumen y palabras clave

En este artículo se analizan algunas cuestiones teóricas sobre las orientaciones sexuales y se examinan dos argumentos jurídicos y éticos importantes a favor de los derechos de lesbianas y gays que se relacionan con estas cuestiones teóricas. Se consideran cuestiones fundamentales relacionadas con la orientación sexual y la relación entre la orientación sexual y el género. El objetivo aquí es utilizarlas como punto de partida para considerar dos argumentos jurídicos relacionados con la orientación sexual. Se proporcionan algunos antecedentes sobre la situación jurídica actual de las lesbianas y los hombres gays con el fin de ilustrar el trabajo que deben realizar los argumentos a favor de los derechos de lesbianas y gays. Se hace hincapié en el contexto de los Estados Unidos, pero el análisis general es aplicable a otros países democráticos del mundo que han luchado con cuestiones relacionadas con la orientación sexual. Se pasa a una evaluación crítica del argumento de la discriminación sexual. Se desarrolla el argumento de la discriminación sexual y se desarrollan tres objeciones de principio relacionadas con él.

Palabras clave: argumento ético, orientación sexual, discriminación sexual, género, derechos de los homosexuales **1 Introducción**

En el último medio siglo, las cuestiones jurídicas, políticas y sociales relativas a la homosexualidad se han convertido en cuestiones centrales en diversos contextos en muchas partes del mundo. En particular, las cuestiones

relacionadas con la permisibilidad de las actividades sexuales entre personas del mismo sexo, el deseo de participar en tales actividades, la situación de las relaciones lésbicas y gays, el reconocimiento de las instituciones de la comunidad lesbiana y gay y la idoneidad de la discriminación contra lesbianas, hombres gays y otras minorías sexuales han surgido como algunas de las cuestiones más desafiantes que enfrentan los jueces, legisladores y ejecutivos.

Este capítulo examina algunas cuestiones teóricas sobre las orientaciones sexuales y examina dos argumentos legales y éticos importantes a favor de los derechos de lesbianas y gays que se relacionan con estas cuestiones teóricas. En la Sección 2, considero las siguientes cuestiones fundamentales: ¿qué es una orientación sexual? ¿Cuál es la relación entre la orientación sexual y el género? ¿Las orientaciones sexuales son una construcción social o son "reales"? ¿Qué nos muestra la investigación científica sobre la orientación sexual humana? Mi propósito aquí **(p. 991)** no es explorar estas cuestiones en profundidad, sino utilizar

como punto de partida para considerar dos argumentos jurídicos relacionados con la orientación sexual.

El primer argumento legal2 a favor de los derechos de lesbianas y gays que abordo es el *argumento de* "*nació así*" . Este argumento, que ha recibido una atención favorable entre los teóricos legales y otras personas interesadas en los derechos de lesbianas y gays, apela a la afirmación de que las orientaciones sexuales no se eligen ni son inmutables. Intuitivamente, el argumento es que una persona no debería ser castigada ni discriminada de ninguna manera por una característica que no eligió.3 Los defensores de este argumento intuitivo apelan a la investigación científica que supuestamente demuestra que las orientaciones sexuales son innatas o están determinadas biológicamente.4 Los académicos legales y los litigantes que simpatizan con los derechos de lesbianas y gays han tratado de adaptar este argumento intuitivo a la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos y al marco de derechos legales de otros países.5

Derecho, orientación sexual y género

(p. 992) El segundo argumento que considero, al que llamo el *argumento de la discriminación sexual* , también ha recibido cierta atención favorable. Según este argumento, cualquier forma de discriminación contra las lesbianas, los hombres homosexuales y los bisexuales constituye discriminación sexual.6 Una versión de este argumento, por ejemplo, dice que una ley que prohíbe el sexo oral entre dos hombres o dos mujeres, pero *no* entre un hombre y una mujer, discrimina sobre la base del sexo porque prohíbe a una mujer hacer algo (a saber, tener sexo oral con una mujer) que sí permite hacer a un hombre.7

Además de las cuestiones fundamentales consideradas en la Sección 2, para preparar mi discusión crítica de estos dos argumentos a favor de los derechos de lesbianas y gays, en la Sección 2 proporciono algunos antecedentes sobre la situación legal actual de lesbianas y gays con el fin de ilustrar el trabajo que los argumentos a favor de los derechos de lesbianas y gays deben hacer; los dos argumentos a favor de los derechos de lesbianas y gays en los que me centro son útiles si se evalúan en un contexto legal específico. Hago hincapié en el contexto de los Estados Unidos, pero mi análisis general es aplicable a muchos países democráticos del mundo que han lidiado con cuestiones relacionadas con la orientación sexual.8

A continuación, paso a una evaluación crítica del argumento de "nacido así". Demuestro que este argumento es legal y éticamente defectuoso y que sus premisas científicas no tienen respaldo en el mejor de los casos. Luego paso a una evaluación crítica del argumento de la discriminación sexual. Elaboro el argumento de la discriminación sexual y luego ofrezco tres objeciones de principio relacionadas con él. Demuestro que, como argumento a favor de los derechos de lesbianas y gays, el argumento de la discriminación sexual es sociológicamente, teóricamente y moralmente defectuoso. Después de exponer los defectos de principio de estos dos argumentos, muestro cómo estos defectos conducen a problemas pragmáticos para ambos argumentos. Debido a las trampas

prácticas combinadas con los defectos de principio de estos argumentos, ninguno ofrece una estrategia legal sólida para obtener los derechos de lesbianas y gays.

(p. 993) 2 Antecedentes teóricos

el Simposio de Platón , el personaje Aristófanes ofrece un mito que muchas personas interpretan como acerca de los orígenes de las orientaciones sexuales humanas.9 Según este mito, los humanos alguna vez fueron anatómicamente bastante diferentes: cada humano era 'globular en forma, con... cuatro brazos y piernas, y dos caras... [en] una cabeza, con una cara en un lado y otra en el otro,... y dos lotes de partes privadas...';10 los humanos globulares venían en tres sexos: masculino, femenino y 'un tercero que participaba de la naturaleza de ambos, [llamado]... "hermafrodita",... un ser que era mitad masculino y mitad femenino'.1

1 Como estos humanos globulares amenazaban el poder de los dioses, Zeus los partió por la mitad, dejando «a cada mitad con un anhelo desesperado por la otra...». 12 Una vez divididos, los tres tipos originales de humanos dieron lugar a cuatro tipos diferentes de personas definidas por el tipo de otra mitad que deseaban. Una interpretación natural (aunque polémica)13 de esta historia ve a Aristófanes hablando de heterosexuales masculinos y femeninos (humanos que resultan de la división de un hermafrodita globular), lesbianas (mujeres que resultan de la división de una hembra globular) y hombres homosexuales (hombres que resultan de la división de un hombre globular).

Además, la historia de Aristófanes puede interpretarse como una afirmación de que la orientación sexual de una persona es una característica importante, definitoria e innata. Si esta es la interpretación correcta del mito de Aristófanes es una cuestión que queda fuera del alcance de este capítulo. Lo importante de esta interpretación del mito es que plantea varias cuestiones teóricas sobre los deseos sexuales humanos, a las que me referiré ahora.

2.1 ¿Qué es una orientación sexual?

En el mito de Aristófanes está implícita la idea de que las personas pueden agruparse en diferentes tipos en función del sexo de la persona con la que quieren relacionarse. En nuestro concepto contemporáneo de orientación sexual está implícita una idea similar: pensamos que la orientación sexual de una persona está relacionada de algún modo con su sexo (o género) y con el sexo (o género) de las personas por las que se siente atraída sexualmente **y** /o con las que mantiene relaciones sexuales.14 Tanto en la teoría como en la práctica, puede resultar difícil decir qué constituye el sexo de una persona y determinar qué sexo tiene cada una de ellas. Esto plantea un problema a la hora de ofrecer una explicación sencilla de la orientación sexual.15

Consideremos la distinción estándar entre sexo y género. Típicamente, esta distinción se establece diciendo que *el sexo* (masculino o femenino) está determinado biológicamente (es decir, relacionado con los cromosomas, los genitales internos y/o externos, etc.) mientras que *el género* (hombre o mujer) está determinado por las características y rasgos que los miembros de una cultura consideran asociados con un sexo en particular (longitud del cabello, elección de ropa, características de personalidad, etc.).16 La idea, en una página 2 de 37

Derecho, orientación sexual y género

El lema de la distinción entre sexo y género es que el sexo está entre las piernas, debajo de la camisa y en los genes, mientras que el género está en la cultura. Los académicos, tanto juristas como no juristas, han criticado esta distinción por diversos motivos, en particular argumentando que nuestras opiniones (científicas y no científicas) sobre qué características biológicas son necesarias y/o suficientes para distinguir a los hombres de las mujeres (o viceversa) están cargadas de suposiciones culturales sobre el género y los roles de género y, como tales, pueden ser erróneas.17 Una visión común sobre lo que distingue a los hombres de las mujeres se centra en los genitales.18

Sin embargo, tener un tipo particular de genitales (es decir, testículos y ovarios (genitales internos) y/o penes y clítoris (genitales externos)) no es una condición necesaria ni suficiente para ser hombre o mujer, especialmente a la

luz de la existencia de personas que tienen un testículo y un ovario19 y de personas que tienen

genitales externos 'ambiguos'.20 En general, la existencia de personas *intersexuales* (personas **(p. 995)** que son anatómicamente o fisiológicamente en parte masculinas y en parte femeninas o que tienen genitales que están entre los típicos masculinos y los típicos femeninos)2

1 y personas *transgénero* (personas que sienten que el sexo de su cuerpo difiere de su sentimiento de a qué sexo pertenecen, conocido como su *identidad de género* , ya sea que hayan tenido o puedan planear tener una cirugía de "reasignación de sexo", conocidas respectivamente como transexuales *postoperatorios* y *preoperatorios*)22

causar problemas a las definiciones estándar de masculino y femenino tanto dentro como fuera de la ley.

Como ejemplo de un problema legal que surge en relación con la definición de sexo, consideremos un caso reciente en Texas.

Littleton, un *transexual de hombre a mujer postoperatorio* (es decir, Littleton, fue clasificado como hombre al nacer, pero pasó por

En Kentucky, Littleton cambió legalmente el sexo que figuraba en su certificado de nacimiento a "femenino", se casó con un hombre y obtuvo una licencia de matrimonio válida. Posteriormente, el marido de Littleton murió, supuestamente como resultado de la negligencia de un médico, y Littleton presentó una demanda por homicidio culposo en Texas. El tribunal de Texas sostuvo que Littleton no podía presentar una demanda por homicidio culposo por la pérdida de su marido porque, a los efectos de la ley de matrimonio de Texas, que prohíbe explícitamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, el sexo al nacer es permanente e inalterable.23 Irónicamente, quizás, la decisión *de Littleton* ha llevado a que al menos dos parejas del mismo sexo, compuestas por una mujer y un transexual de hombre a mujer, se casen en Texas.24 Los problemas a los que se enfrenta la explicación estándar de cómo distinguir entre hombre y mujer crean a su vez problemas

para una explicación sencilla de la orientación sexual. Parece claro que de alguna manera la orientación sexual de una persona está relacionada con su sexo (o género) y el de las personas por las que se siente atraída, pero, especialmente a la luz de estos problemas conceptuales con el sexo, no está claro cómo se relacionan.25

2.2 Cómo identificar la orientación sexual de una persona

También está implícita en la interpretación directa del mito de Aristófanes una visión de cómo identificar la orientación sexual de una persona. Según esta visión, es fácil determinar cuál es la orientación de una persona, porque los comportamientos, deseos e identidades relacionados con la orientación sexual de una persona apuntan en la misma dirección. Las hembras que resultan de los hermafroditas globulares originales desean estar entrelazadas con un macho, se comportan de acuerdo con este deseo haciendo cosas como "correr detrás de los hombres", **26** y se identificarían a sí mismas como poseedoras de este deseo y participando en este comportamiento. Las cosas no son tan simples porque los comportamientos sexuales, los deseos sexuales y la identidad sexual de una persona pueden ser discordantes. Se pueden desarrollar tres explicaciones diferentes de cómo identificar la orientación sexual de una persona, cada una asociada con un aspecto diferente de la explicación implícita de Aristófanes de la orientación sexual.

2.2.1 La perspectiva conductual

Consideremos una explicación sencilla de la orientación sexual según la cual la orientación sexual de una persona está determinada por el sexo de las personas con las que tiene relaciones sexuales: si una persona tiene relaciones sexuales con personas del mismo sexo, entonces es homosexual; si tiene relaciones sexuales con personas que no son del mismo sexo, entonces es heterosexual. Según esta perspectiva, la conducta de una persona determina su orientación sexual. Por lo tanto, la llamo la *perspectiva conductual* de la orientación sexual.27 La perspectiva conductual tiene la ventaja de caracterizar las orientaciones sexuales de una manera objetiva y

científicamente accesible. Según esta perspectiva, la orientación sexual de una persona está determinada por los actos sexuales que ha realizado.

Estos actos pueden ser desconocidos para todos, excepto para la persona y sus parejas sexuales, pero en principio son cognoscibles. Esta explicación de la orientación sexual tiene conexiones con el conductismo, una visión psicológica y filosófica popular de principios del siglo XX según la cual uno puede descubrir todo lo psicológicamente interesante acerca de una persona observando su comportamiento.28 Aunque el conductismo tiene la ventaja de hacer transparente la psicología de una persona para un observador, existen legiones de problemas con él. Lo más importante es que, según el conductismo, los demás normalmente estarán en una mejor posición para evaluar mis estados mentales que yo; sin embargo, parece que tengo acceso especial a al menos una parte sustancial de mi vida mental. Con respecto a la orientación sexual, la orientación conductual es una perspectiva psicológica y filosófica popular de principios del siglo XX según la cual uno puede descubrir todo lo psicológicamente interesante acerca de una persona observando su comportamiento. 28

Derecho, orientación sexual y género

Esta visión se basa en la idea de que cualquiera que pueda observar mi actividad sexual sabe todo sobre mi orientación sexual. De hecho, sé más sobre mi orientación sexual que un observador porque sé algo sobre mis deseos sexuales y sentimientos sexuales no expresados. Esto por sí solo es suficiente para socavar seriamente la visión conductual de la orientación sexual.29

(p. 997) 2.2.2 La perspectiva de la autoidentificación

Una alternativa a la perspectiva conductual es la *perspectiva de la autoidentificación* , según la cual la orientación sexual de una persona se basa en la propia evaluación que hace de su orientación sexual. La perspectiva de la autoidentificación dice que si alguien realmente cree que es heterosexual, entonces lo es. A diferencia de la perspectiva conductual, la perspectiva de la autoidentificación permite que una persona pueda tener

una orientación sexual que sea discordante con su comportamiento sexual. Esta perspectiva, sin embargo, tiene el problema de no permitir el autoengaño. Es posible que alguien sea gay sin creer, incluso en lo más profundo de su corazón, que es homosexual. Es posible que una persona joven se sienta atraída por personas del mismo sexo sin darse cuenta, tal vez porque vive en una sociedad en la que la homosexualidad es invisible y no se habla de ella. Esa persona no tendría el concepto de homosexualidad o incluso el concepto de tener relaciones sexuales con una persona del mismo sexo, y no sería capaz de identificarse como homosexual. De hecho, parece posible que una persona sea homosexual si tiene deseos y fantasías sexuales con personas del mismo sexo, aunque estos deseos estén profundamente reprimidos en el subconsciente de esa persona. Esta es una posibilidad, pero la perspectiva de la autoidentificación no la admite.

2.2.3 La perspectiva disposicional

Una perspectiva que parece incorporar las virtudes de las perspectivas conductual y de autoidentificación, al tiempo que evita sus vicios, es la *perspectiva disposicional* de la orientación sexual, según la cual la orientación sexual de una persona se basa en sus deseos y fantasías sexuales y en las conductas sexuales a las que está dispuesta. Si una persona tiene deseos y fantasías sexuales sobre tener relaciones sexuales principalmente con personas del mismo sexo y se inclina, cuando hay libertad sexual y una variedad de parejas sexuales atractivas disponibles, a participar en actos sexuales principalmente con esas personas, entonces esa persona es homosexual. A diferencia de la perspectiva conductual, la perspectiva disposicional permite que las personas puedan tener orientaciones sexuales antes de tener relaciones sexuales. A diferencia de la perspectiva de autoidentificación, la perspectiva disposicional permite que, aunque las personas suelen tener una percepción especial de cuáles son sus orientaciones sexuales, una persona puede reprimir su orientación sexual. La perspectiva disposicional comparte con la perspectiva conductual la virtud de tomar en consideración la conducta de una persona, aunque la perspectiva disposicional lo hace de manera menos directa: según la perspectiva disposicional, ciertas conductas sexuales son relevantes

porque reflejan las disposiciones de una persona. La perspectiva disposicional comparte con la perspectiva de la autoidentificación la virtud de dar peso a la percepción que uno tiene de su propia orientación sexual, aunque la perspectiva disposicional le da menos peso. Por estas y otras razones, la perspectiva disposicional encaja mejor con el concepto contemporáneo de orientación sexual.30

(p. 998) 2.3 ¿Son las orientaciones sexuales "tipos humanos naturales"?

En la última década, aproximadamente, se ha desarrollado un nuevo campo académico interdisciplinario dedicado al estudio de la orientación sexual dentro de las humanidades y las ciencias sociales.3

1 Dentro de este campo, conocido como *estudios lésbicos y gays* , la

El paradigma reinante para pensar sobre la orientación sexual es *el construccionismo* , una visión con raíces en el trabajo filosófico de Michel Foucault y en varios enfoques de la sociología y la antropología.32 El construccionismo sobre la orientación sexual enfatiza las contingencias históricas y culturales de la orientación sexual y la sexualidad.

El construccionismo está en conflicto con el enfoque científico reinante sobre la orientación sexual porque dicha investigación científica está conectada con *el esencialismo* , según el cual nuestras categorías contemporáneas de orientación sexual pueden aplicarse a personas de cualquier cultura y en cualquier momento de la historia.

Volviendo al *Simposio* , algunos estudiosos interpretan el discurso de Aristófanes como si hablara de homosexuales y heterosexuales. Otros dicen que esta interpretación proyecta injustificadamente y erróneamente nuestras categorías sobre una cultura donde el deseo sexual se construía de manera muy diferente. Esta lectura alternativa se apoya en la evidencia histórica de que los griegos pensaban sobre los deseos sexuales de las personas de manera muy diferente a la nuestra. En la Grecia ática, el estatus social de una persona (es decir, si la persona era

ciudadano o no ciudadano, esclavo o persona libre, adulto o niño, mujer u hombre) era importante para la forma en que la cultura veía sus deseos sexuales. En términos de ley y costumbre social, a un ciudadano se le permitía penetrar pero no ser penetrado por un no ciudadano (los no ciudadanos incluían a todos los esclavos, niños, mujeres y extranjeros) y no se le permitía penetrar o ser penetrado por Página 4 de 37

Derecho, orientación sexual y género

Otro ciudadano. Así, las categorías importantes del deseo sexual giraban en torno al estatus cívico de una persona y a si quería penetrar o ser penetrada. Se supone que esta evidencia histórica indica que Aristófanes y sus contemporáneos no tenían nada parecido a nuestras categorías de orientación sexual y que es anacrónico interpretar que Aristófanes hablaba de heterosexuales, lesbianas y hombres homosexuales porque esta interpretación proyecta en su mente nociones que no podría haber tenido.33

Subyacente al conflicto entre el esencialismo y el construccionismo hay una cuestión relativa a *los tipos naturales* . Un tipo natural es una agrupación de entidades que desempeña un papel central en las leyes y explicaciones científicas correctas. Un grupo es un tipo natural en virtud **de** las propiedades que comparten sus miembros o las funciones que desempeñan independientemente de cómo los concibamos. Por ejemplo, si las teorías químicas, físicas y fisiológicas actuales son correctas, entonces el oro, los electrones, la hemoglobina y los corazones son tipos naturales, mientras que las sillas, los ositos de peluche y los refrescos dietéticos no lo son.34

Algunos grupos que consideramos como clases naturales probablemente no lo sean. Como ejemplo histórico, consideremos el *flogisto.3*

5 Hasta finales del siglo XVIII, los científicos creían que el flogisto era un elemento que se encontraba en altas concentraciones en sustancias que ardía al estar expuestas al aire. Ahora sabemos que no existe tal sustancia.

Aunque se pensaba que el flogisto era una clase natural, las leyes científicas en las que el flogisto desempeñaba un papel explicativo son falsas.

Algunos tipos naturales se aplican a las personas. Llamo *tipos humanos naturales a los grupos de personas que desempeñan un papel central en las explicaciones y leyes científicas.36* Un ejemplo de un tipo humano natural sería el grupo de personas con tipo sanguíneo AB.

Las personas con tipo sanguíneo AB constituyen una especie humana natural porque tener este tipo de sangre desempeña un papel en las leyes sobre a qué tipo de personas una persona puede donar sangre y de quiénes puede recibirla. Así como hay muchos grupos de cosas que *no son* especies naturales, hay muchos grupos de personas que no son especies humanas naturales; yo los llamo especies humanas *sociales* . Un ejemplo sería un miembro registrado del Partido Demócrata. Tal agrupación no desempeña un papel explicativo en las explicaciones científicas. De manera similar, así como hay grupos que fueron identificados erróneamente como especies naturales, hay grupos de personas que se suponía que eran especies humanas naturales, pero que no lo son. Como ejemplo, considere a la mujer histérica,37 una mujer que supuestamente sufre de una enfermedad, llamada histeria, cuyos síntomas incluyen arrebatos incontrolables, espasmos, parálisis, hinchazón, ceguera y sordera.

En un principio se pensaba que la histeria era causada por un útero "errante", pero luego se la consideró una enfermedad neurótica específica que afectaba principalmente a las mujeres. A muchas personas se les diagnosticaba histeria cuando, de hecho, tenían otra enfermedad no identificada o estaban deprimidas, cansadas o nerviosas. Hoy en día, nadie cree que la histeria sea una enfermedad real.

Es relativamente sencillo utilizar la noción de un género humano natural para definir con precisión el construccionismo y el esencialismo38 sobre la orientación sexual. El esencialismo sobre la orientación sexual es la visión de que las orientaciones sexuales son géneros humanos naturales **(p. 1000)** , mientras que el

construccionismo sobre la orientación sexual es la visión de que las orientaciones sexuales no son géneros humanos naturales.39 El debate entre el esencialismo y el construccionismo sobre la orientación sexual es un debate sobre si las orientaciones sexuales son géneros humanos naturales, en otras palabras, si las orientaciones sexuales funcionarán en leyes científicas y explicaciones científicas. Comprender este debate es una condición previa necesaria para responder a preguntas metafísicas, científicas y éticas sobre la orientación sexual.

Vivimos en una cultura en la que la orientación sexual es un hecho importante sobre la persona, un hecho que parece profundo y abierto a la explicación científica. Los esencialistas sobre la orientación sexual tratan de basarse en este hecho sobre nuestra cultura para argumentar a favor de la afirmación de que los heterosexuales y los homosexuales son especies humanas naturales. En cambio, los construccionistas niegan que nuestras categorías de orientación sexual se refieran a especies humanas naturales. Bien entendido, el debate entre el esencialismo y el construccionismo sobre la orientación sexual es un debate empírico: si queremos determinar si la orientación sexual se entiende mejor utilizando las herramientas estándar de la ciencia, necesitamos determinar si los homosexuales y los heterosexuales son especies humanas naturales y si pueden figurar en leyes científicas y explicaciones científicas. Esto no quiere decir que el debate esencialismo-construccionismo se reduzca al debate naturaleza-educación, un punto que enfatizo en la sección que sigue.

2.4 ¿Son las orientaciones sexuales innatas?

El debate entre el construccionismo y el esencialismo se confunde comúnmente con el de si las orientaciones sexuales son innatas (*nativismo*) o resultado de factores ambientales (*ambientalismo*). Como se suele discutir, la cuestión entre el nativismo y el ambientalismo se basa en una falsa dicotomía: ningún rasgo humano es estrictamente el resultado de la genética o estrictamente el resultado de factores ambientales; todos los rasgos humanos son el resultado de ambos. Hay rasgos genéticos y ambientales.

Factores neurológicos que afectan incluso a los rasgos aparentemente más ambientales, como, por ejemplo, la especialidad que una persona estudiará en la universidad. Por otro lado, los factores ambientales contribuyen al desarrollo incluso de los rasgos aparentemente más genéticos, por ejemplo, el color de los ojos: si no hubiera consumido suficiente cantidad de **ciertos** tipos de vitaminas y minerales en momentos cruciales, aunque mis genes fueran los mismos, mis ojos podrían tener un color diferente al que tienen. Sin embargo, existe un rango en el que los genes limitan un rasgo: el tipo de sangre de una persona está más estrechamente limitado por factores genéticos que la especialidad que uno estudie en la universidad. Tengo genes que hacen que sea casi seguro que mi tipo de sangre será B, pero no tengo genes que hagan que sea casi seguro que me especializaré en filosofía. El debate nativismo-ambientalismo sobre la orientación sexual, correctamente entendido, se refiere a dónde encaja la orientación sexual en el continuo entre el tipo de sangre y la especialidad universitaria.

Mucha gente asume que si el esencialismo sobre la orientación sexual es verdadero, entonces el nativismo sobre la orientación sexual es verdadero, y si el construccionismo sobre la orientación sexual es verdadero, entonces el ambientalismo sobre la orientación sexual es verdadero.

No es así. El esencialismo podría seguir siendo cierto incluso si el ambientalismo lo fuera. Por ejemplo, si, como parece improbable,40 la orientación sexual de una persona está relacionada con sus interacciones emocionales con sus padres4

1 o con el

Si una persona tuviera una orientación sexual determinada por la naturaleza de su primer encuentro sexual,42 entonces las orientaciones sexuales podrían seguir siendo tipos humanos naturales. Si una vez que el ambiente ha tenido sus efectos, una persona tiene una orientación sexual determinada por la naturaleza y su cerebro crea un

estado psicológico particular en virtud del cual es heterosexual u homosexual, entonces ciertas leyes científicas se le aplican y la orientación sexual sería un tipo humano natural, aunque no sea principalmente genética. El mismo ejemplo bastará para mostrar que si la orientación sexual está determinada principalmente por factores ambientales, el construccionismo no necesariamente se sigue.43 Esto deja en claro que el construccionismo y el esencialismo son tesis *empíricas* , son afirmaciones que solo pueden establecerse mediante la observación y/o la experimentación.

En los últimos años, la investigación científica sobre la orientación sexual ha atraído mucha atención en diversos ámbitos. Una serie de estudios científicos publicados en importantes revistas científicas han sostenido que las orientaciones sexuales son innatas o se fijan a una edad muy temprana.44 Si bien estos estudios, en su mayor parte, no han sido replicados y han sido criticados por algunos investigadores y académicos,4

5 algunos científicos y algunos **(p. 1002)** no científicos

Algunos comentaristas han llegado al extremo de sugerir que está surgiendo un *nuevo paradigma científico* para el estudio de la sexualidad humana.46 Este no es el lugar para presentar un análisis detallado de esta evidencia científica y sus méritos. Por ahora, ofrezco mi propia evaluación del "paradigma de investigación científica emergente" para la orientación sexual.

En primer lugar, el paradigma de investigación emergente se basa, de diversas maneras, en una analogía entre los comportamientos y deseos sexuales de los animales (en particular, las ratas) y los humanos.47 Sin embargo, como el comportamiento sexual animal varía enormemente entre las diferentes especies,48 no hay ninguna razón de peso para pensar que un animal *en particular* constituya un modelo adecuado de la orientación sexual humana. La fuerza de una analogía con un animal en particular se ve socavada por la diversidad de comportamientos sexuales animales a menos que se aporten pruebas específicas de por qué una especie animal se parece más a los humanos en términos de comportamientos sexuales que otras

especies. Además, muchos intentos de aplicar la investigación sobre el comportamiento sexual animal a los deseos sexuales humanos son culpables de antropomorfismo.

En segundo lugar, aunque los principales estudios que se supone que sustentan el paradigma de investigación emergente están bien ubicados, son ampliamente citados y ampliamente aceptados, cada uno de ellos enfrenta serios problemas metodológicos e interpretativos. Los estudios en el paradigma científico emergente adoptan, explícita o implícitamente, una explicación problemática de lo que es una orientación sexual, tienen problemas para encontrar un grupo de sujetos apropiados para estudiar, aceptan suposiciones injustificadas sobre la tasa base de homosexualidad y hacen una variedad de suposiciones implícitas, muy variadas e injustificadas sobre la homosexualidad.49 El espacio no permite una discusión de todos estos problemas, pero quiero mencionar sólo dos.

Un supuesto específico que se hace como parte del paradigma de investigación emergente, al que llamo el *supuesto de inversión* , es que la orientación sexual es un rasgo con dos formas, una forma masculina que causa atracción sexual hacia las mujeres (compartida por hombres heterosexuales y lesbianas) y una forma femenina que causa atracción sexual hacia los hombres (compartida por mujeres heterosexuales y hombres homosexuales). Este supuesto es evidente, por ejemplo, en la ecuación de la actividad sexual del mismo sexo en hombres con afeminamiento. La investigación basada en el supuesto de inversión generalmente procede primero tratando de identificar diferencias sexuales y luego viendo si alguna supuesta diferencia sexual está invertida en los homosexuales. Hay alternativas al supuesto de inversión. Tal vez, desde el punto de vista fisiológico, los hombres homosexuales y las lesbianas deberían agruparse juntos y los hombres y mujeres heterosexuales **(p. 1003)** deberían agruparse juntos. Este sería el caso si los heterosexuales tuvieran una estructura cerebral o fisiología que los dispusiera a sentirse sexualmente atraídos por personas del mismo sexo.

Derecho, orientación sexual y género

En el caso de los hombres homosexuales, el cerebro de las mujeres es más propenso a sentirse atraídos sexualmente por personas del mismo sexo, mientras que el de las lesbianas y los hombres homosexuales es más propenso a sentirse atraídos sexualmente por personas del mismo sexo. O, más plausiblemente, podría no haber diferencias generalizables interesantes en los cerebros que se correlacionen con estas categorías de orientación sexual. Este sería el caso si las orientaciones sexuales se presentan en más de dos formas.50 Además, este sería el caso incluso si sólo hay dos orientaciones sexuales pero las motivaciones conscientes e inconscientes asociadas con la atracción sexual difieren entre individuos del mismo sexo y orientación sexual, es decir, si las experiencias (y las interpretaciones subjetivas de ellas) interactúan para llevar a diferentes individuos al mismo grado relativo de atracción sexual por hombres, mujeres o ambos. Debido a que, por ejemplo, la atracción sexual por las mujeres podría estar impulsada por varios factores psicológicos diferentes, no hay razón para esperar que todos los individuos atraídos por las mujeres compartan una fisiología particular que los distinga de los individuos atraídos por los hombres.51

Otro supuesto específico que plantea el paradigma de investigación emergente se refiere al esencialismo sobre la orientación sexual. He demostrado anteriormente que el esencialismo es una tesis empírica para la que la investigación científica sobre la orientación sexual es relevante. Sin embargo, para *establecer el esencialismo, un estudio no puede suponer* incuestionablemente que lo es. Para que un estudio tenga la posibilidad de proporcionar apoyo a una tesis empírica, tiene que ser posible que el estudio pueda producir resultados que cuenten en contra de la tesis.52

No he presentado un argumento concluyente contra el paradigma de investigación emergente. Es posible, como han sugerido algunos científicos, que exista un gen en el cromosoma X que codifique un determinado patrón de síntesis de proteínas que, a su vez, conduzca a determinados patrones de secreciones hormonales prenatales y/o a determinados tipos de reacciones a determinadas hormonas que, a su vez, conduzcan al desarrollo de determinados mecanismos psicológicos,

basados en regiones específicas del hipotálamo, que predisponen a los hombres a desear la actividad sexual con otros hombres. 53 Esta teoría *puede* ser cierta, pero, por razones que he esbozado **(p. 1004)** en los párrafos anteriores y desarrollado en otros lugares, no creo que ésta ni ninguna otra teoría específica que forme parte del paradigma de investigación científica emergente sea particularmente *plausible* . 54 De hecho, es al menos tan plausible como que las orientaciones sexuales tal como las concebimos *no sean* tipos humanos naturales.

El paradigma de investigación científica emergente tiene el carácter de un paradigma de investigación aún no establecido. Thomas Kuhn, en su obra clásica, *La estructura de las revoluciones científicas* ,5

5 distinguió entre períodos de 'normalidad'

En los períodos de ciencia normal, los supuestos teóricos y metafísicos básicos de un campo científico se aceptan y se mantienen constantes. Los profesionales de un campo de este tipo realizan experimentos utilizando un marco bien establecido. En cambio, durante los períodos revolucionarios, partes significativas del paradigma de un campo están en juego. El estudio científico del deseo sexual humano está, en el mejor de los casos, atravesando un período de revolución. Los profesionales de este campo aún no han establecido un paradigma en el que pueda proceder la "ciencia normal". Dentro de una década, el paradigma de investigación emergente puede muy bien resultar haber sido un comienzo falso en la búsqueda de una explicación de cómo se desarrollan los deseos sexuales humanos.

2.5 ¿Es la orientación sexual de una persona una elección?

Otra pregunta fundamental e importante sobre la orientación sexual es si la orientación sexual de una persona es una elección. Esta pregunta presenta un problema básico: lo que significa que una característica sea una elección es algo a la vez vago y ambiguo. En primer lugar, el hecho de que un rasgo no sea elegido no significa que esté determinado biológicamente. Por ejemplo, las personas no eligen su lengua materna, pero esto no implica

que la lengua materna de una persona esté determinada genéticamente. En segundo lugar, el hecho de que un rasgo esté determinado biológicamente no implica que la elección no desempeñe ningún papel en la expresión y el desarrollo de ese rasgo. Podría ser, por ejemplo, que yo naciera con una habilidad musical especial que pocas personas tienen. Aun así, puedo elegir no desarrollar o expresar esa habilidad. No todos los rasgos de base biológica son así (no hay ninguna elección implicada en el desarrollo del tipo sanguíneo), pero algunos rasgos, aunque biológicos, requieren elecciones para ser expresados. En tercer lugar, algunas características pueden determinarse como resultado de elecciones que, a primera vista, parecen no tener nada que ver con la característica que fijan. Por ejemplo, mi decisión de la infancia de ver regularmente un programa de televisión en particular puede haber llevado involuntariamente a que desarrollara ciertas características de personalidad. Nunca *decidí* tener estos rasgos de personalidad, pero mi decisión de ver ese programa de televisión puede haber llevado a estos rasgos. ¿Sería correcto decir que elegí *tenerlos* ? Considere la distinción entre una elección *directa y una* elección *indirecta . Una persona* **(p. 1005)** hace una elección directa de *X* si hace algo con la intención consciente de hacer *X* , mientras que una persona hace una elección *indirecta* de *X* si hace algo *sin* la intención consciente de hacer *X.* Tomé una elección directa de ver ese programa de televisión cuando era niño, pero, al hacerlo, tomé una elección indirecta de tener ciertas características de personalidad.

Derecho, orientación sexual y género

Ahora me referiré a tres puntos relacionados con la orientación sexual. En primer lugar, el ecologismo sobre la orientación sexual es coherente con el hecho de que la orientación sexual no es una elección. Por lo tanto, la orientación sexual no necesita estar determinada biológicamente para ser inmutable. De hecho, cualquiera que sea el mérito de la investigación científica sobre la orientación sexual, la evidencia es abrumadora de que la orientación sexual de un adulto es casi imposible de cambiar.56 Esta evidencia por sí sola debería ser suficiente

para establecer que las orientaciones sexuales son inmutables para los fines pertinentes. En segundo lugar, el nativismo sobre la orientación sexual es coherente con el hecho de que las elecciones desempeñan un papel significativo en el desarrollo o la expresión de una orientación sexual. Incluso si una persona es gay en virtud de la biología, todavía tiene que *elegir* ser abiertamente gay, mostrar afecto hacia personas del mismo sexo y tener relaciones sexuales o formar familias con personas del mismo sexo.

En tercer lugar, la orientación sexual puede ser el resultado de elecciones *indirectas* . Por lo que sabemos, la orientación sexual de una persona puede ser el resultado de la decisión de jugar al baloncesto más a menudo que al ajedrez, de jugar con soldados más a menudo que con muñecos, de comer espinacas más a menudo que gelatina, o de alguna combinación de otras elecciones que uno pueda haber hecho.57 Esto no quiere decir que las personas desarrollen sus deseos sexuales subyacentes simplemente al decidir cuál es su orientación sexual, de la misma manera que uno podría decidir por qué candidato votar en una elección.58 Lo que quiero decir aquí es que las cuestiones sobre la orientación y la elección sexuales son complicadas y hay que tener cuidado al pensar en ellas. Incluso una teoría genética de la orientación sexual tiene que admitir que, al menos para un número significativo de personas **(p. 1006)** , la orientación sexual está causada por factores ambientales que difieren incluso entre gemelos idénticos criados juntos.59 Las elecciones que hacen los individuos, ya sean directas o indirectas, podrían explicar por qué al menos la mitad de los pares de gemelos idénticos en los que al menos uno es gay son discordantes en cuanto a la orientación sexual.

Varios pensadores han tratado de conectar la cuestión de si la orientación sexual de una persona es una elección con el debate entre esencialistas y construccionistas sobre la orientación sexual de la siguiente manera: los construccionistas deben pensar que las orientaciones sexuales son elegidas (*voluntarismo*) y los esencialistas deben pensar que las orientaciones sexuales no son elegidas (*determinismo*).60 Si bien puede resultar que muchos construccionistas sean voluntaristas y muchos

esencialistas sean deterministas, el construccionismo es compatible con el determinismo.6

1 Consideremos la categoría de ser un

campesino o ser miembro de la realeza. Estos son seguramente ejemplos paradigmáticos de tipos humanos *sociales* , pero tener una de estas propiedades podría muy bien *no* ser una elección. Así como uno podría no ser capaz de elegir ser miembro de cualquier clase social o económica aun cuando la pertenencia a tal clase constituya un tipo humano social, también podría ser que la orientación sexual no sea elegida aun cuando la orientación sexual sea un tipo humano social. Además, el esencialismo es compatible con el voluntarismo; es posible que las orientaciones sexuales sean tipos humanos naturales y que la elección juegue un papel en el desarrollo de las orientaciones sexuales. Un ejemplo de una teoría de los orígenes de las orientaciones sexuales que es esencialista y voluntarista es la teoría del primer encuentro, una versión de la cual dice que la orientación sexual de uno está determinada por la primera experiencia sexual.62 Desde esta perspectiva, ser heterosexual u homosexual es un tipo humano natural, pero uno puede elegir efectivamente cuál es su orientación sexual eligiendo apropiadamente a la primera persona con la que tiene relaciones sexuales. Dado que el esencialismo y el voluntarismo son compatibles, y que el construccionismo y el determinismo son compatibles, es un error reducir la distinción entre construccionismo y esencialismo a la distinción entre determinismo y voluntarismo o viceversa. No podemos determinar si la orientación sexual es una elección recurriendo a la cuestión de si las orientaciones sexuales son tipos humanos naturales.

(p. 1007) 3 Derechos de lesbianas y gays

En esta parte analizo algunas de las cuestiones jurídicas relacionadas con las orientaciones sexuales para ofrecer un contexto en el que evaluar dos argumentos a favor de los derechos de lesbianas y gays. Las reivindicaciones de derechos de lesbianas y gays encajan en tres categorías que se superponen en cierta medida: reivindicaciones de despenalización de la actividad sexual entre personas del

mismo sexo, reivindicaciones de protección contra la discriminación por motivos de orientación sexual y reivindicaciones de reconocimiento de las relaciones e instituciones de lesbianas y gays.63 Considero brevemente la situación de estos tres tipos de reivindicaciones en los Estados Unidos.

En los Estados Unidos, quince estados, así como el ejército, que es una jurisdicción penal separada, tienen leyes que penalizan la mayoría de las formas de actividad sexual entre personas del mismo sexo.64 La despenalización implica la derogación de dichas leyes (conocidas colectivamente como leyes de sodomía) y otras leyes que regulan la actividad sexual consentida entre personas del mismo sexo. Los reclamos por la despenalización de la actividad sexual entre personas del mismo sexo argumentan que dichas leyes violan el derecho a la privacidad, son ejemplos de

"crímenes sin víctimas" que no deberían ser criminalizados y que esas leyes, incluso cuando no se aplican, perjudican a las minorías sexuales de manera injustificable.

El segundo tipo de reivindicación de los derechos de lesbianas y gays se refiere a la protección contra la discriminación basada en la

Derecho, orientación sexual y género

Orientación sexual. Actualmente, treinta y nueve estados carecen de protección contra dicha discriminación, es decir, es legal en esos estados que una entidad no estatal discrimine en materia de contratación y vivienda a una persona en virtud de su orientación sexual.6

5 Además, el Título VI, la ley federal que prohíbe la discriminación en el empleo por motivos de raza, sexo y otras características, no impide a los empleadores discriminar por motivos de orientación sexual.66 En pocas palabras, una lesbiana (o un hombre gay o bisexual) — incluso si puede demostrar que la orientación sexual fue la única razón por la que no fue contratada o despedida de un trabajo— no tiene ningún recurso legal en la mayoría de los estados. Los defensores de los derechos de lesbianas y gays

argumentan que, así como el estado protege contra la discriminación por motivos de raza y otras características inapropiadas **(p. 1008)** , también el estado debería actuar como un "escudo civil"67 contra las prácticas que discriminan a las lesbianas y los hombres gays.68

La tercera categoría de demandas de derechos de lesbianas y gays es menos sencilla. Las lesbianas y los gays argumentan que sus relaciones e instituciones merecen reconocimiento y que, bajo el régimen legal actual, no obtienen ese reconocimiento. En particular, ningún estado permite que las parejas del mismo sexo se casen y obtengan así la amplia gama de derechos, beneficios y privilegios que se asocian con el matrimonio.69 Vermont ahora permite que las parejas del mismo sexo celebren uniones civiles, que ofrecen la gama completa de derechos, beneficios y responsabilidades que conlleva el matrimonio en Vermont.70 Sin embargo, incluso si algún estado permitiera que las parejas del mismo sexo se casaran, esas parejas no podrían lograr que sus matrimonios fueran reconocidos en la mayoría de los estados o por el gobierno federal.7

1 Además de no poder, por

En la mayoría de los casos, para que sus relaciones íntimas sean legalmente reconocidas y sancionadas, a los empleados gays y lesbianas de agencias estatales y a los estudiantes gays y lesbianas de escuelas financiadas por el gobierno se les niega con frecuencia la financiación para sus organizaciones. Tales asimetrías también aparecen con respecto a diversas manifestaciones de la cultura gay y lesbiana y el discurso de los hombres gay y lesbianas. Por ejemplo, se ha prohibido que las expresiones artísticas que reflejan la cultura gay y lesbiana reciban apoyo gubernamental y las representaciones de y por lesbianas, hombres gay y bisexuales han jugado un papel central en los debates sobre la financiación gubernamental de las artes y los estándares públicos de "decencia".

Además, cuando el Estado intenta regular el discurso en el ciberespacio, el discurso de las minorías sexuales se encuentra entre los discursos típicamente restringidos.

En Estados Unidos, los argumentos jurídicos a favor de los derechos de lesbianas y gays se pueden dividir, en su mayor parte, en dos tipos: argumentos basados en *la igualdad y argumentos* basados en *la privacidad* **(p. 1009)** . Una serie de casos que se inició en 1965 con *Griswold v Connecticut* 72 y que incluyó *Roe v Wade* 73 encontró un derecho a la privacidad en la Constitución de Estados Unidos.

A fines de los años 1970 y principios de los años 1980, respaldados por estas decisiones, muchos defensores de los derechos de lesbianas y gays esperaban que era sólo cuestión de tiempo hasta que la línea de casos de privacidad se extendiera para abarcar el derecho a participar en actividades sexuales con personas del mismo sexo y que los argumentos de privacidad tomarían la delantera en la generalización de los derechos de lesbianas y gays.74 De hecho, este fue el argumento principal presentado ante la Corte Suprema por los abogados de Michael Hardwick, un hombre abiertamente gay que fue arrestado por participar en sodomía consensuada (específicamente, sexo oral) con otro hombre en su propio dormitorio.7

5 En una decisión de cinco a cuatro, la Corte Suprema

rechazó este argumento, sosteniendo que el derecho a la privacidad articulado en casos anteriores se aplica sólo cuando hay una conexión con "la familia, el matrimonio o la procreación".76 Según la mayoría *de Bowers* , el derecho a la privacidad, tal como aparece en la Constitución de los Estados Unidos, no requiere ni que "cualquier tipo de conducta sexual privada entre adultos que consienten esté constitucionalmente aislada de la proscripción estatal"77 o que exista un "derecho fundamental a la sodomía homosexual".78

Después de *Bowers* , los litigantes y teóricos legales que defendían los derechos de lesbianas y gays abandonaron en su mayoría los argumentos sobre la privacidad.

—aunque continuaron utilizándolos en los tribunales estatales79 —y comenzaron la tarea de 'discutir en torno a [*Bowers v*]

Hardwick '.80 Para ello, recurrieron a argumentos basados en la igualdad que se basan en la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda y se alejaron de los argumentos basados en la privacidad que se basan en las cláusulas del debido proceso de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta.8

Esta medida fue acompañada de un cambio desde el enfoque en la derogación de las leyes que criminalizan las actividades sexuales entre personas del mismo sexo a un enfoque en la derogación de las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual.

La Corte Suprema ha interpretado la Decimocuarta Enmienda como que requiere escepticismo hacia los estatutos que hacen uso de varias clasificaciones, incluyendo raza, **(p. 1010)** etnicidad, origen nacional, legitimidad y sexo.82 Los litigantes y académicos legales que intentan "discutir en torno a *Bowers* " dicen que los estatutos que hacen uso de clasificaciones de orientación sexual, como aquellos que hacen uso de clasificaciones raciales y otras clasificaciones sospechosas, deberían estar sujetos a un escrutinio más riguroso.83 La esperanza es que si los tribunales dan un escrutinio más riguroso a los estatutos que hacen uso de clasificaciones de orientación sexual, entonces se encontrará que dichos estatutos violan la igualdad de protección.

Derecho, orientación sexual y género

En términos conceptuales, aquí es donde encajan el argumento de “nací así” y el argumento de la discriminación sexual. Son intentos de elaborar argumentos basados en la igualdad para defender los derechos de lesbianas y gays. El argumento de “nací así” se basa en la idea de que una persona no debería ser castigada ni discriminada en virtud de una característica que no eligió.

El argumento de la discriminación sexual se basa en la idea de que la discriminación por orientación sexual implica necesariamente discriminación sexual. En el contexto de

los Estados Unidos, ambos argumentos tratan de encajar en la jurisprudencia existente de la Corte Suprema sobre igualdad de protección. La Corte Suprema no se ha pronunciado directamente sobre la cuestión de si las leyes que hacen uso de clasificaciones de orientación sexual merecen un escrutinio más riguroso. La mayoría de los tribunales estadounidenses que han considerado esta cuestión han sostenido que las clasificaciones de orientación sexual no *merecen* un escrutinio más riguroso.84 Los pocos tribunales que han dictaminado que las clasificaciones de orientación sexual merecen un escrutinio más riguroso han visto sus decisiones revocadas o anuladas.8

5 El argumento de la discriminación sexual intenta demostrar que las clasificaciones de orientación sexual **(p. 1011)** merecen un escrutinio más riguroso al incorporar argumentos a favor de los derechos de lesbianas y gays a la jurisprudencia sobre discriminación sexual. El argumento de "nacido así" intenta demostrar que las clasificaciones de orientación sexual merecen un escrutinio más riguroso al retomar la noción, respaldada en algunas ocasiones por la Corte Suprema, de que el hecho de que un grupo se distinga por una característica inmutable es relevante para el nivel de escrutinio que merece. Dada la necesidad de argumentos sólidos a favor de los derechos de lesbianas y gays, tanto el argumento de la discriminación sexual como el de "nacido así"

Este argumento merece una seria consideración. Es a esta consideración a la que me dedico en las secciones siguientes.

4 El argumento de que “nací así” en defensa de los derechos de lesbianas y gays

4.1 El argumento

En las últimas dos décadas, la investigación científica sobre cómo se desarrollan las orientaciones sexuales ha captado la atención de muchos estadounidenses. Algunos investigadores, citando evidencias de la neurología, la genética y la psicología, afirman que la orientación sexual es innata o se fija a una edad temprana.86 Muchas

lesbianas, hombres gays y bisexuales han acogido con agrado esta afirmación, encontrando en ella la confirmación de su sensación de que no eligieron sentirse atraídos por personas del mismo sexo. Algunos padres de lesbianas y hombres gays también han encontrado consuelo en este tipo de investigación, porque ofrece la seguridad de que nada de lo que hicieron convirtió a sus hijos en homosexuales. Los defensores de los derechos de lesbianas y gays han tratado de convertir esta investigación en una buena noticia para los derechos de lesbianas y gays.87 Su argumento es que si las personas no eligen ser lesbianas, gays o bisexuales, es incorrecto criminalizar su comportamiento sexual, discriminarlas y negarles beneficios que los heterosexuales dan por sentados. Esta forma del argumento de "nacido así" tiene un atractivo intuitivo y es utilizada con cada vez mayor frecuencia por personas que piensan que la ciencia garantizará los derechos de los gays.

Aunque este argumento puede formularse en varias jurisdicciones,88 en el contexto de los Estados Unidos, el argumento de "nacido así" intenta lograr un mayor escrutinio de las clasificaciones de orientación sexual recurriendo a uno de los factores que la Corte Suprema ha dicho que deben considerarse al evaluar cuándo se requiere más que una base racional para evaluar la constitucionalidad de una ley que invoca una clasificación. La Corte ha dicho que considerará si una clasificación se ha utilizado históricamente para discriminar intencionalmente a un grupo en particular,89 si el uso **(p. 1012)** de esta clasificación tiene alguna "relación con la capacidad de actuar o contribuir a la sociedad",90 si algún grupo delimitado por esta clasificación carece del poder político para combatir la discriminación,9

1 y si los grupos demarcados por esta clasificación exhiben características obvias, inmutables o distintivas que los definen como un grupo discreto e insular.92 El hecho de que la Corte Suprema a veces considere si una característica es inmutable como parte de su consideración de si una clasificación justifica un escrutinio más riguroso es visto por los defensores del argumento de "nacido así" como la creación de una apertura para que la inmutabilidad

de las orientaciones sexuales sea relevante para los derechos de lesbianas y gays.

4.2 Tres problemas con el argumento

4.2.1 Problemas empíricos

Más arriba he descrito lo que suponen varios problemas empíricos para las diversas formas de "nacido así".

Argumento. En primer lugar, no está ni mucho menos establecido que las orientaciones sexuales tengan una base biológica. La mayor parte de la investigación científica actual sobre la orientación sexual se enfrenta a serias objeciones metodológicas y se basa en un conjunto de suposiciones injustificadas sobre las orientaciones sexuales en general y sobre la homosexualidad en particular; por ejemplo, dicha investigación suele suponer que los hombres homosexuales son, de algún modo biológico, similares a las mujeres y que las lesbianas son similares a los hombres. En segundo lugar, ni siquiera está claro que las orientaciones sexuales sean tipos naturales. Por lo que sabemos, las orientaciones sexuales son principalmente sociales. Página 10 de 37

Derecho, orientación sexual y género

categorías que no desempeñan ningún papel en las explicaciones científicas. Y, en tercer lugar, aunque está claro que las personas no eligen sus orientaciones sexuales de la misma manera que eligen cómo votar en una elección, no está claro que las elecciones no desempeñen ningún papel en el desarrollo de las orientaciones sexuales. El determinismo, al menos en algunos sentidos del término, sobre la orientación sexual está lejos de establecerse. Por estas razones, las premisas empíricas de la teoría de "nacido así"

Los argumentos (a saber, que las lesbianas, los hombres homosexuales y los bisexuales nacen con sus orientaciones sexuales o que la elección no juega ningún papel en su desarrollo) son, en el mejor de los casos, dudosos.

4.2.2 Problemas morales

Más importante aún, el argumento de "nacido así" enfrenta una seria objeción moral. Incluso si la orientación sexual de una persona es principalmente biológica y no una elección, gran parte de lo que es legal y éticamente relevante acerca de ser lesbiana o gay no tiene base biológica ni está determinado y, por lo tanto, estos aspectos centrales de ser lesbiana o gay no serían alcanzados por el argumento de "nacido así". Por ejemplo, incluso si las orientaciones sexuales **(p. 1013)** tienen base genética, participar en actos sexuales con una persona del mismo sexo, identificarse como lesbiana o gay y decidir establecer un hogar con una persona del mismo sexo son *elecciones* , elecciones que uno podría no hacer (en otras palabras, uno puede decidir ser célibe, encerrado en el armario y sin compañía). Alguien que estuviera convencido de que las lesbianas y los gays merecen derechos solo porque la orientación sexual tiene base biológica y no es el resultado de una elección permitiría que las personas puedan ser tratadas de manera diferente sobre la base de elecciones relacionadas con los deseos sexuales. Quienes piensan que los gays y las lesbianas nacen con su orientación sexual pueden aceptar que no se debería discriminar a esas personas por tener deseos sexuales hacia personas del mismo sexo. Sin embargo, esto es perfectamente compatible con pensar que las personas que participan en actos sexuales *son* blancos apropiados de discriminación, sanciones penales y similares. Consideremos, por ejemplo, las actitudes de algunos conservadores religiosos hacia la homosexualidad. Esas personas afirman que *ser homosexual* —es decir, tener el deseo de tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo— no es un pecado, no es inmoral y no justifica prejuicios ni discriminación. Pero expresar ese deseo manteniendo relaciones sexuales con alguien del mismo sexo, teniendo una relación romántica con esa persona o defendiendo la homosexualidad son, desde esta perspectiva, moralmente problemáticos. Esta visión sobre la homosexualidad —que seguramente no es compatible con ninguna versión sólida de los derechos de lesbianas y gays— es compatible con el argumento de que "nació así".

En el mejor de los casos, entonces, el argumento de "nacido así" tiene el potencial de proteger a una persona de ser discriminada sobre la base de tener el deseo de tener

relaciones sexuales con personas del mismo sexo, una protección bastante limitada.93

Aun suponiendo que las orientaciones sexuales sean inmutables, las lesbianas y los hombres gay merecen protección contra la discriminación y reconocimiento por sus relaciones e instituciones con respecto a sus *acciones* y *decisiones* , más que por sus meras orientaciones. Es cuando participan en actos sexuales con personas del mismo sexo, se identifican como hombres gay y lesbianas y crean familias lesbianas y gays que necesitan especialmente derechos de lesbianas y gays. Los "nacidos así"

El argumento no puede respaldar afirmaciones relacionadas con derechos basados en elecciones, incluso si las elecciones están relacionadas con deseos que, a los efectos del argumento, podrían ser innatos.

Este problema con el argumento de "nacido así" puede verse, por ejemplo, como parte de la polémica cuestión de si las lesbianas y los hombres homosexuales pueden servir abiertamente en las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos. Según la ley vigente y las directivas del Departamento de Defensa **(p. 1014)** que la implementan94 —conocidas en conjunto como la ley "No preguntes, no digas"—,

Política: un miembro del servicio puede ser dado de baja de las Fuerzas Armadas si declara que "es homosexual o bisexual",9

5 si toma de la mano o tiene cualquier otro contacto corporal con una persona del mismo sexo que "demuestre una propensión o intención de tener contacto sexual"96, o "intenta casarse con una persona que se sabe que es del mismo sexo biológico".97 Aunque la política, interpretada de manera benéfica, protege a las lesbianas y los hombres gay de ser discriminados en virtud de sus deseos sexuales hacia personas del mismo sexo, una persona puede ser despedida por cualquier expresión pública de homosexualidad, cualquier evidencia de relaciones románticas con personas del mismo sexo y cualquier forma de contacto físico remotamente íntimo con personas del

mismo sexo. La política "No preguntes, no digas", tal como se implementa y se hace cumplir, no protege a las lesbianas y los hombres gay. Esto ejemplifica el tipo de leyes que es probable que se implementen frente al argumento de "nacido así". Tales leyes protegen a las personas por el mero hecho de tener una orientación sexual, pero no por cualquier comportamiento que pueda resultar de tales deseos.98

4.2.3 Problemas legales

Algunos defensores de los derechos de lesbianas y gays han articulado una versión del argumento de la inmutabilidad en el contexto de la Constitución de los Estados Unidos.99 Como se explicó anteriormente, si bien la Corte Suprema no se ha pronunciado sobre si las clasificaciones de orientación sexual son sospechosas, la Corte ha articulado algunos factores que deben considerarse al evaluar cuándo

Derecho, orientación sexual y género

Se requiere algo más que una base racional para evaluar la constitucionalidad de una ley que invoca una clasificación. Uno de estos factores es si un grupo delimitado por una clasificación exhibe características inmutables en virtud de las cuales el grupo es discreto e insular.100 Sin embargo, no está clara la importancia de la inmutabilidad para determinar si una clasificación es sospechosa. La Corte Suprema, en algunas ocasiones, ha discutido el escrutinio más riguroso sin mencionar la inmutabilidad.10

1 Además, varios juristas han argumentado que la inmutabilidad no es ni debería ser importante para determinar si una clasificación es sospechosa.102

(p. 1015) En *Romer v Evans* , la Corte Suprema revocó una enmienda a la constitución de Colorado que restringía los derechos de lesbianas, hombres gays y bisexuales.103 Curiosamente, la Corte sostuvo que la enmienda de Colorado violaba la Cláusula de Igual Protección, pero llegó a su conclusión *sin* emplear un escrutinio más riguroso, al menos no en un sentido técnico. La Corte encontró que esta enmienda violaba la Cláusula de Igual Protección porque no guardaba ninguna relación racional con un

interés estatal legítimo.104 En *Romer* , la inmutabilidad de las orientaciones sexuales no tenía nada que ver con la decisión de la Corte sobre los derechos de lesbianas y hombres gays. Esto proporciona solo un ejemplo reciente de un fallo judicial a favor de los derechos de lesbianas y hombres gays sin basarse en si las lesbianas y los hombres gays "nacieron así".

5 El argumento de la discriminación sexual a favor de los derechos de lesbianas y gays

5.1 El argumento formal de la discriminación sexual

La idea básica del argumento de la discriminación sexual es que cualquier ley que discrimine sobre la base de la orientación sexual necesariamente discriminará también sobre la base del sexo. El argumento es simple, formal y directo. Si la orientación sexual de una persona es una propiedad disposicional que concierne al sexo de las personas por las que se siente atraída, entonces para determinar la orientación sexual de una persona es necesario conocer el sexo de la persona y el sexo de las personas por las que se siente principalmente atraída sexualmente. En virtud de lo que es una orientación sexual, parece que cualquier ley que discrimine sobre la base de la orientación sexual necesariamente discrimina sobre la base del sexo.

Para ver la versión formal del argumento de la discriminación sexual en acción, consideremos dos leyes que afectan a lesbianas y hombres gay: una ley que prohíbe la sodomía entre personas del mismo sexo y una ley que sólo permite el matrimonio entre personas de distinto sexo. En primer lugar, consideremos la ley de sodomía de Missouri que tipifica como delito que una persona tenga "relaciones sexuales desviadas con otra persona del mismo sexo".10

5 La ley define "relaciones sexuales desviadas" como "todo acto que implique los genitales de una persona y la boca, la lengua o el ano de otra, o un acto sexual que implique la penetración, por leve que sea, de los órganos sexuales masculinos o femeninos **(pág. 1016)** o del ano con un dedo, instrumento u objeto realizado con el propósito de

despertar o satisfacer el deseo sexual de cualquier persona".106 Según esta ley, es ilegal, por ejemplo, que una mujer introduzca su dedo en el ano de otra mujer, mientras que es legal que un hombre introduzca su dedo en el ano de una mujer. Como esta ley prohíbe a una mujer hacer cosas que sí permite a los hombres, la ley discrimina por motivos de sexo.

En segundo lugar, consideremos la ley de matrimonio de Hawai, que limita los matrimonios a las parejas formadas por un hombre y una mujer.107 Según el argumento de la discriminación sexual, esta ley discrimina sobre la base del sexo porque permite que un hombre se case con una mujer, mientras que prohíbe que una mujer se case con otra mujer. Estos dos ejemplos muestran cómo las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual pueden verse a través de la lente de la discriminación sexual.

Persuadir a los tribunales de que las leyes que discriminan por motivos de orientación sexual discriminan por motivos de sexo puede no ser suficiente para convencer a los tribunales de que deroguen leyes que discriminan por motivos de orientación sexual. A veces, los tribunales pueden considerar que una ley está justificada al hacer uso de clasificaciones de sexo. Aunque sostengo que el argumento de la discriminación por motivos de sexo no es sólido, admito que si puede persuadir a los jueces de que apliquen un escrutinio más riguroso a las leyes que discriminan por motivos de orientación sexual, esto sería un logro significativo para los derechos de lesbianas y gays. En esta sección, planteo dudas sobre si el argumento de la discriminación por motivos de sexo tendrá éxito en obtener un escrutinio más riguroso de tales leyes.

5.2 ¿Existe *realmente* discriminación sexual?

El argumento de la discriminación sexual tal como se ha presentado hasta ahora se enfrenta a una objeción sencilla. Se puede negar que las leyes que discriminan por motivos de orientación sexual también discriminen por motivos de sexo. Según esta objeción, las leyes que discriminan por motivos de orientación sexual se aplican a ambos sexos por igual.

Considérese, como ejemplo de esta objeción, una reciente decisión de un tribunal europeo que abordó directamente el argumento de la discriminación sexual.108 Hace varios años, Lisa Grant aceptó un trabajo en Southwest Trains, Ltd. (SWT), una empresa ferroviaria de Inglaterra, en sustitución de un hombre que había ocupado el puesto durante varios años y que había recibido como beneficio un pase de viaje para su pareja no casada. Grant solicitó a SWT los mismos beneficios de viaje para su pareja no casada. SWT se negó a proporcionar **(p. 1017)** a la pareja de Grant dichos beneficios con el argumento de que Grant y su pareja eran del mismo sexo. Grant presentó entonces una demanda, argumentando que SWT había violado el artículo 119 del tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CE), que dice, en parte, que "los hombres y las mujeres deben recibir igual salario por igual trabajo".109 En particular, Grant argumentó que SWT no le había dado un salario igual al negarle los beneficios que le había dado a un hombre que ocupaba el mismo puesto. SWT se defendió diciendo que, en primer lugar, no hay nada en el tratado de la CE que

Tratado que prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual y, en segundo lugar, que no era culpable de discriminación sexual porque su política era neutral en materia de sexo: nadie, independientemente de su sexo, tenía derecho a prestaciones de viaje para una pareja del mismo sexo. El caso llegó finalmente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para determinar si el TJUE

El principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres del Tratado prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual de un empleado. El TJUE sostuvo que la política de SWT no constituye discriminación sexual porque su política "se aplica de la misma manera a los trabajadores hombres y mujeres [y por lo tanto] no puede considerarse que constituya una discriminación directamente basada en el sexo";110 tanto los hombres como las mujeres reciben los mismos beneficios para sus parejas exactamente en las

mismas circunstancias, es decir, solo si tienen una pareja del sexo opuesto.11

1 Al tomar esta decisión, el TJCE negó que

La discriminación basada en la orientación sexual constituye discriminación sexual.

Esta misma respuesta al argumento de la discriminación sexual se puede utilizar para defender la ley de sodomía de Missouri. La idea es que la ley de sodomía de Missouri se aplica por igual a hombres y mujeres: a ambos se les prohíbe tener "relaciones sexuales desviadas" con personas del mismo sexo y a ambos se les permite tener "relaciones sexuales desviadas".

con personas del sexo opuesto. Así es precisamente como la Corte Suprema de Missouri falló en un recurso por discriminación sexual contra la ley de sodomía del estado en *State v Walsh* :112 sostuvo que la ley de sodomía no discriminaba por motivos de sexo porque prohibía que tanto hombres como mujeres tuvieran relaciones sexuales con personas del mismo sexo y permitía que tanto hombres como mujeres tuvieran relaciones sexuales con personas del sexo opuesto.113

El problema que enfrenta el argumento de discriminación sexual a favor de los derechos de lesbianas y gays es que las leyes que utilizan clasificaciones sexuales para limitar los derechos de lesbianas y gays pueden interpretarse de dos maneras: pueden verse como que tratan a hombres y mujeres *por igual* o pueden verse como que tratan a hombres y mujeres *de manera diferente* . 114 La ley de sodomía de Missouri, por ejemplo, puede verse como que prohíbe a las mujeres participar en ciertos actos sexuales en los que los hombres tienen permitido participar o puede verse como que prohíbe tanto a hombres como a mujeres **(p. 1018)** participar en ciertos actos sexuales con personas del mismo sexo. Cuando se presenta el argumento de discriminación sexual, muchos tribunales, incluso aquellos que simpatizan con los derechos de lesbianas y gays, sostienen que las leyes que restringen los derechos de lesbianas y gays se aplican por igual a hombres y mujeres y, por lo tanto, no constituyen discriminación sexual. De

hecho, en el caso *Baker v. Vermont* , la Corte Suprema de Vermont, aunque sostuvo que la falta de otorgamiento de beneficios conyugales a parejas del mismo sexo viola la constitución del estado de Vermont, rechazó el argumento de discriminación sexual de la misma manera que lo hizo el tribunal *de Walsh.11*

5 El Tribunal

Abordó el argumento de discriminación sexual del demandante y sostuvo que las "leyes de matrimonio de Vermont son neutrales en apariencia; no distinguen a los hombres o mujeres como una clase para un tratamiento desigual, sino que prohíben a los hombres y a las mujeres por igual casarse con una persona del mismo sexo".116 Sin embargo, uno de los jueces encontró que la discriminación sexual no es "un marco analítico útil"117 para analizar la discriminación basada en la orientación sexual.118

5.3 La analogía *del amor*

Los defensores del argumento de la discriminación sexual en favor de los derechos de lesbianas y gays son conscientes de este problema al que se enfrenta su argumento y tienen una respuesta contundente: la mera aplicación igualitaria de una ley con respecto a dos grupos diferentes no implica que la ley no discrimine sobre la base de la pertenencia a dicho grupo. En los Estados Unidos, esta respuesta implica el principio de que la mera aplicación igualitaria de una ley no es suficiente para demostrar que la ley pasa la prueba de la Cláusula de Igual Protección de la Constitución de los Estados Unidos. El hecho de que las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual realmente impliquen discriminación sexual es una forma de un problema general que no es exclusivo de las leyes relativas a la orientación sexual. El mismo tipo de problema surgió en el contexto de la discriminación racial. Al considerar las leyes contra el matrimonio interracial y varias formas de actividad "familiar" y sexual interracial, los tribunales tuvieron que lidiar con argumentos presentados en nombre de dichas leyes que afirmaban que estas leyes se aplicaban por igual a todas las razas y, por lo tanto, no constituían discriminación racial.119 En *Loving v Virginia* , la Corte

Suprema consideró una ley de Virginia que prohibía los matrimonios interraciales. Virginia defendió su ley afirmando que la ley se aplicaba por igual a todos los individuos independientemente de la Página 13 de 37

Derecho, orientación sexual y género

(p. 1019) de su raza, es decir, tanto a los blancos como a los no blancos se les prohibía casarse con alguien fuera de su raza.120 La Corte Suprema rechazó este razonamiento sosteniendo que, incluso si la ley que prohibía el matrimonio interracial se aplicaba por igual a blancos y no blancos, era inconstitucional porque hacía uso de clasificaciones raciales a las que no se les podía dar una justificación excesivamente convincente.12

1 La decisión del Tribunal se dividió en dos partes principales. En primer lugar,

El Tribunal "rechazó la noción de que la mera aplicación igualitaria de una ley que contiene clasificaciones raciales es suficiente para eliminar las clasificaciones de la proscripción de la Decimocuarta Enmienda de todas las discriminaciones raciales odiosas".122 En segundo lugar, el Tribunal sostuvo que "las leyes de mestizaje de Virginia se basan únicamente en distinciones establecidas según la raza. Las leyes proscriben una conducta generalmente aceptada si la practican miembros de diferentes razas...".123 Incluso admitiendo que la ley de matrimonio de Virginia se aplica por igual a todas las razas, debido a que la ley hace uso de clasificaciones raciales, el estado debe proporcionar una justificación especialmente sólida para la ley. El Tribunal sostuvo que la ley violaba la Cláusula de Igual Protección porque el estado no proporcionó tal justificación para su uso de clasificaciones raciales.

Loving defiende, en parte, el principio de que la mera aplicación igualitaria de una ley que hace uso de una clasificación sospechosa no es suficiente para demostrar que la ley cumple con los requisitos de la Cláusula de Igual Protección. Más bien, en la medida en que una ley hace uso de una clasificación sospechosa, para satisfacer la Cláusula de Igual Protección, el estado debe demostrar que existe

una justificación convincente para el uso de esa clasificación. Los defensores del argumento de la discriminación sexual para los derechos de lesbianas y gays hacen uso de este principio de *Loving* . Estos defensores señalan que simplemente demostrar que una ley que hace uso de clasificaciones sexuales se aplica por igual a hombres y mujeres no es suficiente para establecer que esta ley es constitucional según la Cláusula de Igual Protección. El hecho de que la mera aplicación igualitaria no sea suficiente proporciona una respuesta a la objeción al argumento de la discriminación sexual discutido anteriormente, pero aún quedan serios problemas que enfrenta el argumento de la discriminación sexual.

5.4 La reivindicación cultural del argumento de la discriminación sexual

Al comparar el argumento de la discriminación sexual con el argumento central de casos como *el de Loving* ,124 surge una posible disanalogía. En casos como *el de Loving,* que implican la aplicación igualitaria **(p. 1020)** de una ley que hace uso de clasificaciones raciales, existe una correspondencia entre la clase desfavorecida por la ley y la clasificación sospechosa que la ley emplea.12

5 La ley antimestizaje de Virginia empleó clasificaciones raciales y desfavoreció a los negros y a otros no blancos. De manera similar, la ley en cuestión en *Reed v Reed* 126 —en la que los hombres, siendo todos iguales, eran elegidos por sobre las mujeres como albaceas de herencias— empleó clasificaciones sexuales y desfavoreció a las mujeres. En cambio, las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual, como se caracteriza por el argumento de la discriminación sexual, carecen de este ajuste: dichas leyes hacen uso de clasificaciones sexuales pero parecen desfavorecer a las lesbianas, los hombres homosexuales y los bisexuales.

El cuadro 24.1 ilustra esta disanalogía: en las dos primeras filas, hay una correspondencia entre la clasificación de sospechosos utilizada en la ley y la clase desfavorecida por la ley; en la tercera fila, no hay tal correspondencia.127

Cuadro 24.1 La analogía en el centro del argumento de discriminación sexual para **la legislación sobre derechos de lesbianas y gays**

Clasificación sospechosa utilizada en el

Clase desfavorecida por la

ley

ley

La lucha contra el mestizaje en Virginia

carrera

gente de color

ley

La ley en cuestión en el caso *Reed v.*

sexo

mujer

Caña

Ley de sodomía de Missouri

sexo

hombres gays, lesbianas, bisexuales

Los defensores del argumento de la discriminación sexual han abordado esta posible disanalogía en gran detalle, argumentando que para entender la discriminación que implican las leyes que limitan los derechos de lesbianas y gays, debemos examinar los fundamentos teóricos de las leyes discriminatorias en general y de las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual en particular. La idea es que examinar los fundamentos de estas leyes revelará que la justificación subyacente para la

discriminación contra lesbianas, gays y bisexuales es el sexismo y la idea relacionada Página 14 de 37

Derecho, orientación sexual y género

que los hombres y las mujeres deberían desempeñar papeles diferentes en nuestra sociedad. Este aspecto del argumento de la discriminación sexual **(p.**

1021) complementa el argumento formal con evidencia cultural. La afirmación formal es que cualquier ley que utilice o involucre la orientación sexual necesariamente involucra el sexo porque la orientación sexual de una persona está indexada al sexo de esa persona y al sexo de las personas por las que se siente sexualmente atraída. La afirmación cultural es que el sexismo y la homofobia están íntimamente interconectados.

En una articulación detallada del argumento de la discriminación sexual, Andrew Koppelman ofrece evidencia de la sociología, la antropología, la psicología social y la historia relacionada con la homofobia y sus orígenes para desarrollar la analogía entre el papel de las clasificaciones raciales en las leyes contra el mestizaje, por un lado, y el papel de las clasificaciones sexuales en las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual, por el otro.

Gran parte de la conexión entre el sexismo y la homofobia reside en significados sociales que son accesibles a todos. Debería quedar claro, a partir de la experiencia ordinaria, que la estigmatización del homosexual tiene algo que ver con la supuesta desviación del homosexual de los roles sexuales tradicionales. ... La mayoría de los estadounidenses aprenden, a más tardar en la escuela secundaria, que una de las sanciones más desagradables que sufrirá una persona si se desvía de la conducta que tradicionalmente se considera apropiada para su sexo es la imputación de homosexualidad. ... No hay nada esotérico ni sociológicamente abstracto en la afirmación de que el tabú de la homosexualidad refuerza los roles sexuales tradicionales.128

Concluye que

[E]l tabú de la homosexualidad... depende en gran medida del sexismo, sin el cual bien podría no existir. ...

[C]uando el Estado impone ese tabú, está dando su visto bueno al sexismo. ... [E]l efecto que el tabú contra la homosexualidad tiene en la sociedad estadounidense moderna es, en gran parte, el mantenimiento de una jerarquía ilegítima; el tabú logra esto reforzando la identidad de la casta superior en la jerarquía, y este efecto es al menos en gran parte la razón por la que el tabú persiste. Las leyes que discriminan a los homosexuales son el producto de un proceso de toma de decisiones políticas que está sesgado por el sexismo. Estigmatizan implícitamente a las mujeres y refuerzan la jerarquía de los hombres sobre las mujeres.129

La afirmación sociológica de Koppelman de que las leyes que restringen los derechos de lesbianas y gays dependen en gran medida del sexismo es central para el argumento de la discriminación sexual. La Tabla 24.2 muestra la estructura del argumento de la discriminación sexual que apela a la evidencia sociológica sobre el sexismo y la homofobia.130

La Tabla 24.2 muestra tres características de una ley: el grupo cuyo comportamiento regula la ley, la clase a la que la ley perjudica y el sistema de creencias que justifica la ley. Si nos fijamos en la primera fila, la afirmación es que la ley en cuestión en *Loving* regulaba a los miscegenosexuales (más precisamente, a los miscegenosexuales *heterosexuales*) al impedirles casarse con las personas que quisieran, perjudicaba a las personas de color y a los miscegenosexuales, y estaba justificada por el racismo. La ley en cuestión en *Loving* perjudicaba a las personas de color aunque se aplicaba por igual a los blancos y a los no blancos **(p. 1022).**

Cuadro 24.2 Una forma más sofisticada de entender la analogía en el centro del argumento de la discriminación sexual a favor de los derechos de lesbianas y gays

Ley

Grupo cuyo comportamiento es

Clase

Sistema de creencias que

regulado por la ley

desfavorecido por

justifica la ley

La ley

El anti-de Virginia

miscegenosexuales (personas que quieren

gente de color,

racismo

mestizaje

casarse fuera de su raza)

miscegenosexuales

ley

La ley en cuestión

mujeres que son potenciales ejecutoras de

mujer

sexismo

En *Reed contra Reed*

fincas

De Missouri

personas que tienen (o quieren tener)

mujeres, hombres homosexuales,

sexismo

ley de sodomía

sexo con personas del mismo sexo

lesbianas, bisexuales

En la segunda fila, la ley en cuestión en *Reed* regulaba la forma en que se eligen los ejecutores (se prefería a los hombres sobre las mujeres), perjudicaba a las mujeres y se justificaba por el sexismo. Según el argumento de discriminación sexual que se muestra en la tercera fila de la Tabla 24.2, la ley de sodomía de Missouri regula a las lesbianas, los hombres gay y los bisexuales (es decir, las personas que tienen y/o quieren tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo), perjudica a las mujeres, las lesbianas, los hombres gay y los bisexuales, y se justifica por el sexismo. La ley de sodomía de Missouri perjudica a las mujeres porque, aunque la ley se aplica por igual a hombres y mujeres, perpetúa la noción de que los hombres y las mujeres deben desempeñar diferentes roles sociales y, por lo tanto, refuerza los estereotipos de género; por esta razón, tales leyes deberían estar sujetas a un mayor escrutinio. El cuadro 24.2 revela la estructura de la forma más fuerte del argumento de la discriminación sexual: no sólo las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual implican formalmente clasificaciones sexuales sino que, lo que es más significativo, como hecho cultural, dichas leyes están justificadas y mantenidas por el sexismo.

5.5 Tres objeciones al argumento de la discriminación sexual

5.5.1 Un argumento hipotético de discriminación sexual a favor de la igualdad racial Para dilucidar los problemas del argumento de discriminación sexual, consideremos un argumento hipotético que podría formularse contra las leyes contra el mestizaje. Varios académicos han señalado que había jerarquías sexuales implícitas en las leyes contra el mestizaje, es decir, que un propósito importante de dichas leyes era proteger a las mujeres blancas de los hombres negros **(p. 1023)** .13

1 Las clasificaciones por sexo claramente desempeñaron un papel en el desarrollo y la articulación de las leyes contra el mestizaje. A la luz de este hecho, se podría argumentar que las leyes contra el mestizaje eran discriminatorias por sexo.132 Tal argumento indicaría que las mujeres estaban en desventaja por las leyes contra el mestizaje y que dichas leyes estaban justificadas por el sexismo. El cuadro 24.3 muestra la analogía que es central para el argumento hipotético de la discriminación por sexo contra la discriminación racial.

Cuadro 24.3 La analogía en el centro del argumento hipotético de discriminación sexual contra las leyes contra el mestizaje

Ley

Grupo cuyo comportamiento es

Clase desfavorecida

Sistema de creencias que

regulado por la ley

por la ley

justifica la ley

La ley en cuestión en

Mujeres que tienen potencial

mujer

sexismo

Reed contra Reed

ejecutores de herencias

El anti-de Virginia

miscegenosexuales

mujeres, personas de color,

sexismo

ley de mestizaje

miscegenosexuales

Sin embargo, algo está seriamente mal en la Tabla 24.3 y el argumento hipotético que se basa en ella.

Revocar las leyes contra el mestizaje porque discriminan en función del sexo sería desvirtuar la esencia del problema de esas leyes.

Para refinar mi afirmación, hay tres problemas relacionados con el argumento de la discriminación sexual contra las leyes contra el mestizaje en particular y contra las leyes de discriminación racial en general. En primer lugar, este argumento identifica erróneamente la clase desfavorecida por las leyes contra el mestizaje. Los no blancos, más que las mujeres, están desfavorecidos por tales leyes. Llamemos a esto el error *sociológico* del argumento de la discriminación sexual contra las leyes contra el mestizaje. El argumento de la discriminación sexual contra las leyes contra el mestizaje enfatiza demasiado las formas en que estas leyes desfavorecen a las

mujeres en comparación con las formas en que desfavorecen a las personas de color. Mirando la Tabla 24.3, el error sociológico con el argumento hipotético de la discriminación sexual es que las leyes contra el mestizaje se describen mejor si se quita la palabra "mujeres" de **(p. 1024)** la tercera celda de la última fila. Las leyes contra el mestizaje se caracterizan con mayor precisión como desventajosas principalmente para las personas de color.

En segundo lugar, el argumento de discriminación sexual contra las leyes contra el mestizaje identifica erróneamente el sistema de creencias que justifica dichas leyes. Incluso admitiendo que el racismo y el sexismo se complementan entre sí para justificar las leyes contra el mestizaje, el racismo, no el sexismo, es el sistema de creencias que subyace principalmente a dichas leyes. Llamemos a esto el error *teórico* del argumento de discriminación sexual contra las leyes contra el mestizaje. Volviendo a la Tabla 24.3, las leyes contra el mestizaje se caracterizarían con mayor precisión si se considerara que el "racismo"

En lugar de 'sexismo' apareció en la cuarta columna de la última fila.

En tercer lugar, un tribunal que revocara una ley contra el mestizaje sobre la base de que la ley discriminaba por motivos de sexo, al hacerlo, no adoptaría una postura sobre la cuestión moral central que subyace a las cuestiones jurídicas sobre las leyes contra el mestizaje, a saber, que la discriminación racial es moralmente incorrecta. Si el Tribunal *de Loving* , al revocar la ley contra el mestizaje de Virginia, se hubiera centrado en los supuestos sexistas en lugar de los racistas que justificaban la ley, habría cometido un error moral, no sólo teórico. Llamemos a esto el error *moral* del argumento de la discriminación sexual contra las leyes contra el mestizaje. Los tres errores del argumento de la discriminación sexual contra las leyes contra el mestizaje (el sociológico, el teórico y el moral) están interconectados. El error teórico se basa en el error sociológico: si las mujeres están de hecho en gran desventaja por las leyes contra el mestizaje, entonces tendría sentido decir que el sexismo juega un papel en la justificación de tales leyes. El error moral se suma a los otros dos: resulta tentador considerar la cuestión moral de

las leyes contra el mestizaje en términos de opiniones erróneas e injustas sobre las mujeres debido a las afirmaciones sociológicas y teóricas que vinculan el racismo y el sexismo. Los tres problemas del argumento de la discriminación sexual contra las leyes contra el mestizaje son paralelos a los problemas del argumento de la discriminación sexual aplicado a las leyes que discriminan a las lesbianas, los hombres gay y los bisexuales. Paso ahora a abordar estos problemas paralelos con el argumento de la discriminación sexual a favor de los derechos de las lesbianas y los gays.

5.5.2 Los errores sociológicos y teóricos del argumento de la discriminación sexual La forma más fuerte del argumento de la discriminación sexual no sólo hace una afirmación formal sobre la conexión entre el sexo y la orientación sexual, sino que también hace una afirmación sociológica y una afirmación teórica. La afirmación sociológica es que las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual perjudican a las mujeres, así como a las lesbianas, los hombres homosexuales y los bisexuales porque estas leyes perpetúan un sistema social en el que las mujeres desempeñan roles sociales diferentes a los de los hombres. La afirmación teórica es que estas leyes están justificadas por el sexismo. En esta sección, sostengo que tanto la afirmación sociológica como la afirmación teórica son erróneas porque el sexo y la orientación sexual son culturales y **(p.**

1025) conceptualmente distinta. Al hacerlo, me baso en mi discusión teórica anterior sobre la relación entre el sexo y la orientación sexual.

Varios académicos han defendido la necesidad de analizar la orientación sexual y el sexo por separado. 133 Por ejemplo, Cheshire Calhoun, en su artículo 'Separando la teoría lésbica de la teoría feminista', dice que: El patriarcado y el dominio heterosexual son dos sistemas, en principio, separables. Incluso cuando funcionan juntos, es posible separar conceptualmente el aspecto patriarcal de las relaciones entre hombres y mujeres de sus dimensiones heterosexuales. ... Incluso si empíricamente e históricamente el dominio heterosexual y el patriarcado

están completamente entrelazados, no se sigue de este hecho que el colapso [o debilitamiento] del patriarcado traerá consigo el colapso [o debilitamiento] del dominio heterosexual. 134

Derecho, orientación sexual y género

Si bien un defensor del argumento de la discriminación sexual podría admitir que la desigualdad en la orientación sexual y la homofobia podrían seguir existiendo incluso si hubiera igualdad de sexos y no sexismo,13

5 Quiero hacerme más fuerte

Afirmo que, basándome en el trabajo de Calhoun y otros,136 existen diferencias reales y significativas entre el sexismo y la homofobia en la sociedad estadounidense contemporánea y en otras sociedades "occidentales". En pocas palabras, el sexismo y la homofobia se están desintegrando. Consideremos, por ejemplo, que se ha vuelto inaceptable en la mayoría de los círculos decir que las mujeres son inferiores a los hombres, pero todavía es aceptable decir que las lesbianas y los hombres gays son defectuosos e inmorales de maneras que los heterosexuales no lo son. Actitudes como ésta ilustran cómo la homofobia, incluso cuando se ha ido desvinculando gradualmente del sexismo, sigue arraigada en nuestra sociedad. Si bien muchas leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual tienen su origen en el sexismo, estas leyes se mantienen debido a la homofobia y a pesar de la derogación de muchas leyes sexistas. El hecho de que la homofobia y el sexismo se hayan desintegrado plantea un problema grave para el argumento de la discriminación sexual.

Básicamente, la existencia de estas diferencias pone en tela de juicio si el sexismo (y no la homofobia) es el núcleo de las leyes que limitan los derechos de lesbianas y gays y si dichas leyes perjudican a las mujeres tanto como a las lesbianas, los gays y los bisexuales. Si bien el sexismo desempeña un papel en la justificación de las leyes que discriminan a las lesbianas, los gays y los bisexuales, la

homofobia desempeña un papel más central. El sexismo y la homofobia son sistemas de creencias que se apoyan mutuamente pero son distintos. Es una caracterización errónea de la naturaleza de las leyes que discriminan a las lesbianas y los gays considerarlas principalmente como perjudiciales para las mujeres (o incluso como perjudiciales para las mujeres tanto como perjudican a los gays, las lesbianas y los bisexuales) y considerarlas justificadas principalmente por el sexismo y no por la homofobia.

(p. 1026) Volviendo a la Tabla 24.2 de la Sección 3, el error *sociológico* del argumento de la discriminación sexual es que "las mujeres" no deberían aparecer en la tercera celda de la última fila. Leyes como la ley de sodomía de Missouri perjudican a lesbianas, hombres homosexuales y bisexuales. Tales leyes les prohíben expresar sexualmente sus relaciones íntimas y tener sexo con las personas por las que se sienten sexualmente atraídos. En relación con esto, el error *teórico* del argumento de la discriminación sexual es que la "homofobia" -no el "sexismo"- debería aparecer en la última celda de la última fila. Las leyes de sodomía como la de Missouri que señalan la actividad sexual entre personas del mismo sexo para prohibirlas están motivadas principalmente por la homofobia.

A pesar de que el sexismo desempeñó un papel en su desarrollo, hoy en día dichas leyes se mantienen principalmente por la animadversión hacia las lesbianas y los hombres gays, y la repulsión hacia ellos y las actividades sexuales en las que participan (así como las actividades sexuales en general). Por lo tanto, utilizar simplemente el argumento de la discriminación sexual contra las leyes de sodomía, por ejemplo, ignoraría el papel central que desempeñan las concepciones del deseo sexual en dichas leyes. Al plantear el argumento de la discriminación sexual también se pasa por alto el papel distintivo que "el clóset"137 y la invisibilidad asociada de las lesbianas, los hombres gays y los bisexuales138 desempeñan, por ejemplo, en la justificación y el mantenimiento de las leyes de sodomía y la discriminación por orientación sexual en general.

Un defensor del argumento de la discriminación sexual podría responder a las objeciones sociológicas y teóricas

planteadas aquí señalando que el hecho de que una ley tenga una característica problemática no significa que no tenga nada más malo. En concreto, puede haber más de una clase desfavorecida por una ley y puede haber más de un sistema de creencias que justifique una ley. En particular, en respuesta a la objeción sociológica, se podría decir que los hombres homosexuales, las lesbianas, los bisexuales *y* las mujeres se ven desfavorecidos por las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual.139 De manera similar, en respuesta a la objeción teórica, se podría decir que *tanto* la homofobia como el sexismo proporcionan la justificación teórica de leyes como la ley de sodomía de Missouri.

Estoy de acuerdo en que algunas leyes que perjudican a un grupo también pueden perjudicar a otro y que más de un sistema de creencias puede sustentar algunas leyes. A veces, sin embargo, un grupo puede estar más desfavorecido que otro y un sistema de creencias puede desempeñar un papel mucho más central que otro. Conceder que las mujeres estaban más desfavorecidas que los hombres por las leyes contra el mestizaje no implica que el caso *Loving* se haya decidido sobre bases equivocadas porque no se analizó el daño que suponían para las mujeres las leyes contra el mestizaje. Conceder que el sexismo desempeñó un papel en la justificación de las leyes contra el mestizaje no implica que el razonamiento de la Corte Suprema en **(p. 1027)** *El caso Loving* fue incompleto porque no abordó el sexismo implícito en las leyes contra el mestizaje. En cambio, el Tribunal *de Loving* se centró correctamente en el daño a las personas de color y en el papel central de las jerarquías raciales (específicamente, la supremacía blanca) en la justificación de la ley de Virginia. Se puede hacer un punto paralelo en relación con el argumento de la discriminación sexual en favor de los derechos de lesbianas y gays: las mujeres, en comparación con los hombres, pueden verse más desfavorecidas por las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual,140 pero las lesbianas, los hombres gays y los bisexuales se ven más desfavorecidos que las mujeres por esas leyes. De manera similar, mientras que el sexismo desempeña un papel en el mantenimiento de las leyes relacionadas con la orientación sexual, la homofobia desempeña un papel mucho más central.

Tanto las objeciones sociológicas como las teóricas al argumento de la discriminación sexual se relacionan con la observación de que el sexismo y la homofobia se han desenredado. La objeción sociológica es que, como hecho cultural, las lesbianas y los hombres gay, no las mujeres, sufren el mayor daño de las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual. La objeción teórica es que las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual se mantienen principalmente por la homofobia, no por el sexismo. Juntas, las objeciones sociológicas y teóricas crean un serio problema para el argumento de la discriminación sexual.

5.5.3 El error moral del argumento de la discriminación sexual

En un ensayo escrito antes de *Loving* pero después de *Brown v. Board of Education* ,14

1 Herbert Wechsler sostuvo que la

Las cuestiones planteadas por la segregación impuesta por el Estado (tanto en la educación como en el matrimonio) no se refieren principalmente a la discriminación o la igualdad de protección, sino más bien al derecho a la libre asociación. 142 Sostuvo que la prohibición del mestizaje afectaba tanto a los blancos como a los no blancos; la prohibición, correctamente entendida, no discriminaba a los negros y no violaba la Cláusula de Igual Protección, sino que restringía la libertad de asociación de todos, independientemente de la raza. Charles Black, en una respuesta, argumentó que Wechsler ignoraba las formas obvias en que la segregación (en el matrimonio, la educación y otros contextos) claramente ofende la igualdad. 143 Black, de manera convincente -y profética (a la luz de la decisión de la Corte en *Loving*)- argumentó que no había duda de por qué existían las leyes de segregación, a saber, para mantener a los afroamericanos "en su lugar" y sostener la supremacía blanca **(p. 1028)** . Además, conociendo la Constitución, no tenía dudas de lo que está

mal con tales leyes, a saber, la segregación viola la igualdad de protección y solo se justifica por el racismo. Es, dijo Black, simplemente "risible" decir que tales leyes son inconstitucionales porque restringen el derecho a la libre asociación.

La objeción moral al argumento de la discriminación sexual es similar a la objeción de Black al argumento de Wechsler contra la segregación: las leyes que discriminan a lesbianas, hombres gays y bisexuales deberían ser revocadas sobre la base de que hacen distinciones odiosas basadas en la orientación sexual, no en otros motivos. Revocar leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual porque discriminan sobre la base del sexo es una caracterización errónea del error central de esas leyes.144 Las leyes que restringen los derechos de los hombres gays y las lesbianas violan los principios de igualdad principalmente porque discriminan sobre la base de la orientación sexual, *no* porque discriminen sobre la base del sexo. Al no abordar los argumentos sobre la moralidad de los actos sexuales entre personas del mismo sexo y el carácter moral de las lesbianas, los hombres gays y los bisexuales, el argumento de la discriminación sexual "encubre", en lugar de enfrentar, la homofobia. Si bien la conexión entre la discriminación sexual y las leyes que restringen los derechos de lesbianas, gays y bisexuales es más estrecha que la conexión entre la segregación y la restricción a la libre asociación, mi objeción al argumento de la discriminación sexual a favor de los derechos de lesbianas y gays es una variante de la objeción de Black a Wechsler: como miembros de esta sociedad, entendemos, por ejemplo, el objetivo de la enmienda constitucional de Hawái que restringe el matrimonio sólo a parejas de sexos opuestos14

5 y el objetivo de las leyes de sodomía que prohíben la misma-

Las leyes que prohíben el sexo, pero no las actividades sexuales entre personas del sexo opuesto, restringen los derechos de las lesbianas, los hombres homosexuales y los bisexuales y deberían ser derogadas por esta razón.

En resumen, el argumento de la discriminación sexual a favor de los derechos de lesbianas y gays, incluso en su forma más fuerte, enfrenta tres objeciones graves y relacionadas entre sí. Al centrarse en el daño a las mujeres y en los supuestos sexistas de las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual, este argumento se basa en una caracterización cultural errónea y un desajuste teórico. Estos errores llevan al argumento de la discriminación sexual a proporcionar un análisis equivocado de las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual. Por estas razones, la Tabla 24.4, en lugar de la Tabla 24.2, describe correctamente la analogía que debe hacerse en relación con las leyes que discriminan a las lesbianas, los hombres gays y los bisexuales. Como indica la Tabla 24.4, las lesbianas, los hombres gays y los bisexuales constituyen la clase desfavorecida por las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual y la homofobia es el sistema de creencias que justifica tales leyes.146

(pág. 1029)

Cuadro 24.4 La analogía más adecuada para comprender **la legislación sobre los derechos de lesbianas y gays**

Clasificación sospechosa

Clase desfavorecida

Sistema de creencias que

utilizado en la ley

por la ley

justifica la ley

El anti-de Virginia

carrera

gente de color,

racismo

ley de mestizaje

miscegenosexuales

La ley en cuestión en

sexo

mujer

sexismo

Reed contra Reed

La sodomía de Missouri

sexo

hombres gays, lesbianas,

homofobia

ley

bisexuales

6 Una evaluación pragmática de los dos argumentos

6.1 Las virtudes pragmáticas de los dos argumentos

Algunos defensores de los argumentos de "nacido así" y de la discriminación sexual podrían admitir que existen problemas legales, éticos y empíricos con estos argumentos, pero aun así insisten en que hay razones pragmáticas para esgrimirlos. La idea es que, a pesar de sus defectos, estos argumentos tienen virtudes pragmáticas; la gente -en particular, los votantes, los

legisladores, el ejecutivo y los jueces- se dejarán persuadir por estos argumentos. Varias encuestas de opinión han demostrado que las personas que piensan que la homosexualidad tiene una base biológica o que las personas no eligen sus orientaciones sexuales tienen más probabilidades **(p. 1030)** de estar a favor de los derechos de lesbianas y gays que quienes no lo hacen.147 A la luz de esta evidencia y de evidencia anecdótica similar, algunos defensores de los derechos de lesbianas y gays afirman que los argumentos de "nacido así" son una forma de discriminación sexual.

Se debe aceptar el argumento porque convence a la gente.148

De manera similar, un defensor del argumento de la discriminación sexual podría estar de acuerdo con mis críticas a este argumento, pero manteniendo que debería ser una parte central de una estrategia viable de litigio por los derechos de los homosexuales. En particular, el argumento de la discriminación sexual tiene tres virtudes pragmáticas notables. En primer lugar, el argumento a veces persuade a los jueces.149 En segundo lugar, el argumento de la discriminación sexual, en contraste con algunos otros argumentos legales que se han esgrimido en favor de los derechos de lesbianas y gays, tiene al menos el potencial de generar un escrutinio más riguroso de las leyes que restringen los derechos de lesbianas y gays. En tercer lugar, dado el clima legal y social actual al que se enfrentan las lesbianas, los gays y los bisexuales, es simplemente más fácil para los tribunales y las legislaturas formular una decisión en términos de proteger a las mujeres y combatir el sexismo que en términos de proteger a las lesbianas, los gays y los bisexuales y combatir la homofobia. En las secciones que siguen, exploro los escollos pragmáticos de ambos argumentos.

6.2 Problemas prácticos del argumento “Nací así”

6.2.1 ¿Funcionará?

Para empezar, hay evidencia histórica que permite dudar del valor pragmático del argumento de que “nací así”. En la Alemania nazi, por ejemplo, el sexólogo Magnus Hirschfeld

(p. 1031) defendió la protección legal de los homosexuales con el argumento de que constituían un tercer sexo. La creencia de Hirschfeld en una sólida base biológica para la orientación sexual lo llevó a presionar a favor de los derechos de lesbianas y gays, pero también lo llevó a derivar a algunos hombres gays a cirugía para reducir sus "inclinaciones homosexuales". 150 Antes de su muerte, Hirschfeld admitió que no sólo no había logrado demostrar su tesis biológica, sino que había contribuido involuntariamente a la persecución de los homosexuales al estigmatizarlos como biológicamente defectuosos. Probablemente tenía en mente el hecho de que, en Alemania, lesbianas, hombres gays y otras minorías sexuales eran encarcelados, castrados, mutilados de otras maneras y enviados a campos de exterminio para eliminarlos del rebaño de cría. 15

1 El ejemplo de Alemania muestra que considerar la orientación sexual como

La base biológica no garantiza en modo alguno un resultado positivo para las lesbianas y los gays. Incluso en la época actual en los Estados Unidos, está lejos de ser obvio que la apelación a lo innato sea convincente. La base genética de la pigmentación de la piel, por ejemplo, no parece tener un efecto atenuante sobre el racismo.

6.2.2 Estrategia arriesgada

Vincular los derechos de lesbianas y gays a los altibajos de la investigación científica es arriesgado, especialmente porque, como he argumentado antes, esa investigación, en el mejor de los casos, todavía está en sus primeras etapas y, además, porque la investigación biológica sobre la orientación sexual tiene un historial pobre en lo que se refiere a fiabilidad.152 Hacer que los derechos de lesbianas y gays dependan de un hallazgo científico particular es sencillamente demasiado arriesgado. El hecho de que la gente se deje persuadir por argumentos biológicos a favor de los derechos de lesbianas y gays puede sugerir una

estrategia de relaciones públicas que tendrá éxito en el corto plazo, pero no sugiere una estrategia adecuada para fundamentar derechos que son profundamente importantes y que tienen un profundo impacto en la vida de las personas.

Como ejemplo de los riesgos de vincular teorías científicas particulares con la política lesbiana y gay, considérese la relación del movimiento lesbiano y gay en Estados Unidos con la psiquiatría. 153 En Estados Unidos, desde la Primera Guerra Mundial hasta fines de los años 1960, muchas lesbianas y hombres gays abrazaron la psiquiatría y su lenguaje, en parte por razones políticas. La idea era que la psiquiatría podía ayudar a legitimar a las lesbianas y hombres gays y sus organizaciones. 154 Pero a medida que el movimiento gay creció, comenzó a cuestionar **(p. 1032)** la psiquiatría, y finalmente protestó contra la clasificación de la homosexualidad como trastorno psicológico por parte de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría. 15

5 Este ejemplo muestra que la ciencia es, en

En el mejor de los casos, se trata de un arma de doble filo, que constituye un arma ética y políticamente complicada.

6.2.3 Ingeniería genética

Por último, incluso si la creencia en una base biológica de la homosexualidad pudiera persuadir a la gente a apoyar los derechos de lesbianas y gays a corto plazo, podría provocar llamados a la ingeniería genética para prevenir la homosexualidad y al desarrollo de técnicas para la detección de la homosexualidad con el fin de permitir el aborto de fetos que se cree que tienen el potencial de convertirse en homosexuales.156 Muchas características de base biológica (incluida, en algunas culturas, ser mujer)157 se consideran indeseables y vergonzosas. Algunas de esas características son consideradas por algunos como justificantes del uso de la ingeniería genética para evitar tener hijos que las desarrollen.

La disponibilidad y el uso de procedimientos para detectar o descartar la homosexualidad sugeriría que la detección de la homosexualidad es un procedimiento médico

razonable y aprobado. Esto podría inclinar la balanza de la opinión pública hacia la consideración de la homosexualidad como un trastorno físico/mental. Además, la disponibilidad y el uso de tales procedimientos podrían aumentar la presión para ocultar la propia homosexualidad y reducir el poder colectivo de las lesbianas y los hombres gay. Los procedimientos de ingeniería genética para descartar a los no heterosexuales podrían generar y perpetuar actitudes de que las lesbianas y los hombres gay son indeseables y no valiosos, políticas que discriminan a las lesbianas y los hombres gay, violencia contra las lesbianas y los hombres gay y las mismas condiciones que dan lugar a la preferencia por los heterosexuales en lugar de los no heterosexuales.158

En resumen, algunas personas han sostenido que el argumento de que “nació así”, a pesar de sus problemas, debería ser aceptado. Yo he sostenido que, incluso si se lo considera pragmáticamente, no debería aceptarse porque puede que no funcione, es riesgoso y, de hecho, puede generar las condiciones sociales que se supone que combate.159

(p. 1033) 6.3 Problemas prácticos del argumento de la discriminación sexual Paso ahora a una evaluación de las consideraciones pragmáticas relativas al argumento de la discriminación sexual. Aunque algunas personas parecen pensar que hay algo complicado en el argumento de la discriminación sexual, algunos tribunales han sido persuadidos por este argumento. Paso a analizar algunos problemas prácticos que plantea el argumento de la discriminación sexual.

6.3.1 El problema de las «diferencias reales» entre hombres y mujeres

Varios tribunales que consideraron el argumento de la discriminación sexual a favor de los derechos de lesbianas y gays respondieron al argumento diciendo que hay "diferencias reales"160 entre hombres y mujeres que justifican el uso de clasificaciones sexuales, especialmente en leyes relacionadas con la actividad sexual, el matrimonio, la procreación y similares.16

1 Aunque no lo sea

Si bien no está claro cuántas "diferencias reales" existen realmente entre hombres y mujeres,162 y cuánta importancia están dispuestos a encontrar los tribunales en la existencia de esas diferencias, es evidente que los tribunales apelarán con frecuencia a las diferencias entre hombres y mujeres para justificar el uso de clasificaciones sexuales frente al argumento de discriminación sexual.

El hecho de que algunos tribunales estén dispuestos a permitir "diferencias reales" entre hombres y mujeres para justificar el uso de clasificaciones sexuales crea un problema práctico sustancial para el argumento de la discriminación sexual.

6.3.2 Algunas leyes anti-gay no hacen uso de clasificaciones de sexo

En virtud del hecho de que el sexo y la orientación sexual son conceptual y culturalmente distintos, no todas las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual hacen uso de clasificaciones de sexo. William Eskridge ha distinguido de manera útil entre tres tipos diferentes de leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual: (1) leyes que discriminan explícitamente sobre la base de la orientación sexual (*leyes de tipo 1* ; un ejemplo sería la política militar sobre la homosexualidad); (2) leyes que discriminan sobre la base del sexo pero que tienen su efecto primario sobre las personas homosexuales (*leyes de tipo 2* ; un ejemplo serían las leyes de matrimonio que prohíben que las parejas del mismo sexo se casen); y (3) otras leyes que no discriminan ni por sexo ni por orientación sexual **pero** que tienen efectos discriminatorios sobre lesbianas y hombres homosexuales (*leyes de tipo 3* ; un ejemplo serían las leyes de sodomía que se aplican a los actos sexuales entre personas del mismo sexo y del sexo opuesto pero que se aplican solo a los actos sexuales entre personas del mismo sexo).163

El argumento de la discriminación sexual tiene su mayor potencial si se aplica a las leyes de tipo 2, es decir, leyes que discriminan por motivos de sexo. Sin embargo, será mucho más difícil para los jueces aceptar el argumento de la discriminación sexual cuando se aplique a las leyes de tipo 1 o de tipo 3, es decir, leyes que discriminan por motivos de orientación sexual y que no *hacen* uso de clasificaciones de sexo. Consideremos la política militar sobre la homosexualidad164 como un ejemplo de una ley de tipo 1 porque no discrimina abiertamente por motivos de sexo ni siquiera menciona las clasificaciones de sexo. Según esta política, una de las diversas formas en que las lesbianas, los hombres homosexuales y los bisexuales pueden ser despedidos es si participan en actividades sexuales con personas del mismo sexo. Sin embargo, esta política no despedirá a los heterosexuales que participen en actos sexuales con personas del mismo sexo (como hacen algunos heterosexuales). En concreto, la ley no prevé la baja de un miembro de las fuerzas armadas que "participe en un acto homosexual... [si] dicha conducta se aparta del comportamiento habitual y acostumbrado del miembro; dicha conducta... es poco probable que se repita;... y el miembro no tiene propensión o intención de participar en actos homosexuales".16

5 En otras palabras, los heterosexuales, aunque puedan

En general, los militares que ocasionalmente participan en actos sexuales con personas del mismo sexo no serán despedidos por participar en tales actos. Sólo las lesbianas, los hombres homosexuales y los bisexuales serán despedidos por participar en actos sexuales con personas del mismo sexo, porque, en virtud de sus orientaciones sexuales, sólo ellos tienen la propensión a participar en tales actos. Esta parte de la política militar es un ejemplo de una ley de tipo 1: no discrimina por motivos de sexo, pero sí por motivos de orientación sexual: despedirá a las lesbianas, los hombres homosexuales y los bisexuales por participar en un comportamiento por el que los heterosexuales no son despedidos. El argumento de la discriminación sexual tendrá mucha menos fuerza práctica cuando se trate de leyes de tipo 1. Esta es una limitación práctica grave del argumento de la discriminación sexual.

6.3.3 Inmunizar las leyes antigay contra el argumento de la discriminación sexual Dada la diferencia entre las leyes de tipo 2 y las de tipo 1, las legislaturas que deseen restringir los derechos de lesbianas y gays podrían tratar de inmunizarse contra el argumento de la discriminación sexual al no utilizar clasificaciones de sexo en las leyes relacionadas con la orientación sexual y al afirmar explícitamente que dichas leyes no discriminan por sexo. En otras palabras, las legislaturas reformularán las leyes de tipo 2 como leyes de tipo 1 (o tipo 3). Como ilustración, considere la opinión de la pluralidad de 1993 en *Baehr v* Lewin.166 En su opinión, ampliamente promocionada por los defensores de los derechos de lesbianas y gays, la Corte hizo una distinción entre **(p. 1035)** matrimonio *entre personas del mismo sexo* (un matrimonio entre dos personas del mismo sexo) y matrimonio *homosexual* (un matrimonio entre homosexuales).

Los matrimonios homosexuales y entre personas del mismo sexo no son sinónimos; por la misma razón, un matrimonio entre personas del mismo sexo “heterosexual” no es, en teoría, un oxímoron... Las partes de “una unión entre un hombre y una mujer” pueden ser homosexuales o no. En teoría, las partes de un matrimonio entre personas del mismo sexo pueden ser homosexuales o heterosexuales.167

A la luz de esta distinción, *Baehr v. Lewin* puede entenderse en el sentido de que las prohibiciones de los matrimonios entre personas del mismo sexo requieren una justificación sólida porque discriminan en función del sexo, mientras que las prohibiciones de los matrimonios homosexuales no requieren una justificación tan sólida.

En consonancia con la decisión de 1993 en *el caso Baehr v. Lewin* , una legislatura podría aprobar una ley sobre el matrimonio que permitiera a las parejas del mismo sexo casarse, pero prohibiera a los homosexuales hacerlo. La lógica de esta ley hipotética sería permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo para evitar la acusación de discriminación sexual, al tiempo que se prohibían los matrimonios homosexuales.

Si bien esta puede parecer una ley extraña, en realidad es similar a la política "No preguntes, no digas", que permite a

los heterosexuales, pero no a las lesbianas, los hombres homosexuales y los bisexuales, participar en actividades sexuales con personas del mismo sexo.168 Entre las razones adicionales que una legislatura podría ofrecer para esta ley se encuentran que el matrimonio está relacionado con la crianza de los hijos (y cree que Página 22 de 37

que las lesbianas y los gays son malos padres comparados con los heterosexuales), que las lesbianas y los gays son menos capaces de mantener el tipo de compromisos a largo plazo que el estado quiere alentar en sus ciudadanos, y que la incidencia de la sodomía se puede reducir impidiendo que los homosexuales se casen.169

Suponiendo que una legislatura promulgue esta ley hipotética sobre el matrimonio, sería constitucional en lo que respecta al argumento de discriminación sexual a favor de los derechos de lesbianas y gays, porque no discrimina sobre la base del sexo.170 El hecho de que una ley que discrimina sobre la base de la orientación sexual pueda ser inmune al argumento de discriminación sexual **(p. 1036)** se desprende del hecho, analizado anteriormente, de que la orientación sexual y el sexo son conceptualmente distintos. Este análisis muestra que no todas las leyes que afectan negativamente a lesbianas, gays y bisexuales pueden analizarse como si implicaran discriminación sexual.

La moraleja de esta hipotética ley matrimonial es que es posible que un legislador elabore una ley (o que un tribunal la interprete) de tal manera que discrimine sobre la base de la orientación sexual pero no sobre la base del sexo. La hipótesis muestra cómo una ley que discrimina sobre la base de la orientación sexual mediante el uso de clasificaciones de sexo puede ser fácilmente reelaborada para discriminar sobre la base de la orientación sexual sin hacer uso de clasificaciones de sexo. (En otras palabras, las leyes de tipo 2 pueden convertirse en leyes de tipo 1.) Esto demuestra que cualquier victoria obtenida mediante el argumento de la discriminación sexual podría muy bien ser efímera. Si se utiliza el argumento de la discriminación sexual, podemos esperar ver más leyes como la política de "No preguntes, no llames", es decir, leyes que discriminan

sobre la base de la orientación sexual sin discriminar sobre la base del sexo.

La reciente decisión de la Corte Suprema de Hawái que confirma la constitucionalidad de la ley de matrimonio del estado proporciona un ejemplo de una forma más contundente de inmunizar a las leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual contra el argumento de la discriminación sexual.17

1 En 1998, mediante un referéndum estatal, Hawai modificó su constitución para permitir que la legislatura estatal limitara los matrimonios a las parejas de hombre y mujer.172 La Corte Suprema de Hawai sostuvo que esta enmienda hacía irrelevante la impugnación de la ley de matrimonio de Hawai. En efecto, el tribunal dictaminó que la enmienda constitucional declaraba que una ley que discrimina sobre la base de la orientación sexual, incluso en la forma de una ley que utiliza directamente clasificaciones de sexo, no viola la constitución de Hawai y es coherente con su jurisprudencia sobre discriminación sexual. Este fracaso del argumento de la discriminación sexual, combinado con la existencia de leyes como la política "No preguntes, no digas", muestra cómo el argumento de la discriminación sexual, como cuestión práctica, bien puede fallar.

6.3.4 El riesgo de reacción violenta

El cuarto problema práctico del argumento de la discriminación sexual es que sus éxitos prácticos podrían llevar a un debilitamiento de las protecciones contra la discriminación sexual debido a que se produce una fuerte reacción negativa típica cuando las lesbianas, los hombres gay y los bisexuales hacen avances legales y políticos.173 De hecho, algunos han sugerido que el vínculo con los derechos de lesbianas y gays, especialmente con el matrimonio entre personas del mismo sexo, tuvo un efecto perjudicial sobre la Enmienda de Igualdad de Derechos **(p. 1037)** .174 Una reacción negativa a cualquier éxito del argumento de la discriminación sexual podría socavar tanto los derechos de las mujeres como los derechos de las lesbianas y los gays. En efecto, esto es lo que sucedió en Hawai. La decisión de 1999 de la Corte Suprema del estado

interpretó la enmienda constitucional de 1998 como si sacara la ley de matrimonio de Hawai "del ámbito de la cláusula de protección igualitaria de la constitución de Hawai",17

5 debilitando así la jurisprudencia sobre discriminación sexual en

Hawái .

En resumen, el argumento de la discriminación sexual sólo tiene potencial para persuadir a los tribunales con respecto a uno de los tres tipos de leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual. Es poco probable que convenza a los jueces, incluso a aquellos que simpatizan con los derechos de lesbianas y gays,176 en particular porque los jueces pueden apelar a las diferencias reales entre hombres y mujeres. Además, cualquier victoria obtenida mediante el argumento de la discriminación sexual puede ser efímera y puede tener efectos nocivos para la jurisprudencia sobre discriminación sexual. A la luz de estos problemas prácticos y los problemas sociológicos, teóricos y morales analizados anteriormente, los defensores de los derechos de lesbianas y gays deben evitar depender del argumento de la discriminación sexual.

6.3.5 La discriminación sexual como argumento en la alternativa

Algunos defensores de los derechos de lesbianas y gays han sugerido que se presente el argumento de la discriminación sexual como alternativa junto con otros argumentos a favor de los derechos de lesbianas y gays.177 Dado que el argumento de la discriminación sexual a veces persuade a los jueces, ¿por qué no ofrecer este argumento como alternativa, especialmente cuando este enfoque de "doble filo" ha demostrado ser eficaz?178 He argumentado que el argumento de la discriminación sexual enfrenta tanto obstáculos prácticos como objeciones de principio. Sin embargo, *no he* argumentado que el argumento de la discriminación sexual a favor de los derechos de lesbianas y gays sea una alternativa.

Los derechos de lesbianas y gays *nunca deberían* ser esgrimidos. Los argumentos débiles a veces persuaden a los jueces. Especialmente cuando una ley que discrimina sobre la base de la orientación sexual hace uso explícito de clasificaciones de sexo (una ley de tipo 2) y cuando la discriminación por orientación sexual involucrada en tal ley está estrechamente relacionada con estereotipos de roles sexuales, algunos jueces pueden ser persuadidos a revocar leyes que restringen los derechos de lesbianas y gays. De manera similar, el argumento de la discriminación sexual podría proporcionar una alternativa bienvenida para los jueces que **simpatizan** con los derechos de lesbianas y gays pero que dudan en abrir nuevos caminos doctrinales. A pesar de estos puntos, mi opinión es que el argumento de la discriminación sexual, dadas sus trampas prácticas y teóricas, si se presenta en absoluto, debe usarse con gran cautela. Presentar este argumento como alternativa junto con otros tipos de argumentos a favor de los derechos de lesbianas y gays podría mitigar algunos de los problemas prácticos con el argumento de la discriminación sexual, pero persistirían algunas preocupaciones serias. Una ley que discrimina por motivos de orientación sexual y que es revocada ante el argumento de la discriminación sexual podría reaparecer en una forma ligeramente diferente, reformulada de modo que no haga uso de clasificaciones sexuales. Además, cuando una ley que discrimina por motivos de orientación sexual es revocada ante el argumento de la discriminación sexual, los debates morales centrales sobre la homosexualidad quedan entre paréntesis. Tal vez el argumento de Herbert Wechsler que apelaba al derecho a la libre asociación179 hubiera funcionado para persuadir a los jueces que de otro modo defendían la segregación racial, pero ese argumento habría carecido de la fuerza moral de la opinión de la Corte Suprema en *Loving* . Cuando están en juego los derechos humanos básicos de una minoría despreciada, el poder judicial necesita hablar con una voz moral firme. Tanto el argumento de la discriminación sexual como el argumento de "nacido así" no lo logran.

7 Conclusión

Hace más de una década, el teórico político Michael Sandel mostró cómo los argumentos a favor de los derechos de

lesbianas y gays que apelan a la "tolerancia liberal" de la homosexualidad evitan las difíciles cuestiones morales relacionadas con la homosexualidad180 y, en el mejor de los casos, producirán ganancias débiles y de corto plazo para los derechos de lesbianas y gays.18

1 Ambos argumentos a favor de las lesbianas y

Los argumentos de discriminación sexual y de "nacido así" que se han abordado en este ensayo no abordan los verdaderos males de la discriminación por orientación sexual ni de la falta de reconocimiento de las reivindicaciones de lesbianas y hombres gay en general. Al hacerlo, no sostienen que el deseo sexual entre personas del mismo sexo debería tener el mismo estatus legal y ético que el deseo sexual entre personas del sexo opuesto, que los actos sexuales entre personas del mismo sexo deberían tener el mismo estatus legal y ético que los actos sexuales entre personas del sexo opuesto, y que las relaciones entre personas del mismo sexo deberían tener el mismo estatus legal y ético que las relaciones entre personas del sexo opuesto. Estas cuestiones deben abordarse para obtener y mantener derechos sólidos para los bisexuales, las lesbianas y los hombres gay **(p. 1039)** .182 Al no presentar los argumentos legales y éticos necesarios, ambos argumentos evitan, en lugar de abordar, las cuestiones que están en el centro de las reivindicaciones de los derechos de las lesbianas y los gays.

He argumentado que estos dos argumentos tienen otras deficiencias. El argumento de la discriminación sexual comete el error sociológico de no reconocer la distinción cultural del sexismo y la homofobia y de la discriminación sexual y la discriminación por orientación sexual. El argumento de "nacido así" se basa fundamentalmente en premisas empíricas dudosas sobre cómo se desarrollan las orientaciones sexuales humanas y, cuando se dan en el contexto de la discriminación sexual en los Estados Unidos, sobre cómo se desarrollan las orientaciones sexuales en los Estados Unidos.

La Constitución se basa en una dudosa jurisprudencia sobre igualdad de protección. Estos problemas de principio con ambos argumentos están relacionados con las

cuestiones teóricas analizadas en la Sección 2 de este capítulo y conducen a problemas prácticos a la hora de basar una estrategia de litigio en cualquiera de estos dos argumentos.

La situación legal de las lesbianas y los gays, aunque mejor que en el pasado, no es precisamente halagüeña. En vista de esta situación, los defensores de los derechos de las lesbianas y los gays pueden verse tentados por cualquier argumento que pueda resultar exitoso para obtener esos derechos. El argumento de que "nacieron así" y el argumento de la discriminación sexual son, cada uno de ellos, argumentos tentadores en diversos sentidos. Pero he demostrado que ambos enfrentan serios problemas. Sin embargo, existen otros argumentos legales y éticos sólidos a favor de los derechos de las lesbianas y los gays y, aunque existen dificultades para formular argumentos prácticos a favor de los derechos de las lesbianas y los gays, creo que hay algunas estrategias prácticas prometedoras. Sin embargo, no creo que haya un único argumento a favor de los derechos de las lesbianas y los gays que funcione en todos los contextos. Quince años después de *Bowers v Hardwick* , los argumentos sobre la privacidad tienen cierta viabilidad continua, especialmente cuando se hacen junto con algunos argumentos basados en la igualdad.183 Además, creo que los argumentos basados en la igualdad, especialmente aquellos que se basan en analogías184 con la raza, el sexo (nótese que esto es diferente del argumento de discriminación sexual, que sostiene que la discriminación por orientación sexual es un caso de discriminación sexual, no que es como la discriminación sexual) y quizás la libertad religiosa.18

5 El razonamiento de la Corte Suprema en *Romer v Evans* , aunque

limitada de diversas maneras, puede ser un primer paso hacia este enfoque.186 **(p. 1040)**

Notas:

Agradecimientos a Cheshire Calhoun, Jules Coleman, William Eskridge, Janet Hal ey, Elizabeth Hillman, Paul Kahn, Andrew Koppelman, Steve Lin, Morris Kaplan, Scott Shapiro, Reva Siegel y Kenji Yoshino por su ayuda en las distintas etapas de la redacción de este capítulo. Romilda Crocamo y Lisa Tuntigian brindaron una valiosa asistencia en la investigación.

(1) Lo he hecho en otro lugar. Véase Edward Stein, *La falsa medida del deseo: la ciencia, la teoría y la ética de la Orientación sexual* (Nueva York: Oxford University Press, 1999).

(2) Este capítulo no se centra explícitamente en argumentos morales y éticos generales a favor de los derechos de lesbianas y gays. Sin embargo, analizo problemas morales y éticos con algunos argumentos legales a favor de los derechos de lesbianas y gays y, de manera más general, argumentos morales y éticos que están asociados con los argumentos legales específicos que considero. Para muchos de los argumentos morales, véase, por ejemplo, Edward Batchelor, ed., *Homosexuality and Ethics* (Nueva York: Pilgrim Press, 1980); Jeremy Bentham, 'An Essay on “Paederasty”, en *Philosophy and Sex* , ed. Robert Baker y Frederick El iston, rev.

ed. (Buffalo: Prometheus Books, 1984); John Finnis, 'Derecho, moralidad y “orientación sexual”', *Notre Dame Law Reseña* , 69 (1994), 1049; Andrew Koppelman, 'Conducta homosexual: una respuesta a los nuevos abogados naturales', en *Mismo sexo: Debatiendo la ética, la ciencia y la cultura de la homosexualidad* , ed. John Corvino (Lanham, MD: Rowman y Littlefield, 1997), 44; Richard Mohr, *Gays/Justicia: un estudio sobre sociedad, ética y derecho* (Nueva York: Columbia University Press, 1990); Gayle Rubin, 'Pensar el sexo: notas para una teoría radical de las políticas de la sexualidad', en *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina* , ed. Carol Vance (Boston: Routledge & Kegan Paul, 1984), 267; David Richards, *Identidad y el caso de los derechos de los homosexuales* (Chicago: University of Chicago Press, 1999); y Michael Ruse, *Homosexualidad: una investigación filosófica* (Nueva York: Blackwel, 1988).

(3) Véase, por ejemplo, Simon LeVay, *Queer Science: The Use and Abuse of Research into Homosexuality* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1996), 231-254; Andrew Sul ivan, *Virtually Normal: An Argument about Homosexuality* (Nueva York: Knopf, 1995); y Bruce Bawer, *A Place at the Table: The Gay Individual in American Society* (Nueva York: Poseidon, 1993).

(4) Los tres estudios científicos más citados sobre los orígenes de la orientación sexual son Simon LeVay, 'A Difference in Hypothalamic Structure Between Heterosexual and Homosexual Men', *Science* , 253 (1991), 1034; J. Michael Bailey y Richard Pil ard, 'A Genetic Study of Male Sexual Orientation', *Archives of General Psychiatry* , 48 (1991), 1089; Dean Hamer, Stel a Hu, Victoria Magnuson, Nan Hu y Angela Pattatucci, 'A Linkage Between DNA Markers on the X Chromosome and Male Sexual Orientation', *Science* , 261 (1993), 321. Para defensas más accesibles de la investigación científica sobre la orientación sexual, véase LeVay, supra n. 3; Dean Hamer y Peter Copeland, *The Science of Deseo: La búsqueda del gen gay y la biología del comportamiento* (Nueva York: Simon & Schuster, 1994); y Michael Bailey, 'Perspectivas biológicas sobre la orientación sexual', en *Identidades lesbianas, gays y bisexuales a lo largo de la Esperanza de vida* , ed. Anthony D'Augeli y Charlotte Patterson (Nueva York: Oxford University Press, 1995).

(5) Véase, por ejemplo, Richard Green, 'La inmutabilidad de la orientación (homo)sexual: implicaciones de la ciencia del comportamiento para un análisis (legal) constitucional', *Journal of Psychiatry & Law* , 16 (1988), 537; y Robert Wintemute, *Sexual Orientación y Derechos Humanos: La Constitución de los Estados Unidos, la Convención Europea y la Constitución Canadiense Carta* (Oxford: Oxford University Press, 1995). Véase también Lisa Keen y Suzanne Goldberg, *Strangers to the Law: Gay People on Trial* (Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 1998) (donde se analiza la decisión de los litigantes de incluir el testimonio de científicos en el tribunal de primera instancia en *Romer v Evans* , 517 US 620 (1996)).

(6) Para la articulación de varias versiones de este argumento, véase, por ejemplo, Sylvia Law, 'Homosexuality and the Social Meaning of Gender', *Wisconsin Law Review* (1988), 187; Andrew Koppelman, 'The Miscegenation Analogy: Sodomy Law as Sex Discrimination', *Yale Law Journal* , 98 (1988), 1145; Koppelman, 'Why Sexual Orientation Discrimination is Sex Discrimination', *New York University Law Review* , 69 (1994), 197; Cass Sunstein,

'Homosexuality and the Constitution', *Indiana Law Journal* , 70 (1994), 1; Wintemute, supra, n. 5; y William Eskridge, Jr., *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet* (Boston: Harvard University Press, 1999). Para una discusión crítica más detallada de este argumento, véase Edward Stein, 'Evaluating the Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights', *University of California, Los Angeles Law Review* , 49 (próximamente).

(7) Véase *State v Walsh* , 713 SW 2d 508, 510 (Mo. 1986) (considerando y rechazando el argumento de discriminación sexual aplicado a la ley de sodomía del estado); *Lawrence v State* , 41 SW 3d 349 (Tex.App. 2001) (mismo); *Picado v Jegley* , No. CV-99–7048 (Ark. Cir. Ct.23 Mar. 2001) (encontrando la ley de sodomía del estado inconstitucional por motivos de discriminación sexual

así como por razones de privacidad); y Koppelman, *The Miscegenation Analogy* , supra n. 6 (aplicando el argumento de discriminación sexual a las leyes de sodomía).

(8) Véase Wintemute, nota 5 supra (donde se analiza el argumento de la discriminación sexual y el argumento de "nacido así" en el contexto de la Carta Canadiense, la Constitución de los Estados Unidos y la Convención Europea).

(9) Véase, por ejemplo, John Boswel, 'Conceptos, experiencia y sexualidad', en *Formas de deseo: orientación sexual y la Controversia del constructivismo social* , ed.

Edward Stein (Nueva York: Routledge, 1992), 163-4; y John Boswel,

'Revoluciones, universales y categorías sexuales', en *Oculto de la historia: Recuperando el pasado gay y lésbico* , M.

Duberman, M. Vicinus y G. Chauncey (Nueva York: New American Library, 1989), 25.

(10) Platón, *Simposio* , en 189e–190, trad. Michael Joyce (1935).

(11) ibíd., 189d-e.

(12) ibíd. 191.

(13) Véase, por ejemplo, David Halperin, *Cien años de homosexualidad y otros ensayos sobre el amor griego* (Nueva York: Routledge, 1990).

(14) Esto es una simplificación, especialmente si hay bisexuales "verdaderos", personas que se sienten atraídas por igual por hombres y mujeres. La orientación sexual de un bisexual verdadero podría determinarse sin saber su sexo.

Sin embargo, no está claro que todos o la mayoría de los bisexuales sean verdaderos bisexuales. Véase Martin Weinberg, Colin Williams y Douglas Pryor, *Dual Attraction: Understanding Bisexuality* (Nueva York: Oxford University Press, 1994). Para un análisis jurídico y teórico de la bisexualidad, véase Kenji Yoshino, 'The Epistemic Contract of Bisexual Erasure', Stanford University Press, 1994 . *Revista de Derecho* , 52 (2000), 353.

(15) Véase Stein, supra n. 1, págs. 1–38.

(16) Véase, por ejemplo, Roger Brown, *Social Psychology: The Second Edition* (Nueva York: Free Press, 1986); y Stein, supra n. 1, págs. 24-38. El juez Antonin Scalia apeló a esta distinción cuando dijo que «la palabra “género”...

connota... características culturales o actitudinales (en oposición a las características físicas) distintivas de los sexos. Véase *JEB v Alabama ex rel* TB, 511 US 127, 157 n. 1 (1994) (Scalia, J., disidente).

(17) Véase, por ejemplo, Anne Fausto-Sterling, *Myths of Gender: Biological Theories about Men and Women* , ed. rev. (Nueva York: Basic Books, 1992); Suzanne Kessler y Wendy McKenna, *Gender: An Ethnomethodological Approach* (Nueva York: Wiley, 1978); Judith Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (Nueva York: Routledge, 1990); y Katherine Franke, 'The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disgeneration of Sex from Gender', *University of Pennsylvania Law Review* , 144 (1995), 1, 9-10.

(18) Entre los otros criterios, además de los genitales internos y externos, que a menudo se consideran relevantes para distinguir entre hombres y mujeres están los llamados cromosomas sexuales, las gónadas, los niveles hormonales prenatales, los niveles hormonales puberales y los niveles de antígeno HY. Véase, por ejemplo, John Money, *Gay, Straight and In-Between: The Sexology of Orientación erótica* (Nueva York: Oxford University Press, 1988), 28–9.

(19) Para una discusión, véase, por ejemplo, Anne Fausto-Sterling, 'Los cinco sexos: por qué lo masculino y lo femenino no son suficientes', *The Ciencias* (mar./abril 1993), pág. 20.

(20) Véase, por ejemplo, Suzanne Kessler, *Lessons from the Intersexed* (Nuevo Brunswick, Nueva Jersey: Rutgers University Press, 1998).

(21) ibíd.

(22) Véase, por ejemplo, Hol y Devor, *FTM: Female-to-Male Transsexuals* (Bloomington, IN: Indiana University Press, 1997); y Bernice Hausman, *Changing Sex: Transsexualism, Technology and the Idea of Gender* (Durham, NC: Duke University Press, 1995).

(23) *Littleton v Prange* , 9 SW 3d 223 (Tex. App-San Antonio 1999), *cert. denegado* 121 S.Ct. 17468 (2000). Para una discusión, véase Julie Greenberg, 'When is a Man a Man and When is a Woman a Woman?', *Florida Law Review* , 52

(2000), 745.

(24) Véase, por ejemplo, 'Matrimonio de transexuales genera protestas en Texas', *NY Times* , 18 de septiembre de 2000.

(25) Véase, por ejemplo, Stein, supra n. 1, págs. 61-64 (criticando a Money, supra n. 18).

(26) Véase Platón, supra n. 10, pág. 191.

(27) Véase Janet Haley, 'Razonando sobre la sodomía: acto e identidad en y después de *Bowers v. Hardwick* ', *Virginia Law Review* , 79 (1993), 1721 (que muestra que la visión conductual, así como algo parecido a la visión disposicional que se analiza más adelante, está implícita en la decisión de la Corte Suprema en *Bowers v Hardwick* , 478 US 186 (1986). Véase también Janet Haley, *Don't: A Reader's Guide to the Military's Anti-Gay Policy* (1999).

(28) Para defensas del conductismo, véase John B. Watson, 'La psicología como la ve el conductista', *Psychological Review* , 20 (1913), 158; y BF Skinner, *Science and Human Behavior* (Nueva York: Free Press, 1965). Para una crítica clásica del conductismo, véase Noam Chomsky, 'A Review of BF Skinner's Verbal Behavior', en *Readings in Filosofía de la psicología* , ed. Ned Block (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980), 48.

(29) Véase Stein, supra n. 1, págs. 41-44.

(30) Véase Stein, supra n. 1, págs. 45-49. Véanse también los estudios clásicos de Alfred Kinsey, que adoptan

implícitamente la perspectiva disposicional: Alfred Kinsey, Wardel Pomeroy y Clyde Martin, *Sexual Behavior in the Human Male* (1948); y Alfred Kinsey, Wardel Pomeroy, Clyde Martin y Paul Gebhard, *Sexual Behavior in the Human Female* (Filadelfia: WB Saunders, 1953).

(31) Véase, por ejemplo, Henry Abelove, Michèle Aina Barale y David Halperin, *The Lesbian and Gay Studies Reader* (1993).

(32) Véase, por ejemplo, Michel Foucault, *History of Sexuality: An Introduction* , trad. Robert Hurley (Nueva York: Random House, 1978; publ. original: París: Editions Gallimard, 1976); Mary McIntosh, 'The Homosexual Role', *Social Problems* , 16 (1968), 182; y John Gagnon y William Simon, *Sexual Conduct* (Chicago: Aldine, 1973). Para puntos de vista opuestos, véase, por ejemplo, Boswel, n.° 9; y Richard Mohr, 'The Thing of It Is: Some Problems with Models for the Social Construction of Homosexuality', en *Gay Ideas: Outing and Other Controversies* (Boston: Beacon, 1992). Véase también *Forms of Desire* , n.° 9.

(33) Véase Halperin, supra n. 13; Morris Kaplan, *Sexual Justice* (Nueva York, Routledge, 1997); y Stein, supra n. 1, págs. 94-99.

(34) Ian Hacking, 'Una tradición de tipos naturales', *Philosophical Studies* , 61 (1991), 109; Richard Boyd, 'Realismo, antifundacionalismo y el entusiasmo por los tipos naturales', *Philosophical Studies* , 61 (1991), 127; Frank Kiel, *Conceptos, tipos y desarrollo cognitivo* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1989); y Stein, supra n. 1, en 71–

92.

(35) James Bryant Conant, *El derrocamiento de la teoría del flogisto: la revolución química de 1775-1789*

(Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1950).

(36) Véase Stein, supra n. 1, págs. 84-92.

(37) Neil Micklem, *La naturaleza de la histeria* (Nueva York: Routledge, 1996).

(38) Algunos filósofos utilizan el término "esencialismo" para referirse a la idea de que una agrupación es una clase natural si y sólo si todos y sólo los miembros de esa clase comparten una propiedad intrínseca (o un conjunto de propiedades intrínsecas). El esencialismo en el sentido que le doy aquí al término no implica necesariamente este sentido del término. Siguiendo a Boyd, supra n. 34, sostengo que algunas clases naturales se definen por un conjunto de condiciones causales relevantes, ninguna de las cuales es necesaria o suficiente.

(39) Algunos filósofos piensan que no existen clases naturales. Véase, por ejemplo, Nelson Goodman, *Ways of Worldmaking* (Indianápolis: Hackett, 1978). Para una discusión, véase David Armstrong, *Universals: An Opinionated Introduction* (Boulder, CO: Westview, 1989); Hacking, supra n. 34; y Boyd, supra n. 34. De esta perspectiva se sigue que no existen clases humanas naturales y, por lo tanto, que las orientaciones sexuales no son clases humanas naturales. Si bien la posición de que no existen clases *humanas naturales* es una posición filosófica general interesante, no es una posición interesante. Página 27 de 37

Derecho, orientación sexual y género

El construccionismo sobre la orientación sexual implica al menos implícitamente la afirmación de que, si bien las orientaciones sexuales no son tipos humanos naturales, existen al menos algunos tipos naturales. Si no hay tipos naturales, entonces no hay nada especial en la orientación sexual; las orientaciones sexuales no serían tipos naturales, pero tampoco lo sería tener un cromosoma Y o ser un protón. El construccionismo es una postura interesante *sobre la orientación sexual . orientación* sólo si hay algunos tipos naturales.

(40) Alan Bel, Martin Weinberg y Susan Hammesmith, *Sexual Preference: Its Development in Men and Women* (Bloomington, IN: Indiana University Press, 1981); y Stein, supra n.° 1, págs. 229-257.

(41) Véase, por ejemplo, Sigmund Freud, *Tres ensayos sobre la teoría de la sexualidad* , trad. de James Strachey (Nueva York: Basic Books, 1975; publicación original: 1905).

(42) Véase, por ejemplo, RJ McGuire, JM Carlisle y BG Young, 'Desviaciones sexuales como comportamiento condicionado: una hipótesis', *Behavior Research and Therapy* , 2 (1965), 185.

(43) Sin embargo, la opinión generalizada de que existe una conexión entre el esencialismo y el construccionismo, por un lado, y el nativismo y el ambientalismo, por el otro, no es completamente errónea. Si las orientaciones sexuales son innatas, entonces el construccionismo sobre la orientación sexual es falso y el esencialismo es verdadero. Supongamos que la orientación sexual de una persona está determinada principalmente por factores genéticos. En este caso, las orientaciones sexuales serían innatas. En virtud de los genes que estoy postulando como responsables de la orientación sexual, habría tipos humanos naturales asociados con las orientaciones sexuales; las orientaciones sexuales aparecerían en leyes científicas que involucrarían a estos genes. Si este fuera el caso, entonces el construccionismo sería falso.

(44) Véase supra n. 4.

(45) Véase, por ejemplo, Stein, supra n. 1, págs. 164-228; Janet Haley, 'Orientación sexual y la política de la biología: una crítica del nuevo argumento de la inmutabilidad', *Stanford Law Review* , 46 (1994), 503; Fausto-Sterling, supra n. 17; y William Byne, 'Biología y orientación sexual: implicaciones de la investigación endocrinológica y neuroanatómica', en *Comprehensive Textbook of Homosexuality* , ed. R. Cabaj y T. Stein (Washington DC: American Psychiatric Press, 1996).

(46) Véase, por ejemplo, LeVay, supra n. 3; y Hamer y Copeland, supra n. 4.

(47) Véase, por ejemplo, Stein, supra n. 1, págs. 164-79; Anne Fausto-Sterling, 'Animal Models for the Development of Human Sexuality: A Critical Evaluation', *Journal of*

Homosexuality , 28 (1995), 217; William Byne, 'Science and Belief: Psychobiological Research on Sexual Orientation', *Journal of Homosexuality* , 28 (1995), 303; y Byne, supra n.

45.

(48) Véase, por ejemplo, Bruce Bagemihl, *Exuberancia biológica: homosexualidad animal y diversidad humana* (Nueva York: St Martin's Press, 1999).

(49) Véase, por ejemplo, Stein, supra n. 1, págs. 190-228; y Byne, supra n. 45.

(50) Véase, por ejemplo, Stein, supra n. 1, págs. 49-67.

(51) No niego que la hipótesis de la inversión sea intuitivamente plausible para muchas personas de nuestra cultura, pero sí sugiero que la base de esta hipótesis no es científica. Más bien, esta hipótesis se basa en una imagen cultural particular según la cual los hombres homosexuales son femeninos y las lesbianas son masculinas. Esta visión cultural no es universal. En algunas culturas, la actividad sexual entre hombres se asociaba con el estatus de guerrero (véase, por ejemplo, T.

Watanabe y J. Iwata, *El amor de los samuráis: mil años de homosexualidad japonesa* , trad. DR

Roberts (Londres: Gay Men's Press, 1989)—mientras que en otros la actividad sexual receptiva entre personas del mismo sexo era practicada por todos los varones y se creía que era esencial para su virilidad—véase, por ejemplo, Gil Herdt, 'Semen Transaction in Sambia Culture', en *Ritualized Homosexuality in Melanesia* (Berkeley: University of California Press, 1984). El hecho de que la suposición de la inversión no hubiera sido plausible en algunas culturas no demuestra que sea falsa. Sin embargo, la falta de evidencia científica que respalde la suposición de la inversión y el hecho de que no sea culturalmente universal sugieren que se basa principalmente en nuestros sesgos culturales.

(52) Véase, por ejemplo, Stein, supra n. 1, págs. 205-206.

(53) Véase, por ejemplo, Simon LeVay y Dean Hamer, 'Evidencia de una influencia biológica en la homosexualidad masculina', *Scientific Estadounidense* , 270 (1994), 44.

(54) Véase, por ejemplo, Stein, supra n. 1, págs. 225-228.

(55) Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas* , ed. rev. (Chicago: University of Chicago Press, 1970).

(56) Véase, por ejemplo, DC Haldeman, 'Terapia de conversión de la orientación sexual para hombres gay y lesbianas: un examen científico', en *Homosexualidad: implicaciones de investigación para políticas públicas* , ed. JC Gonsiorek y James Weinrich (1991); Haldeman, 'La práctica y la ética de la terapia de conversión de la orientación sexual', *Journal of Consulting and Psicología clínica* , 62 (1994), 221; Timothy Murphy, 'Redireccionando la orientación sexual: técnicas y justificaciones', *Journal of Sex Research* , 29 (1992), 501; y Charles Silverstein, 'Tratamientos psicológicos y médicos de la homosexualidad', en *Homosexuality* . Nótese que esta evidencia no es necesariamente inconsistente con los sentimientos de muchas mujeres y algunos hombres que sienten que sus orientaciones sexuales son fluidas y que alguna elección consciente está involucrada en el desarrollo de la orientación sexual. Véase, por ejemplo, Claudia Card, *Lesbian Choices* (Nueva York: Columbia University Press, 1995), 47-57; Carla Golden, 'Diversidad y variabilidad en las identidades sexuales de las mujeres', en *Lesbian Psicologías: exploraciones y desafíos* , ed. Boston Women's Psychologies Collective (Urbana, IL: University of Illinois Press, 1987); Vera Whisman, *Queer By Choice: Lesbians, Gay Men and the Politics of Identity* (Nueva York: Routledge, 1996).

(57) Véase, por ejemplo, Stein, supra n. 1, págs. 265-270.

(58) Como han demostrado Joyce Trebilcot, 'Taking Responsibility for Sexuality', en *Philosophy and Sex* , supra n. 2; y Sandra Lee Bartky, 'Feminine Masochism and the Politics of Personal Transformation', en *Femininity and Domination* (publicado por primera vez en *Women's Studies International Forum* 7 (1984), 323-4) (Nueva York, Routledge, 1990), querer ser lesbiana (o un hombre gay) por razones políticas o filosóficas no conduce necesariamente a un cambio en las atracciones sexuales de uno: una mujer, incluso si quiere convertirse en lesbiana, puede seguir sintiéndose sexualmente atraída por los hombres y no sexualmente atraída por las mujeres.

(59) Bailey y Pil ard, supra n. 4; J. Michael Bailey, Richard Pil ard e Yvonne Agyei, 'Los factores hereditarios influyen en la orientación sexual de la mujer', *Archives of General Psychiatry* , 50 (1993), 217; Bailey, MP Dunne y MP

Martin, 'Influencias genéticas y ambientales en la orientación sexual y sus correlatos en una muestra de gemelos australianos', *Journal of Personality & Social Psychiatry* , 78 (2000), 524; y Bailey, KM Kirk, G. Zhu, MP Dunne y MP Martin, '¿Las diferencias individuales en la sociosexualidad representan estrategias contingentes genéticas o ambientales? Evidencia del Registro de gemelos australianos', *Journal of Personality & Social Psychiatry* , 78 (2000), 537.

Para una discusión crítica, véase Stein, supra n. 1, págs. 140–53, 191–5, 201–16.

(60) Véase, por ejemplo, Steven Epstein, 'Política gay, identidad étnica: los límites del construccionismo social', en *Formas de deseo* , supra n. 9, p. 239; y Robert Padgug, 'Asuntos sexuales: sobre la conceptualización de la sexualidad en la historia', en *Formas de deseo. Deseo* , a los 43 años.

(61) Véase, por ejemplo, Halperin, supra n. 13, págs. 41-53.

(62) Véase supra n. 42.

(63) Véase, por ejemplo, Kaplan, supra n. 33, págs. 14-17; y Stein, supra n. 1, pág. 204.

(64) De estos estados, tres tienen leyes que penalizan ciertos actos sexuales sólo cuando son cometidos por dos personas del mismo sexo. Aunque ningún estado aplica regularmente estas leyes, en algunos se aplican de manera selectiva, especialmente contra lesbianas, hombres homosexuales y bisexuales. Incluso en estados donde estas leyes no se aplican de manera general, la mera existencia de leyes contra la actividad sexual entre personas del mismo sexo se utiliza para apoyar y justificar otras leyes y prácticas sociales relacionadas con la homosexualidad. Véase, por ejemplo, Christopher Leslie, 'Creating Criminals: The Injuries Inflicted by “Unenforced” Sodomy Laws', *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* , 35 (2000), 103.

(65) Véase Lambda Legal Defense and Education Fund, 'Resumen de los estados que prohíben la discriminación basada en la orientación sexual', ⟨ www.lambdalegal.org/cgi-bin/pages/documents/record?record=185⟩ .

(66) Véase, por ejemplo, *Smith v Liberty Mutual Insurance Company* , 569 F.2d 325 (5th Cir. 1978); *DeSantis v Pacific Telephone and Telegraph Co.* , 608F.2d327 (9th Cir. 1979); y *Dillon v Frank* , 1992 WL 5436 (6th Cir. 1992).

(67) Véase Mohr, supra n. 2, págs. 137-187.

(68) Algunos críticos de las leyes que protegen contra la discriminación por motivos de orientación sexual han argumentado que dichas leyes otorgan a los hombres homosexuales y a las lesbianas "derechos especiales". Véase, por ejemplo, *Romer v Evans* , 517 US 620, 626–34 (1996) (donde se analiza si las enmiendas en cuestión simplemente socavaban la reivindicación de los homosexuales de "derechos especiales"); e ibíd., 647–9 (Scalia, J. disidente) (lo mismo). La mayoría en Romer

rechazó esta crítica de protección contra la discriminación por motivos de orientación sexual.

(69) Véase, por ejemplo, William Eskridge, Jr., *The Case for Same-Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment (El caso del matrimonio entre personas del mismo sexo: de la libertad sexual al compromiso civilizado*) (Nueva York: Free Press, 1996).

(70) Ley relativa a las uniones civiles, 2000 Vt. Laws PA 91. Esta ley fue una respuesta a *Baker v Vermont* , 744A. 2d 864 (Vt. 1999) (que sostenía que las parejas del mismo sexo deben recibir los mismos "beneficios y protecciones" que el estado brinda a las parejas casadas de un hombre y una mujer).

(71) La Ley de Defensa del Matrimonio de 1996 (DOMA, por sus siglas en inglés) exime al matrimonio entre personas del mismo sexo de recibir plena fe y crédito al decir que ningún Estado “... estará obligado a dar efecto a ningún acto público, registro o procedimiento judicial de ningún otro Estado... respecto de una relación entre personas del mismo sexo que se trate como un matrimonio bajo las leyes de ese otro Estado... o un derecho o reclamación que surja de dicha relación”. 28 USC §1738C. Más de treinta Estados han aprobado versiones estatales de DOMA. Algunas personas han argumentado que estas leyes son inconstitucionales porque violan la Cláusula de Plena Fe y Crédito de la Constitución de los Estados Unidos, Constitución de los Estados Unidos, art. IV, §1. Véase, por ejemplo,

Mark Strasser, 'Leyes ex post facto, leyes de proscripción y la definición de castigo: sobre DOMA, la enmienda de Hawai y las restricciones constitucionales federales', *Syracuse Law Review* , 48 (1998), 227; y Andrew Koppelman, 'Dumb and DOMA: Why the Defense of Marriage Act Is Unconstitutional', *Iowa Law Review* , 83 (1997), 1.

(72) *Griswold v Connecticut* , 381 US 479 (1965) (revocando la ley que prohibía los dispositivos de control de la natalidad por violar el derecho a la privacidad de las parejas casadas).

(73) *Roe v Wade* , 410 US 113 (1973) (revocando estatutos antiabortistas por razones de privacidad).

(74) Véase, por ejemplo, la nota "La constitucionalidad de las leyes que prohíben la conducta homosexual privada", *Michigan Law Review* , 72 (1974), 1613, 1637; David Richards, "La autonomía sexual y el derecho constitucional a la privacidad", *Hastings Law Review , 1974, 1613, 1637; Journal* , 30 (1979), 957; y Kenneth Karst, 'La libertad de asociación íntima', *Yale Law Journal* , 89 (1980), 624.

(75) Escrito del demandado, *Bowers v Hardwick* , 478 US 186 (1986) (Nos. 85–140) (argumentando que el precedente de la Corte Suprema respecto del derecho a la privacidad exige una justificación sustancial para declarar criminales las intimidades sexuales consensuales entre adultos que participan en el dormitorio de una persona).

(76) *Bowers contra Hardwick* , 478 US 186, 191.

(77) ibíd.

(78) ibíd.

(79) Véase Melanie Price, 'La paradoja de la privacidad: los caminos divergentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos y los tribunales estatales en cuestiones de sexualidad', *Indiana Law Review* , 33 (2000), 863.

(80) Patricia Cain, 'Litigando por los derechos de lesbianas y gays: una historia legal', *Virginia Law Review* , 79 (1993), 1551, 1640.

(81) Algunos han argumentado que, incluso dejando de lado *a Bowers* , los argumentos basados en la privacidad tienen limitaciones en lo que pueden ofrecer a las lesbianas y los hombres homosexuales. Véase, por ejemplo, Kendal Thomas, 'Beyond the Privacy Principle', *Columbia Law Review* , 92

(1992), 1431; Kaplan, nota 33, págs. 17–46, 211–27.

(82) Véase, por ejemplo, *Yick Wo v Hopkins* , 118 US 356 (1886) (interpretando la Decimocuarta Enmienda como que requiere un escrutinio más riguroso para las clasificaciones étnicas); *Hernandez v Texas* , 347 US 475 (1954) (lo mismo para el origen nacional); *Plyler v Doe* , 457 US 202, 218-23 (1982) (alienación); *Levy v Louisiana* , 391 US 68 (1968) (legitimidad); y *Mississippi University for Women v Hogan* , 458 US 718, 723-4 (1982) (sexo). Algunos académicos han argumentado que el Congreso que la promulgó pretendía que la Decimocuarta Enmienda se aplicara a otras clasificaciones además de la raza. Véase, por ejemplo,

Nina Morais, 'La discriminación sexual y la Decimocuarta Enmienda: Historia perdida', *Yale Law Journal* , 97 (1988), 1153.

(83) La Corte Suprema distingue entre un escrutinio estricto y un escrutinio intermedio. Si bien ha sostenido que las clasificaciones raciales justifican un escrutinio estricto, no ha sostenido explícitamente que las clasificaciones por sexo justifican un escrutinio estricto.

Sin embargo, en *Estados Unidos v. Virginia* , 518 US 515 (1996), la Corte Suprema argumentó enérgicamente contra las leyes que refuerzan los estereotipos de género y desdibujó un tanto los límites entre el escrutinio estricto y el intermedio.

Siguiendo a Kenji Yoshino, 'Assimilationist Bias in Equal Protection: The Visibility Presumption and the Case of “Don't Ask, Don't Tel ”', *Yale Law Journal* , 108 (1998), 485, 488 n. 6, utilizo el término escrutinio 'intensificado' para abarcar tanto el escrutinio estricto como el escrutinio intermedio. Al hacerlo, no niego que estos dos niveles de escrutinio puedan diferenciarse.

(84) Véase, por ejemplo, *Ben-Shalom v Marsh* , 881 F.2d 454, 464 (7th Cir. 1989) (que se niega a conceder un mayor escrutinio de las clasificaciones de orientación sexual en el contexto de la política militar sobre la homosexualidad); *Padula v Webster* , 822F.2d97, 103 (DC Cir. 1987) (lo

mismo en el contexto del FBI); y *Thomasson v Perry* , 80F.3d915 (4th Cir.

1996) (en pleno) (lo mismo en el contexto de la política militar de "No preguntar, no decir"). La excepción es *Tanner v Oregon Health Sciences University* , 91 P.2d 534 (Ore. App. 1998), *revisión denegada* 994 P.2d 129 (Ore. 1999) (sosteniendo que las lesbianas y los hombres homosexuales son "miembros de una clase sospechosa a la que no se les conceden ciertos privilegios e inmunidades").

(85) Véase, por ejemplo, *Watkins v United States Army* , 847 F.2d 1329 (9th Cir. 1988) (que sostiene que las clasificaciones de orientación sexual merecen un escrutinio más riguroso y, según este estándar de revisión, que la legislación militar de los EE. UU. anterior a 1992

La política de despedir a los homosexuales era inconstitucional), *anulada y confirmada por otros motivos* , 875 F.2d 699

(9th Cir. 1989) (en banc); *High Tech Gays v Defense Industry Security Clearance Office* , 668 F. Supp. 1361 (ND)

Cal. 1987) (sosteniendo que los homosexuales o aquellos percibidos como homosexuales merecen un escrutinio más riguroso bajo igualdad de protección), *revocado* 895 F.2d 563 (9th Cir. 1990); y *Jantz v Muci* , 759 F. Supp. 1543, 1546 (1991) (mismo), *revocado* 976 F.2d 623 (10th Cir. 1992).

(86) Véase supra n. 4.

(87) Véanse los números 3 y 5.

(88) Véase, por ejemplo, Wintemunte, supra n. 5.

(89) *Frontiero contra Richardson* , 411 US 677 (1973).

(90) *Frontiero v Richardson* , 411 US 677 (1973) en 686.

(91) *Ciudad de Cleburne v Cleburne Living Center* , 473 US 432, 441 (1985).

(92) *Bowen contra Gilliard* , 483 US 587, 602 (1987).

(93) Martha Nussbaum, 'Libertad milenaria y orientación sexual: una discusión de *La falsa medida de Edward Stein El deseo , en Law and Philosophy* (próximamente en 2001), intenta formular una versión más sofisticada del argumento de "nací así". Una premisa crucial de este argumento, que Nussbaum dice que la mayoría de los estadounidenses aceptan, es que la sociedad no debería poner impedimentos en el camino de la satisfacción del impulso sexual de una persona. Para mi respuesta a la versión sofisticada de Nussbaum del argumento de "nací así", véase Edward Stein, "Respuesta a Martha Nussbaum e Ian Hacking", *Law and Filosofía* (próximamente, 2001). En pocas palabras, sostengo que la premisa de Nussbaum no es aceptada por la mayoría de los estadounidenses, y su versión más sofisticada del argumento de que "nació así" enfrenta las mismas objeciones que son fatales para la versión estándar de este argumento.

(94) 10 USC §654 (1994); Separación de oficiales comisionados regulares, Directiva 1332.30 del Departamento de Defensa

(5 de febrero de 1994); Normas de calificación para el alistamiento, nombramiento e inducción, Directiva 1304.26 del Departamento de Defensa (5 de febrero de 1994); y Separaciones administrativas de alistados, Directiva 1304.26 del Departamento de Defensa (5 de febrero de 1994).

1994).

(95) Directiva 1304.26 del Departamento de Defensa, H.1.b.(2).

(96) 10 USC §654 (f)(3)(B).

(97) ibíd. en §654 (b)(3).

(98) Para una discusión más amplia de la política militar respecto de la homosexualidad, véase Haley, *Don't* , supra n. 27.

(99) Véase, por ejemplo, Green, supra n. 5. Para una discusión crítica, véase Haley, supra n. 45; y Yoshino, supra n. 83.

(100) Véase, por ejemplo, *Bowen v Gilliard* , 483 US 587, 602 (1987).

(101) *Cleburne* , 473 US en 440–1; *Junta de Jubilación de Massachusetts v Murgia* , 427 US 307, 313 (1976); *Plyler v Doe* , 457 US 202, 218–23 (1982). Para una discusión, véase Yoshino, supra n.° 83.

(102) Véase, por ejemplo, Haley, supra n. 43; Richards, supra n. 2; y Yoshino, supra n. 83.

(103) *Romer v Evans* , 517 US 620 (1996). La enmienda en cuestión impedía la acción legislativa, ejecutiva y judicial estatal y local que protegiera la orientación, conducta, prácticas y relaciones homosexuales y/o bisexuales.

(104) ibíd., págs. 631–6.

(105) *Missouri Annotated Statutes* §566.090 (1998) (promulgado en 1977). La ley de sodomía de Missouri sigue vigente, aunque un tribunal de apelaciones estatal, en *State v Cogshell* , 997 SW2d 534 (Mo. App. 1999), sostuvo que no puede utilizarse para procesar actividades sexuales consentidas.

(106) *Estatutos Anotados de Missouri* §566.010 (1998) (promulgado en 1977).

(107) *Estatutos Revisados de Hawái* §572–1 (1994). Esta ley fue declarada inconstitucional por *Baehr v Miike* , 65 USLW

2399 (Haw. Cir. Ct. 1996) (en la que se determinó que el estado no había demostrado un interés imperioso en utilizar clasificaciones de sexo en sus leyes sobre el matrimonio). Sin embargo, después de que un referéndum constitucional enmendara la constitución de Hawái para otorgarle a la legislatura estatal el poder de limitar el matrimonio a una relación entre un hombre y una mujer, Constitución de Hawái, art. 1, §23 (1998), Corte Suprema de Hawái, en *Baehr v Miike* , No.20371, 1999 Haw. LEXIS 391

(Haw.9 de diciembre de 1999), sostuvo que la enmienda hacía irrelevante el desafío constitucional a las leyes de matrimonio de Hawai.

(108) *Grant v Southwest Trains* , asunto C-249/96, TJCE (1998).

(109) Tratado CE, art. 119.

(110) *Subvención* , en ¶ 5.

(111) Posteriormente, la empresa ferroviaria modificó su política para ampliar los beneficios a las parejas del mismo sexo de los empleados. Véase, por ejemplo, "Gay Rail Workers Win Travel Benefits", *Evening Standard* (Inglaterra), 5 de octubre de 1999, pág. 5.

(112) *Estado v Walsh* , 713 SW2d 508, 510 (Mo. 1986).

(113) Un tribunal de apelaciones del estado de Washington adoptó este mismo enfoque con respecto a una impugnación por discriminación sexual de su ley de matrimonio en *Singer v Hara* . Sostuvo que la ley de matrimonio no discrimina por motivos de sexo porque tanto a los hombres como a las mujeres se les prohíbe casarse con una persona del mismo sexo y a ambos se les permite casarse con una persona del sexo opuesto. *Singer v Hara* , 55 P.2d 1187, 1191 (Wash. App. 1974); véase también *Baehr v Lewin* , 852 P.2d 44, 70-2 (Haw. 1993) (Heen, J. disidente).

(114) Véase Stein, supra n. 1, págs. 54-61 (donde se analiza este problema en el contexto de los estudios científicos sobre la orientación sexual).

(115) *Baker v Vermont* , 744 A.2d 864, 880 n. 13 (citando *a Singer* y *Walsh*).

(116) ibíd., pág. 880, n. 13.

(117) ibíd.

(118) ibid. en 889 (Dooley, J., concurriendo) (aceptando implícitamente el rechazo de la mayoría al argumento de discriminación sexual); ibid. en 897 (Johnson, J., concurriendo en parte y disintiendo en parte) (aplicando el argumento de discriminación sexual a la ley de matrimonio de Vermont y encontrando que esa ley es inconstitucional porque discrimina sobre la base del sexo).

(119) Véase, por ejemplo, *Pace v Alabama* , 106 US 583 (1883) (confirmando una ley que prohibía el adulterio o la fornicación interracial sobre la base de que dicha ley se aplica por igual a negros y blancos y, por lo tanto, es coherente con la Cláusula de Igual Protección). Pero cf., *Loving v Virginia* , 388 US 1 (1967) (rechazando este argumento y revocando leyes que prohibían el matrimonio interracial); y *McLaughlin v Florida* , 379 US 184 (1965) (revocando una ley contra la cohabitación interracial).

(120) Esto es una simplificación porque la ley sólo prohibía a los blancos casarse con personas "de color";

Según la ley de Virginia, a un hombre "de color" y a una mujer "de color" de diferentes razas se les permitía casarse entre sí (por ejemplo, una mujer "negra" y un hombre "indio americano" podían casarse).

(121) ibíd., pág. 11.

(122) ibid., pág. 8 (citas internas omitidas).

(123) ibíd., pág. 11.

(124) Como, por ejemplo, lo hizo la Corte Suprema de Hawai en *Baehr v Lewin* , 852 P.2d 44 (Haw. 1993), cuando dijo que la conclusión de que la ley de matrimonio de Hawai hacía uso de clasificaciones de sexo de tal manera que requiere un interés estatal imperioso se deducía de una simple adaptación de Loving: '[s]ustituyendo “sexo” por “raza” y el artículo I, sección 5

[de la constitución de Hawái (que prohíbe explícitamente la discriminación sexual)] para la Decimocuarta Enmienda [en *Loving*]

presenta el caso preciso que tenemos ante nosotros junto con la conclusión a la que hemos llegado'. Ibíd., pág. 68.

(125) Este es un análisis algo simplificado de *Loving* . Podría decirse que la clase desfavorecida por la ley en cuestión en *Loving* es la clase de personas, independientemente de la raza, que quieren casarse con alguien de otra raza. A esas personas se las llama

'miscegenosexuales', siguiendo a Samuel A. Marcosson, 'Acoso por motivos de orientación sexual: una reclamación de discriminación sexual en virtud del Título VI', *Georgia Law Journal* , 81 (1992), 1, 6. Véase también Eskridge, supra n. 6, pág. 220.

(126) *Reed v Reed* , 404 US 71 (1971). *El caso Reed* se resolvió mediante una revisión racional, no bajo un escrutinio minucioso, pero paso por alto este hecho en mi uso posterior de *Reed* .

(127) La Tabla 24.1 es una forma algo modificada y abreviada de las tablas utilizadas en Eskridge, supra n. 6, pág. 220; y Eskridge, supra n. 69, pág. 167.

(128) Koppelman, 'Por qué la discriminación por orientación sexual es discriminación sexual', supra n. 6, págs. 234-235.

(129) ibíd., págs. 255-257.

(130) La Tabla 24.2 es una adaptación y modificación de las tablas de Eskridge, supra n. 69, pág. 171; y Eskridge, supra n. 6, págs. 220-221.

(131) Véase, por ejemplo, Eva Saks, 'Representing Miscegenation Law', *Raritan* , 8 (1988), 39, 42 (donde se señala que el primer estatuto de mestizaje en los Estados Unidos, aprobado en Maryland en 1661, prohibía a los hombres negros casarse con mujeres blancas, pero *no a* los hombres blancos casarse con mujeres negras).

(132) No estoy sugiriendo que semejante argumento pudiera haberse esgrimido en los Estados Unidos contra las leyes contra el mestizaje. Esto habría sido históricamente improbable porque la doctrina de la discriminación sexual no estaba tan desarrollada como la doctrina de la discriminación racial cuando se dictó la sentencia *de Loving* y *McLaughlin* .

(133) Véase, por ejemplo, Cheshire Calhoun, 'Separating Lesbian Theory from Feminist Theory', *Ethics* , 104 (1994), 558; Rubin, supra n. 2; Eve Kosofsky Sedgwick, *Epistemology of the Closet* (Berkeley: University of California Press, 1990), 27-35; Ruthann Robson, *Lesbian (Out)Law* (Nueva York: Ithaca, 1992), 85; y Haley, supra n. 27, pág. 1724.

(134) Calhoun, supra n. 133, pág. 562.

(135) Véase Koppelman, 'Por qué la discriminación por orientación sexual es discriminación sexual', supra n. 6, pág. 249.

(136) Véase supra n. 133.

(137) Para una discusión sobre la centralidad del armario en las vidas de lesbianas, hombres gays y bisexuales, véase,

por ejemplo,

Sedgwick, supra nota 133; y Janet Hal ey, 'La política del armario: hacia la protección igualitaria de la identidad gay, lesbiana y bisexual', *UCLA Law Review* , 36 (1989), 915.

(138) Véase Yoshino, supra n. 14; y Yoshino, supra n. 83.

(139) Andrew Koppelman, *The Gay Rights Question in Contemporary American Law* , cap. 3, da precisamente esta respuesta, diciendo que "la discriminación puede [ ] basarse en el sexo y en la orientación sexual al mismo tiempo".

(140) Como afirmación empírica, esto está lejos de ser obviamente cierto. De hecho, parece que algunas leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual podrían dañar a los hombres homosexuales más que a las lesbianas (por ejemplo, las leyes de sodomía; para una discusión, véase Robson, supra n. 133, págs. 47-59); algunas podrían dañar a las lesbianas más que a los hombres homosexuales (por ejemplo, las diversas políticas militares relativas a la homosexualidad; véase Michel e Benecke y Kristin Dodge, 'Military Women in Nontraditional Fields: Casualties of the Armed Forces' War on Homosexuals', *Harvard Women's Law Journal* , 13 (1990), 215); mientras que algunas podrían dañar a los hombres homosexuales y a las lesbianas aproximadamente en la misma medida.

(141) *Brown v Board of Education* , 347 US 483 (1957) (que sostiene que las escuelas públicas segregadas son inconstitucionales).

(142) Herbert Wechsler, 'Hacia principios neutrales', en *Principios, política y derecho fundamental* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1961), 43–7.

(143) Charles Black, 'La legalidad de las decisiones de segregación', *Yale Law Journal* , 69 (1960), 421.

(144) Para un argumento similar, véase John Gardner, 'On the Ground of Her Sex (uality)', *Oxford Journal of Legal Estudios* , 18 (1998), 167.

(145) Constitución de Hawái, art. 1, §23 (1998).

(146) Basándose en la distinción entre sexo y género, véase más arriba, sección 2.1, y basándose en una tendencia entre algunos investigadores de Estados Unidos

Los tribunales deben interpretar la discriminación sexual de manera expansiva para incluir la discriminación *de género* (véase, por ejemplo, *Price Waterhouse v. Hopkins* , 490 US 228 (1989) (que sostiene que la prohibición de discriminación sexual del Título VI alcanza a "dar credibilidad y efecto" a los estereotipos sexuales)—se podría intentar desarrollar una versión de discriminación *de género* del argumento de discriminación sexual. Según este argumento, que llamaré el *argumento de discriminación de género para lesbianas y gays derechos* , una ley que discrimina sobre la base de la orientación sexual discrimina sobre la base del género, en virtud de discriminar en términos de estereotipos de roles de género (es decir, los hombres gay y las lesbianas son tratados de manera diferente en virtud de su desviación de género). Para una declaración optimista y simple de este argumento, véase, por ejemplo, Jess Bravin, 'Courts Open Alternate Route to Extend Job-Bias Laws to Homosexuals', *Wall Street Journal* , 22 de septiembre de 2000 en B1. Este argumento sufre de los mismos problemas teóricos y pragmáticos que enfrenta el argumento de la discriminación sexual discutido en este capítulo. Además, este argumento parece abierto a la objeción práctica de que lejos de todos los hombres gay y las lesbianas son, respectivamente, femeninos o masculinos, y por lo tanto algunos homosexuales podrían no estar cubiertos por el argumento de la discriminación de género. Alternativamente, un defensor del argumento de la discriminación de género podría tratar de argumentar que, en general, los hombres gay y las lesbianas son miembros de un tercer y/o cuarto género. Si bien este argumento puede tener cierto respaldo teórico y sociológico (véase, por ejemplo, Stein, supra, n.° 1, págs. 34-35; y Gilbert Herdt, ed., *Third Sex): Tercer género: más allá del dimorfismo sexual en la cultura y la historia* (Nueva York: Zone Books, 1994)—es muy poco probable que los jueces acepten la afirmación de que los homosexuales pertenecen a un género diferente y, sobre esa base, consideren las

leyes que discriminan sobre la base de la orientación sexual como un tipo de discriminación de género —y, por ende, de sexo—.

(147) Véase, por ejemplo, Kurt Ernulf, Sune Innala y Frederick Whitam, 'Explicación biológica, explicación psicológica y tolerancia de los homosexuales: un análisis transnacional de creencias y actitudes', *Psychological Reports* , 65.

(1989), 1003; J. Piskur y D. Delegman, 'Efecto de la lectura de un resumen de la investigación sobre las bases biológicas de la orientación homosexual en las actitudes hacia los homosexuales', *Psychological Reports* , 71 (1992), 1219; BE

Whitley, 'La relación de las atribuciones de los heterosexuales a las causas de la homosexualidad con las actitudes hacia las lesbianas y los hombres gay', *Personality and Social Psychiatry Bulletin* , 16 (1990), 369. Nótese que estas políticas proporcionan Página 34 de 37

Derecho, orientación sexual y género

Hay pruebas de correlación, pero no resuelven la cuestión causal. Es posible que los resultados de estos estudios se expliquen por el hecho de que las personas que simpatizan con los derechos de lesbianas y gays tienen más probabilidades de adoptar teorías nativistas sobre la orientación sexual.

(148) Véase, por ejemplo, LeVay, supra n. 3, págs. 1-9.

(149) La Corte Suprema de Hawai aceptó este argumento en *Baehr v Lewin* , 852 P.2d 44 (Haw. 1993), aunque el argumento, en su mayor parte, no fue mencionado en los escritos de los demandantes que impugnaban la ley de matrimonio de Hawai (véase *Baehr v Miike* , No. 20371, 1999 Haw. LEXIS 391 (Haw. 9 de diciembre de 1999) en *10 n. 3 (Haw., 9 de diciembre de 1999).

1999) (Ramil, J., concurrente)) y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó este argumento en *Toonen v Australia* , Caso 488/1992, UN GAOR, Hum.

Rts. Comm., 49th Sess., Supp. No. 40, Vol. I en 226, UN Doc.

A/49/40 (1994), que consideró una impugnación de la ley de sodomía de Tasmania, aunque el argumento no fue planteado por ninguna de las partes en el caso. Véase también *Brause v Bureau of Vital Statistics* , 1998 WL 88743 (Alaska Super.); y *Lawrence v State* , 2000 WL 729417 (Tex. App. -Hous. (14th Dist.)). Sin embargo, cabe señalar que cuando los tribunales aceptan el argumento de la discriminación sexual, el razonamiento suele rechazarse en apelación. La decisión en *Brause* —

como la de *Baehr v Lewin* (véase más abajo, n. 175 y texto adjunto)—fue puesta en tela de juicio mediante una enmienda a la constitución estatal. Véase Constitución de Alaska, art. I, § 24. Además, la decisión en *Lawrence* fue revocada por un tribunal superior en *Lawrence v. State* , 41 SW 3d 349 (Tex. App. 2001).

(150) Rainer Herrn, 'Sobre la historia de las teorías biológicas de la homosexualidad', *Journal of Homosexuality* , 28 (1995), 31.

(151) Véase, por ejemplo, Richard Plant, *El triángulo rosa: la guerra nazi contra los homosexuales* (Nueva York: Henry Holt, 1986).

Los nazis también promovieron teorías sociales sobre la homosexualidad. Por ejemplo, se encarcelaba a los homosexuales y se los enviaba a campos de exterminio para evitar que la juventud alemana se "contaminara" al exponerse a homosexuales adultos. Esto pone de relieve que, en presencia de animadversión hacia las lesbianas y los hombres gay, cualquier teoría sobre los orígenes de la orientación sexual puede utilizarse para argumentar en contra de los derechos de las lesbianas y los gays.

(152) Véase, por ejemplo, Byne, supra n. 47.

(153) Ronald Bayer, *Homosexualidad y psiquiatría estadounidense* , 2.ª ed. (Princeton: Princeton University Press, 1987).

(154) John D'Emilio, *Política sexual, comunidades sexuales: la creación de una minoría homosexual en los Estados Unidos Estados Unidos, 1940–1970* (Chicago: University of Chicago Press, 1983) en 116–17.

(155) Bayer, supra n. 153.

(156) Véase Stein, supra n. 1, págs. 305-27; y Timothy Murphy, *Gay Science: The Ethics of Sexual Orientation Investigación* (Nueva York: Columbia University Press, 1997), 103–36.

(157) Véase, por ejemplo, Mary Anne Warren, *Gendercide: The Implications of Sex Research* (Totowa, NJ: Rowman y Al enfeld, 1985); Owen Jones, 'Sex Selection: Regulating Technology Enabling the Predetermination of a Child's Gender', *Harvard Journal of Law and Technology* , 6 (1992), 1; y Joni Danis, 'Sexism and “the Superfluous Female”: Arguments for Regulating Pre-implantation Sex Selection', *Harvard Women's Law Journal* , 18 (1995), 219.

(158) Véase supra n. 156; y Frederick Suppe, 'Curing Homosexuality', en *Philosophy and Sex* , supra n. 2, en 401–

14.

(159) La pregunta sigue siendo por qué las lesbianas y los gays tienen que apelar al argumento de "nacieron así" para empezar. Las cuestiones de la elección y la inmutabilidad parecen aplicarse selectivamente a los homosexuales y no a otros grupos marginados. A los miembros de minorías religiosas no se les pide que demuestren que su afiliación religiosa o sus prácticas religiosas son innatas o inmutables. A pesar de que la afiliación religiosa de una persona no es genética y una persona puede convertirse de una religión a otra, la mayoría de las democracias modernas protegen la libertad religiosa.

(160) Para casos no relacionados con los derechos de lesbianas y gays en los que la Corte Suprema ha apelado a "diferencias reales", véase, por ejemplo, *Miller v Albright* , 523 US 420 (1998); *Michael M. v Superior Court* , 450 US 464 (1981) (opinión de la mayoría) (que confirma el uso de

la clasificación por sexo en una ley de violación legal que convertía las relaciones sexuales entre Página 35 de 37

un hombre y una mujer, ambos menores de dieciocho años (un delito para el hombre pero no para la mujer); y *Rostker v. Goldberg* , 453 US 57 (1981) (defendiendo un sistema de registro militar exclusivo para hombres).

(161) La respuesta de las "diferencias reales" se ha utilizado contra versiones del argumento de discriminación sexual en varios casos. Véase, por ejemplo, *Singer v Hara* , 55 P.2d 1187 (Wash. App. 1974) (centrado en las capacidades reproductivas de las parejas de hombre y mujer en comparación con las parejas del mismo sexo); *Baker v Nelson* , 191 NW2d 185, 186 (Minn. 1977), *apelación desestimado* , 409 US 810 (1977) (confirmando la ley de matrimonio de Minnesota con el argumento de que 'la institución del matrimonio como unión entre un hombre y una mujer implica únicamente la procreación y crianza de los hijos dentro de una familia').

(162) Véase, por ejemplo, Fausto-Sterling, supra n. 17.

(163) Eskridge, supra n. 6, pág. 205.

(164) Véase supra n. 94.

(165) Título 10 del Código de los Estados Unidos § 654 (b) (1).

(166) *Baehr contra Lewin* , 852 P.2d 44 (Haw. 1993).

(167) ibíd., en 52 n. 11.

(168) También es similar a la prohibición de Florida sobre la adopción de niños por parte de homosexuales, Estatutos de Florida Anotados §63.042

(3), así como la interpretación que tienen algunos tribunales del acoso sexual entre personas del mismo sexo en virtud del Título VI —que parece haber sido revocada

formalmente por *Oncale v Sundowner Offshore Serv., Inc.* , 523 US 75 (1998)— según la cual el acoso entre personas del mismo sexo sería procesable sólo cuando el acosador fuera homosexual. Véase *McWilliams v Fairfax County Bd.*

de Supervisores , 72 F.3d 1191 (4th Cir. 1996); *Wrightson v Pizza Hut of Am* ., 99F.3d138 (4th Cir. 1996). Aunque la Corte Suprema dictaminó en *Oncale* que el acoso sexual entre personas del mismo sexo está cubierto por el Título VI cuando dicho acoso es discriminación "por motivos de sexo", la Corte pareció dejar abierta la posibilidad de que la orientación sexual de un acosador pudiera ser relevante para determinar si el acoso es procesable.

(169) Algunas de éstas se encuentran entre las razones ofrecidas por Hawai y Vermont en defensa de sus leyes sobre el matrimonio.

Estos motivos fueron rechazados respectivamente por el tribunal de primera instancia en el caso *Baehr v Miike* , 65 USLW 2399 (Haw. Cir.

Ct. 1996) y la Corte Suprema de Vermont en *Baker v Vermont* , 744 A.2d 864 (Vt. 1999). Para un análisis de algunas de estas cuestiones, véase, por ejemplo, el intercambio entre Lynn Wardle, 'The Potential Impact of Homosexual Parenting on Children', *University of Illinois Law Review* , (1997), 833, y Carlos Bal y Janice Pea, 'Warring with Wardle: Morality, Social Science and Gay and Lesbian Parents', *University of Illinois Law Review* , (1998), 253.

(170) Sin embargo, no está claro si el razonamiento de la Corte Suprema en *Romer v Evans* , 517 US 620 (1996), revocaría mi hipotética ley sobre el matrimonio.

(171) *Baehr v Miike* , No. 20371, 1999 Haw. LEXIS 391, en *6 (Haw. 9 de diciembre de 1999).

(172) Constitución de Hawi, art. 1, §23 (1998). En Alaska se produjo una situación similar.

(173) La mera *posibilidad* de que Hawai o Vermont permitieran a las parejas del mismo sexo casarse enfureció tanto a mucha gente que más de la mitad de las legislaturas estatales promulgaron medidas para asegurar que los matrimonios entre personas del mismo sexo no fueran reconocidos en sus jurisdicciones y el Congreso promulgó la Ley de Defensa del Matrimonio. Véase supra, n. 71.

(174) Véase, por ejemplo, Jane Mansbridge, *Why We Lost the ERA (Por qué perdimos la ERA)* (Chicago: University of Chicago Press, 1986), 128-129 y 144-145.

(175) *Baehr v Miike* , No. 20371, en *6.

(176) Véase el texto anterior que acompaña a los nn. 115–18 (donde se analiza *Baker v Vermont* , 744 A.2d 864 (Vt. 1999)).

(177) Véase, por ejemplo, Eskridge, supra n. 69, p. 182 (que aboga por un enfoque de "doble filo" para defender el matrimonio entre personas del mismo sexo); y Koppelman, supra n. 139 ("el argumento de la discriminación sexual es... sólo... una flecha en el carcaj").

(178) Véase, por ejemplo, *Nabozny v Podlesny* , 92 F.3d 446 (7th Cir. 1996) (que sostiene que los administradores escolares violaron la Página 36 de 37

Derecho, orientación sexual y género

Cláusula de Igual Protección cuando discriminaron sobre la base *tanto del* sexo como de la orientación sexual cuando no hicieron nada para prevenir el abuso repetido de un estudiante abiertamente gay); y *Baker* , 744 A.2d 864, en el que el argumento de discriminación sexual se presentó como argumento alternativo tanto en los escritos como en los argumentos orales con el resultado de que uno de los cinco jueces fue persuadido por el argumento de discriminación sexual y los cuatro jueces restantes fueron persuadidos por otros argumentos a favor de los derechos de lesbianas y gays, véase el texto anterior que acompaña a los nn. 115–

18.

(179) Véase Wechsler, supra n. 142.

(180) Michael Sandel, 'Argumento moral y tolerancia liberal: aborto y homosexualidad', *California Law Review* , 77 (1989), 521.

(181) ibíd., pág. 537.

(182) Véase Richards, supra n. 2.

(183) Véase, por ejemplo, Kaplan, supra n. 33.

(184) Véase, por ejemplo, Richards, supra n. 2.

(185) Los principios básicos que sustentan la protección de la libertad religiosa en la Constitución de los Estados Unidos (a saber, la libertad de conciencia, la libertad de asociación y los derechos a la libertad de expresión y de reunión) también proporcionan una sólida defensa de los derechos de lesbianas y gays. Véase, por ejemplo, David Richards, 'Sexual Preference as a Suspect (Religious) Classification: An Alternative Perspective on the Unconstitutionality of Anti Lesbian/Gay Initiatives', *Ohio State Law Journal* , 55 (1994), 491; y William Eskridge, 'Una jurisprudencia de “salir del armario”: religión, homosexualidad y colisiones de libertad e igualdad en el derecho público estadounidense', *Yale Law Journal* , 106 (1997), 2411.

(186) Véase, por ejemplo, Cass Sunstein, 'El mandato de la Corte Suprema de 1995: Prólogo: dejar cosas sin decidir', *Harvard Law Review* , 110 (1996), 6; Matt Coles, 'El significado de Romer v. Evans', *Hastings Law Journal* , 48 (1997), 1343; y Lynn Baker, 'Las páginas que faltan en la opinión mayoritaria en *Romer v. Evans* ', *University of Colorado Law Review* , 68, 387.

Edward Stein

Edward Stein es profesor asociado de Derecho en la Facultad de Derecho Benjamin N. Cardozo de la

Universidad Yeshiva.



Índice

Manuales de Oxford en línea

Índice

Manual Oxford de jurisprudencia y filosofía del derecho

Editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro Fecha de publicación impresa: enero de 2004 Tema: Derecho

Fecha de publicación en línea: septiembre

2012

Índice

secuestro 31–2

arbitraje 206–67

autoridad 207

consistencia 207

determinación 225–8

discreción 208–21

Dworkin, Ronald 36

Casos fáciles y casos difíciles 208–21

expectativas de 206–7

formalismo 179–80

indeterminación 225–8

jueces 34–7
Justificación 221–5
legitimidad 207, 221–5
condición de legitimidad 247–66
argumento directo 257–8
argumento de falibilidad 261–6
argumento indirecto 258–61
convencionalismo modificado 251–66
Pregunta 247–51
convencionalismo modificado 251–66
ley natural 34–7
racionalidad 208, 221–5
condición de racionalidad 228–47
esquema 228–32
Valorar el pluralismo 233–47
desafío escéptico 225–8
Página 1 de 22
Índice
Valorar el pluralismo 233–47
Alejandro, Larry 608
anarquía,
autoridad 383

Anscombe, Elisabeth 535, 657

Santo Tomás de Aquino 3, 10, 17, 18, 24, 34, 49, 52, 62, 65, 71, 75, 87, 536

Aristóteles 3, 8, 16, 17, 18, 19, 28, 31, 44, 45, 51, 52, 62, 380, 440, 441, 604, 630, 637

San Agustín 3, 34

Austin, JL 960, 961, 963–4

Austin, Juan 9, 23, 72, 126, 127, 135, 312, 381, 517, 952

autoridad 382–439

arbitraje 207

anarquía 383

autonomía 385–7

Derecho consuetudinario 616–20

modelo de restricción 415–19

Razones independientes del contenido y perentorias 390–1

modelo de decisión 415–19

Consejo autorizado 420–3

Compensación de las deficiencias en racionalidad 423–4

coordinación 424–7

viabilidad 427–30

Insuficiencias 420–30

deshumanización 388

democracia,

autonomía y 437–9
mediación y 434–7
Dworkin, Ronald 249
Enfoque epistémico 399–401
Ful er, Lon 79
Godwin, William 388, 394
Ladenson, Robert 395–8
positivismo jurídico 116–23, 147–57
Tesis de autoridad 155–7
argumento de compatibilidad 150
Naturaleza de la autoridad 147–50
Tesis de justificación normal 153–5
Tesis de la prelación 151–3
legitimidad 384
mediación,
arbitraje y 432–3
democracia y 433–4
Paradojas de la autoridad 434–7
Ley natural 20–23
naturaleza 147–50

naturaleza paradójica 382–4, 385–93
Soluciones razianas a 406–8
razones de prelación 402–1 5
doble contabilización 414–15
Justificación del Estado 405–6
necesidad de 408–9
tesis preventiva 404–5
dilema del prisionero 414
racionalidad 413
(p. 1042) concepción de servicio de la autoridad 402–3
modelo simple 409–10
suficiencia 416–17
dilema del prisionero 414
racionalidad 384, 391–3
Raz, José 402–8, 409–15
Estrategias revisionistas 384
derecho a la regla 395–8
Regla de reconocimiento 21
concepción del servicio 402–3, 431–9
Soper, Felipe 250
debilitamiento 393–402
derecho a la regla 394–8

Wolff, Robert Paul 385–91

Ayer, AJ 960

Bacon, Francisco 594, 596–7

Barnett, Randy 94, 723, 743

Beitz, Carlos 904

Bentham, Jeremy 9, 17, 52, 381, 481, 517, 589, 592, 609, 616, 939–45, 949, 961

Beran, Harry 526

Bernstein, Richard 378–9

Beyleveld, Deryck 94

Bickel, Alexander 295

Negro, Carlos 1027–8

Quemadura negra, Thomas 980

Piedra negra 590, 596, 632, 641–2

Boswel, Jaime 544

Borde, David 976, 979, 985

Brower, Bruce 976

Espada marrón, Roger 94

Brudner, Alan 95

Buchanan, Al en 914

Burke, Edmund 59

Calabresi, Guido 625

Calhoun, Chesire 1025

Cardozo, Benjamín 656, 667

Chapman, Bruce 601, 606

Cicerón 3, 8, 62, 381

Coase, Ronald 583

Coca-Cola, Edward 591, 592, 593, 595, 616

Coleman, Jules L. 20–3, 117, 118–19, 125, 129–30, 131–2, 133–5, 139, 142, 144–5, 150, 159–

60, 352–3, 583–4, 585, 600, 602, 627, 628, 629, 630, 979, 981, 982

ley común,

pensamiento analógico 603–9

razón artificial 593–5

autoridad 616–20

Jurisprudencia clásica 590–600

conocimiento común 589

Razón común 593–5

Constitución de la nación 591–2

convencionalismo 600–20

autoridades 616–20

autoridad 616–20

razonamiento común 602–9

tesis de congruencia 613–14

Material 609–16

Positivismo vs. convencionalismo del derecho consuetudinario 600–2

Costumbre del reino 590–2

Disciplina deliberativa 602–3

Ley 589 dictada por el juez

significado 54, 588

ley natural 54–5, 592–3

filosofía 54–5

Filosofía de 588–620

precedente 595–7

razón 54–5

mirada decisis 588

estatutos 597–9

Autoridades teóricas 398–402

teoría del derecho, jurisprudencia de derecho consuetudinario como 599–600

Tubbs, testigo de Jehová 595

comprensión 589–90

debilitación,

Autoridades teóricas 398–402

consentir,
obligación 525–8
interpretación constitucional 289–310
se acerca al 269
Aspectos del common law 309–10
países de derecho consuetudinario 268–9
controversia 268
Página 4 de 22
Índice
dificultad contramayoritaria 295–7
Teorías descriptivas 270–1
interpretación, significado de 269–70
números 289–92
legitimidad 292–5
Constituciones vivas 310
Lector moderno 308–9
teorías normativas 270–1
comprensión original 300–8
adoptantes y lectores 302–3
Actitud 304
cobertura 304
general y 300

interpretación 304

niveles de comprensión 305–7

Razones para seguir 300–2

(p. 1043) inferencias estructurales 307–8

legitimidad política 292–5

enfoque escéptico 270

Características indiscutibles 298–300

constituciones escritas 268 *véase también* interpretación estatutaria

derecho contractual,

autonomía 732–3

Benson, Peter 732–49

Teorías contemporáneas 749–51

Estudios jurídicos críticos 691–2

teoría deóntica 693

Doctrinas de cumplimiento 707–15

Fried, Charles 689, 7–2

general y 687–90

Teoría hegeliana 732–49

Cuestiones metodológicas en la teoría de los contratos 691–703

áreas doctrinales, distintividad de 699–701

La doctrina como teoría jurídica versus los datos jurídicos 691–4

Perspectivas *ex ante y ex post 701–3*

realismo jurídico 692

teoría normativa versus teoría explicativa 694–6

Orígenes del desacuerdo 697–9

ley natural 47–8

Primacía normativa, distintividad y doctrina como datos 735–43

filosofía 47–8, 687–751

promesa, contrato como 703–2

Rawls 734

Craswel, Richard 688, 689–90, 716, 717–23, 725–6, 729, 744, 746, 747

derecho penal,

Índice

intentos 832–41

delitos incipientes 835–7

incompleto 835–7

imposibilidad legal 837–9

causalidad próxima 840–1

éxito, relevancia de 833–5

coacción 849–50
excusa como defensa 847–50
coacción 849–50
locura 847–8
intoxicación 848–9
Feinberg, Joel 477, 484, 851–64
daño 851–64
individualización de los delitos 841–2
locura 847–8
intoxicación 848–9
defensas de justificación 842–7
defensa de males menores 844–5
Otros, defensa de 845–7
Propiedad, defensa de 845–7
autodefensa 845–7
defensa de males menores 844–5
Ley natural 49–50
omisiones 864–7
filosofía 815–67
Propiedad, defensa de 845–7
responsabilidad 564–80
autodefensa 845–7

Parte especial 851–67 *Véase también* castigo .

Estudios jurídicos críticos 691–2

Davidson, Donald 577

deducción 31

determinación,

arbitraje 225–8

Devlin, Patrick 852–53

Dewey, Juan 167, 168

discreción,

arbitraje 208–21

Doddridge, Juan 593, 594

Duff, RA 549

Dunn, Juan 544

coacción 849–50

Durkheim, Emilio 545

Dworkin, Ronald 36, 66, 76, 82–5, 96, 138–9, 140, 141–4, 145–6, 208, 209, 212, 213–14, 216, 217, 218–19, 220, 224, 236, 239, 240, 311, 337, 340, 343, 348, 356–7, 369, 373–4, 380, 440, Página 6 de 22

Índice

490, 516, 521–2, 533–5, 608, 693, 702, 726, 727, 853, 956–7, 983, 984–6

autoridad 249

teoría interpretativa del derecho 83

positivismo jurídico 105, 115, 124
metodología 314–35
ley natural 36, 66, 76, 82–5
jurisprudencia normativa 314–35
Eisenberg, Melvin A. 609
epistemología:
ley y 37–8
Epstein 585
eudaimonía 28
Evans, Gareth 980
falla:
Derecho de responsabilidad civil 657
Feinberg, Joel 477, 484, 851–64
Pinzón, Henry 593
Finnis, Juan 18, 71, 75, 85–9, 95
crítica 87–8
(p. 1044) idioma 952–5
teoría jurídica 88–9
teoría moral 85–7
formalismo 166–205
arbitraje 179–80
Adhesión ciega a las reglas 172–4

confusión 178–80

deducción 167–70

deductivismo o antiinstrumentalismo 187–205

Antecedentes 187–90

Contraste entre los procedimientos de decisión deductivos y los basados en políticas 193–5

deducción 195–6

Reglas de aplicación deductiva 199–205

funcionalismo económico 198–9

Ilustración 198–9

Inferencia de la indeterminación a la política 190–2

instrumentalismo 195–6

Derecho privado elaborado y judicial 187–90

resolución de la tensión entre 196–8

Resumen 199–205

Formalismo de casos fáciles 173

crítica 174–8

económica 198–9

Ful er, Lon 183–5

general y 166–7

moda intelectual 178–9

Indice

positivismo jurídico o determinación jurídica 180–7

Autonomía de la ley 186–7

estudio formal/fuentes formales 181–2

indeterminación 185–6

razonamiento jurídico 186–7

positivismo 185–6

fuentes tesis 182–5

lógica 180

significado 30–1

mecanismo 167–70

ley natural 30–1

Toma de decisiones excesivamente regida por reglas 173

Schmidt, Carl 183

fuentes tesis 182–5

variedades de 170–2

Franck, Thomas M. 899–900

Fregadero 946

Fried, Charles 689, 703–32

Fuber, Klaus 135

Ful er, Lon 66, 75, 76, 96, 137, 177, 183–5, 225, 516, 542, 600

autoridad 79

críticas 81–2

formalismo 183–5

moralidad interna del derecho 79–81

El derecho como objeto versus el derecho como proceso 77–9

positivismo jurídico, crítica del 77

bien moral 78

inexistencia de dios 78

Principios de legalidad 79–81

Gayo 25

Gans, Jaim 541

género y derecho 990–1039

Nacido de esa manera argumento 991, 992, 1011–15, 1030–2

general y 990–2

Ingeniería genética 1032

derechos de lesbianas y gays 1007–11

evaluación pragmática de argumentos 1029–38

argumento de discriminación sexual 992, 1015–29, 1033–8

Orientación sexual 993–1006

Visión conductual 996

elección, ya sea 1004–6

visión disposicional 997
Identificación 995–6
innata, ya sea 1000–4
significado 993–5

tipos humanos naturales, ya sean 998–1000
punto de vista de autoidentificación 997
Gerwith, Alan 95
Dios,
ley natural y 66–8
Godwin, William 388, 394
Regla de oro 29-30
Goldman, Alvin 577
Verde, Leslie 411
Greenspan, Patricia 555
Grocio, Hugo 5, 62, 67
Haberm como, Jürgen 32
Hale, Mateo 591, 592, 594, 595, 596, 597–8, 600
Hampton, Jean 555
Mano, erudita 438, 678–81
daño 851–67

Harris, testigo de Jehová 775

Hart, HLA 15–1 6, 17, 26–8, 33–4, 75, 81, 88–9, 93, 95, 96, 125, 126–7, 129, 130, 132, 133, 136, 137–8, 139, 140, 143–4, 156, 3, 174, 181, 183, 184, 185, 311, 312–13, 335–7, 341–2, 364, 365–6, 369, 381, 389, 440, 481, 482–3, 516, 517–18, 530, 545, 548–9, 560, 567, 568–9, 571, 579, 601, 602, 607, 615–16, 852, 873, 878, 945–66

Hedley, Thomas 591

(pág. 1045) Hegel, Georg 95, 380, 381, 657, 736

Hobbes, Thomas 5–6, 8, 24, 70, 74, 366–8, 380, 381, 517, 518, 520, 525, 535, 539, 616, 617, 639

Hohfeld 24, 477, 479, 484

Holmes, Oliver Wendel 48, 166, 167, 173, 187, 192, 196, 203, 337, 338–9, 517, 546, 643

homosexualidad, *ver* género y ley

Honoré, Tony 549, 560, 584, 665, 774–6

Horowitz, Donald 914

derechos humanos 25, 887–902

Hume, David 7, 28, 38, 74, 381, 515, 526–7, 532, 535, 536, 537, 540, 542, 612, 642

Hurd, Heidi 151–3

imparcialidad 30

inducción 31

Inferencia 31–2

locura 847–8

teorías ascriptivistas 916–20

Teorías plebiscitarias 913–16
institucionalidad,
ley natural 25–6
derecho internacional:
Imperialismo cultural 891–2
pluralismo distributivo profundo 898–900
justicia distributiva 897–8

Índice
derechos de grupo 896–7
derechos humanos 887–902
intervención humanitaria 920–5
incapacidad institucional 901–2
justicia internacional 903–34
nihilismo legal 871, 873–4, 877–9
paradigma liberal 872–81
minimalismo moral 875–7
teoría moral 881–6
ley natural 52–4
negligencia de 868–72
filosofía 52–4, 868–934
teorías del derecho primario 913–19

realismo 872–81

Enfoque de derecho remedial únicamente 910–13

Secesión 907–10

autodeterminación 906–7

autonomía distributiva social 900–1

sistema estatal, legitimidad moral de 879–81

Sucesión 906–7

legitimidad del sistema 925–34

justicia transnacional 887–902

jueces:

arbitraje 34–7

Dworkin, Ronald 36

justificación,

arbitraje 221–5

Kadish, Sanford 571

Kairys, David 265

Kant, Immanuel 7, 28–9, 38, 43, 181, 380, 381, 388, 525, 535, 539, 568, 572, 614, 637, 736

Kelsen, Hans 9, 10, 17, 21, 49, 181, 364, 517, 542, 546, 952

Klosko, George 536, 537–8

Koppelman, Andrew 1021

Kramer, Mateo 125

Kress, Kenneth 608
Kripke, Saúl 976, 979
Ladenson, Robert 395–8
Langdel, Christopher 700
idioma:
Bentham 939–45, 949, 966
Principio de contexto 946–50
Principio de diversidad 950–5
uso expresivo de las palabras 944–5
entidades ficticias 941–2
Finnis, Juan 952–5

Índice
Ciervo, HLA 945–66
ley y 38–9, 935–68
Los teóricos del derecho utilizan 938–9
Al igual que el lenguaje, la ley es 937
significado 38–9
ley natural 38–9
textura abierta 967–8
paráfrasis 941–2
usos performativos 960–6

sentido propio de las palabras 943–4
Raz, José 965–6
objetos sensibles 941–2
uso por ley de 937
vaguedad 955–60
velo de misterio 943–4
ley:
ley natural significado 1–2
nihilismo legal 871, 873–4
filosofía jurídica:
filosofía política y 18–20
metodología analítica 374–7
Condiciones de existencia 361–8
Historia 377–81
interdependencia 353–8
Derecho y política 352–3
positivismo normativo 369–74
valores sustantivos 358–61
positivismo jurídico:
Austin 9
(p. 1046) autoridad 116–23, 147–57
Tesis de autoridad 155–7

argumento de compatibilidad 150

Ley implicada 123–4

Naturaleza de la autoridad 147–50

Tesis de justificación normal 153–5

Tesis de la prelación 151–3

Bentham 9

Coleman, Jules L. 20–23, 117, 118–19, 125, 129–30, 131–2, 133–5, 139, 142, 144–5, 150, 159–

60

Fundamento conceptual 125

Tesis de la convencionalidad 125, 129–35

Débil 129–32, 143–5

Dworkin, Ronald 105, 115, 124

Exclusivo 8–11, 104–24

autoridad 116–23

Índice

Dworkin 105, 115

positivismo duro 125

significado 104–5

positivismo blando 105

fuentes tesis 104, 105–9

Por favor, Klaus 135
Crítica de Fuler a 77
duro 125
Hart, HLA, *ver* Hart, HLA
Hurd, Heidi 151–3
Inclusivo 11–15, 125–65
Fundamentos conceptuales 126–36
Tesis de la convencionalidad 125, 129–35, 143–5
Tesis de incorporación 136–65
teoría moderna del derecho natural y 97–8
Tesis de justificación normal 153–5
Tesis de pedigrí 127, 128
Tesis de la prelación 151–3
Tesis de separabilidad 125, 135–6, 145–6
Tesis del hecho social 125, 126–9
Tres compromisos 126–36
Tesis de incorporación 136–65
autoridad 147–57
Tesis de justificación normal 153–5
Tesis de la diferencia práctica 157–65
Tesis del hecho social 141–3
Tesis de la convencionalidad débil 143–5

incorporacionistas 125
Kelsen 9, 10
Kramer, Mateo 125
Tesis de separabilidad 145–6
MacCormick, Neil 95
Marmor, Andrei 125, 131, 132
significado 9
ley natural,
relación con 95–8
respuesta a 76
Tesis de justificación normal 153–5
obligación 33–4
Tesis de pedigrí 127, 128
Tesis de la diferencia práctica 157–65
Coleman 159–60
decisión judicial 164–5
Orientación motivacional 164–5
componente de necesidad 160–2

Índice
Shapiro, Scott 157–9, 162–5
componente de suficiencia 162–4

Tesis de la prelación 151–3

Raz, José 9, 17, 96–7, 105, 109, 119–21, 123, 125, 133, 147–9, 150, 151–2, 153–5

Tesis de separabilidad 125, 135–6, 145–6

Shapiro, Scott 125, 131, 157–9, 162–5

Tesis del hecho social 125, 126–9, 141–3

positivismo blando 105, 110–16, 123–4

Soper, Philip 155–6

Tres compromisos 125, 126–36

Waluchow, WJ 125, 151

realismo jurídico 20

legitimidad,

arbitraje 221–5

autoridad 384

interpretación constitucional 292–5

Leiter, Brian 20–3, 117, 150, 313, 344, 346–51, 979, 981, 982, 983

lesbianas, *ver* genero y ley

Lessig, Lawrence 305

Levenbook, Barbara Baum 605, 606

Levi, Edward 605

Levin, Isaac 421–3

Llewellyn, Karl N. 604

Locke, Juan 5, 6, 7, 43, 62, 380, 381, 515, 518, 520, 525–6, 527–8, 529, 632, 637–40, 642, 651

lógica 32

formalismo 180

Lyons, David 138

MacCormick, Neil 95, 208, 209–11, 212–13, 214, 216, 217, 218, 220, 222, 224, 226, 236–8, 251

McDowel, Juan 983

Maquiavelo I 380, 381

Mackie, Juan 40, 567

Maritain, Jacques 75

Mármor, Andrei 125, 131, 132, 600

matrimonio 42–5

Melamed, Douglas 625

realismo metafísico 89–93

metodología 15–1 8, 311–52

Análisis conceptual 343–51

contribución de 311–12

(p. 1047) teoría descriptiva 311–14

Dworkin, Ronald 314–35

Ciervo, HLA 335–7, 341–2, 343–4

naturalismo 343–51

jurisprudencia normativa 314–35

Índice

Peny, Esteban 339–42

Milgram, Stanley 429–30

Mil, JS 517, 918

Miles, David 918, 919

Moore, Michael 89–93, 96, 413, 555, 853, 856–7, 979

teoría moral,

Finnis, Juan 85–7

moralidad:

genealogía 8

responsabilidad 552–64

Morris, Herbert 555

Murphy, Ieffrie 555

Nagel, Thomas 491–2, 540–1, 983

ley natural 120

arbitraje 34–7

Santo Tomás de Aquino 3, 10, 17, 18, 24, 34, 49, 52, 62, 65, 71, 75, 87

Aristóteles 3, 8, 16, 17, 18, 19, 28, 31, 44, 45, 51, 52, 62

Austin 9, 23, 72

autoridad 20–23

Desafíos para 73–75
Cicerón 3, 8, 62
teoría clásica 3–4, 10, 12–13
positivismo jurídico y 95–7
significado 2
derecho consuetudinario 54–5, 592–3
Conexión con la ley 70–3
interpretación constitucional 58–9
Derecho contractual 47–8
Derecho penal 49–50
Dworkin, Ronald 36, 66, 76, 82–5, 9
epistemología y derecho 37–8
evaluación 99
Finnis, John 71, 75, 85–9, *véase también* Finnis, John
formalismo 30–1
Ful er, Lon 66, 75, 76, *véase también* Ful er, Lon
Dios y 66–8
Grocio, Hugo 5, 62, 67
Hart, HLA 26–8, 93, 95
Hobbes, Thomas 5–6, 8, 74
Hume, David 7, 28, 38, 74
institucionalidad 25–6

Derecho internacional 52–4
definición 63–6
jurisprudencia, lugar en 95–100
Kant 7, 28–9

Kelsen 21
idioma, derecho y 38–9
ley, significado de 1
Filosofía jurídica y política, relación entre 18-20
positivismo jurídico, relación con 95–8
Locke, Juan 5, 6, 7, 43, 62
Maritain, Jacques 75
significado 98–9
realismo metafísico 89–93
contenido mínimo 93–4
tradición moderna 5–8, 75–100
general y 61–3
positivismo jurídico inclusivo y 97–8
positivismo jurídico, respuestas a 76
objetivos teóricos 61
Moore, Michael 89–93, 96

natural, significado de 1–2, 64–5
derechos naturales 69–70
Objetividad, derecho y 39–40
obligación 33–4
filosofía 49–50
Platón 3, 8, 17, 31, 32, 40–1, 59, 62, 68
pragmatismo 31–2
Los agravios privados y los recursos 55–8
Derecho de propiedad 51–2
Pufendorf, Samuel 5, 6, 62, 68
elección racional 40–1
elección racional, derecho y 40
razonabilidad 2
Razones 26–30
responsabilidad 59–60
derechos 24–5
papel 61
El papel de la teoría 98–100
Rousseau, Jean-Jacques 62
sexualidad, derecho y 41–5
Soper, Felipe 73
interpretación estatutaria 58–9

Suárez, Francisco 62, 68
teóricos 64
teoría 63–75
Derecho de responsabilidad civil 45–47
irracionalidad 2
Nietzsche, Friedrich 8, 568
Nozick, Robert 530

Índice
molestia 660–61
Objetividad 969–87
epistemológico 969, 973–4
Ley y 977–87
(p. 1048) significado 39–40
metafísica 969, 970–3
Independencia 970–3
ley natural 39–40
semántica 969, 975–6
obligación 514–47
Al-Egiance 519–22
obligaciones asociativas 532–5
consentimiento 525–8

facilitar el estado de derecho, a 545
equidad 530–1
amistad 528–30
general y 514–15
Justificación 523–5
conocer la ley, hasta 545–6
ley y 33–4
ley natural 33–4
Naturaleza de la ley 515–25
teorías no voluntarias 533–9
obligaciones asociativas 532–5
instituciones necesarias 535–9
normatividad 516–19
particularidad 525
Lugar de 543–7
positivismo 33
escepticismo 539–43
voluntario 525–31
consentimiento 525–8
Teorías expresivas 528–30
equidad 530–1
omisiones 864–7

Oppenheim 379

Parekh, Bikhu 544

Parfit, Derek 564, 854

Pashukani s 181

Peirce, Charles Sanders 31–2

Perry, Stephen 312, 314, 339–42, 343, 380, 412, 549, 584, 629, 665

Pettit, Felipe 976

Platón 3, 8, 17, 31, 32, 40–1, 59, 62, 68, 380, 381, 399, 972

Pogge, Thomas 904–5

filosofía política,

Índice

filosofía jurídica y 18–20

metodología analítica 374–7

Condiciones de existencia 361–8

Historia 377–81

interdependencia 353–8

Derecho y política 352–3

positivismo normativo 369–74

valores sustantivos 358–61

teoría política 377–81

poligamia 44
Posner, Richard 32, 585, 625
Postema, Gerald J. 369, 606, 983, 986–7
Libra, Roscoe 166
pragmatismo:
ley natural 31–2
Peirce, Charles Sanders 31–2
precedente 595–7 *véase también* common law
El dilema del prisionero 41, 414
Derecho privado:
antiinstrumentalismo 653–4
Piedra negra 641–2
modelo contractualista 637–44
Piedra negra 641–2
recurso civil 643–4
Locke 637–40, 642
justicia correctiva 623
Teorías 627–31, 645
estatutos penales 648
Enfoques de derecho y economía 624–32
Locke 637–40, 642
Filosofía de 621–55

Problemas 645–54
agravio 645–6
propiedad 647–8
derecho público distinguido 649–51
Razones de responsabilidad 623–4
derechos de acción 633–6
Acción 634
poderes legales condicionales 632–3
Privacidad de los derechos privados 634
privilegios 636
especies de derecho 634–5
triangularidad 635–6
dominio unificado 652
males privados,
Página 17 de 22
Índice
recurso 55–8
Derecho de propiedad,
contrato y 777–99
justicia distributiva 752–3
Justificación 754–9
responsabilidad 777–99

Ley natural 51–2
molestia 775–6
intereses de propiedad 753
filosofía 51–2, 752–814
Derecho privado 754, 759–7
razonabilidad del derecho 799–814
Protágoras 972
Pufendorf, Samuel 5, 6, 62, 68
castigo 815–67
(p. 1049) intentos 832–41
intentos completados 832–41
teorías consecuencialistas 820–1
culpabilidad, penal 826–30
desierto 822
sensibilidad al desierto 851
Errores exculpatorios de hecho y de derecho 831-2
Feinberg, Joel 477, 484, 851–64
legalidad 823
retribución 50, 816–20
Justicia distributiva versus justicia retributiva 818–19
Medición del desierto 817–19
responsabilidad moral 817

desierto negativo, terreno de 817

identidad personal 817

Fuerza de las restricciones 819–20

tipos de teoría 816–17

retroactividad 823

Parte especial del derecho penal 851–67

Teorías 816–22

consecuencialista 820–1

teorías retributivas 816–20

Basado en amenazas 821–2

acto voluntario requerido 823–6 *véase también* derecho penal

Putnam, Hilary 336, 972, 976, 979, 983

Quine, WVO 344, 345

Railton, Peter 976, 985

elección racional,

ley y 40–1

ley natural 40–1

racionalidad,

sentencia 208, 221–5

autoridad 384, 391–3

Rawls, Juan 359, 520, 530, 538, 642, 693, 868, 876, 887, 903

Raz, José 9, 17, 96–7, 105, 109, 119–21, 123, 125, 133, 147–9, 150, 151–2, 153–5, 208, 212, 214–16, 219–21, 224, 235–6, 238–9, 42, 243, 246, 251–2, 253, 255, 261–4, 266, 331, 356, 357, 364–5, 402–15, 483–7, 495, 518, 619, 857–8, 936, 965–6

razón:

derecho consuetudinario 54–5

sensatez:

ley natural 2

Razones 440–75

opción 470–4

Hechos 442–7

fuerza 464–70

Ciervo, HLA 26–8

Ley natural 26–30

personas 457–9

razonabilidad 474–5

razonamiento 459–64

discurso y 440

valores:

Hechos y 447–50

razones y 451–9
Razones sin valores 451–5
Sin razones 455–7
Regan, Donald 515
responsabilidad 548–87
accidentes, para 580–7
agentes 550
atribuciones 550
Reivindicaciones 548, 550–1
colectivo 549
criminal 564–80
terreno para exigir 550
literatura moderna 549
moraleja 552–64
político 551
carácter relacional 551
retribución 550
rol responsabilidad 549
uso del término 549–50
retribución 50
derechos 476–513
teorías de los beneficiarios 481–3

Índice

teorías de la elección 481–3
reclamaciones 476
Fundamentos conceptuales 477–80
conflictos 488–513
intereses y derechos personales 497–9
derechos y bienes 490–7
derechos, de 499–513
Hobbes 24
Hohfeld, 24, 477, 479, 484
humano 25
teoría del interés 483–7
moraleja 476–7
ley natural 24–5
Raz, José 483–7
teoría del estatus como persona 483–7
Teorías 480–7
Ripstein, Arthur 578, 581, 584, 630
Rorty, Richard 32
Ross, Alf 338
Rousseau, Jean-Jacques 62, 380, 381, 525

San Germán, Cristóbal 592
Savigny381
(p. 1050) Realistas escandinavos 338, 339
Scanlon, TM 549, 567
Schauer, Fred 412, 589
Scheffler, Samuel 479, 555
Schmidt, Carl 183
autodefensa 845–7
Selznick, Felipe 371
Orientación sexual 993–1006, *véase también* género y ley
sexualidad:
ley y 41–5
matrimonio 42–5
Shapiro, Scott 125, 131, 157–9, 162–5, 341, 610, 611
Afeitado, Steven 625
Shiner, Ronald 96
Sidgwick, Enrique 191
Smith, Steven 88
Sócrates 41, 68
Soper, Philip 73, 155–6, 250, 515, 523–4
jurisprudencia especial 360
interpretación estatutaria 268–89

se acerca al 269
países de derecho consuetudinario 268–9
controversia 268

Índice
Teorías descriptivas 270–1
Desviación del lenguaje textual 280–1
significado evolutivo 275–7
significado fijo 275–7
parámetros generales 271–4
intención, legislativa 277–9
evidencia de 278–9
Relevancia 281–3
comprensión 283–7
interpretación, significado de 269–70
ley natural 58–9
teorías normativas 270–1
Propósito, relevancia de 288
comprensión del lector 279–80
Estados mentales 287–8
enfoque escéptico 270

constituciones escritas 268 *véase también* interpretación constitucional Stavropoulos, Nicos 979

Strauss, David 309

Strawson, Peter 553–5, 556–8

Suárez, Francisco 62, 68

Taylor, Gabriele 555

Thomson, Judith 478–9, 480, 484, 490–1

Thoreau, Henry David 543

Derecho de responsabilidad civil:

grado de lesión 677–81

falla 657

previsión 664–70

general y 656–62

Libertad y seguridad 682–5

negligencia 658–60

molestia 660–1

Norma objetiva 671–7

filosofía de 45–47, 656–86

reciprocidad 661

riesgos y normas 662–4

seguro social 660

responsabilidad estricta 657

tipo de lesión 677–81
Trebilcock, Michael 687
Triboniano 25
Unger, Roberto 265
irracionalidad:
ley natural 2
Valorar el pluralismo 233–47

voluntarismo 68
Waismann, Friedrich 967–8
Waldron, Jeremy 504–6, 509, 538, 609
Waluchow, WJ 125, 151, 600, 602
Weber, Máximo 370
Wechsler, Herbert 299, 571, 1027
Weinreb, Lloyd 94
Weinrib, Ernesto 583, 627, 628, 629, 630, 631
Oeste, Peter 607
Williams, Bernard 555, 559
Williams, Glanvil y 571
Winfield, Richard Dien 95
Wittgenstein 946, 951, 953, 955

Wolff, Robert Paul 385–91

Wolheim, Richard 555

Zuckert, Michael 70

Esquema del documento

- Pagina de titulo
- Prefacio
- Notas sobre los colaboradores
- La ley natural: la tradición clásica
- La ley natural: la tradición moderna
- Positivismo jurídico excluyente
- Positivismo jurídico inclusivo
- Formalismo
- Adjudicación
- Interpretación constitucional y estatutaria
- Metodología
- Filosofía jurídica y política
- Autoridad
- Razones
- Derechos
- Ley y obligaciones
- Responsabilidad
- Filosofía del derecho consuetudinario
- Filosofía del Derecho Privado
- Filosofía del derecho de responsabilidad civil
- Filosofía del derecho contractual
- Filosofía del derecho de propiedad
- La filosofía del derecho penal
- Filosofía del Derecho Internacional
- Derecho y lenguaje
- Derecho y objetividad
- Derecho, orientación sexual y género
- Indice

Tabla de contenido

Pagina de titulo
Prefacio
Notas sobre los colaboradores
La ley natural: la tradición clásica
La ley natural: la tradición moderna
Positivismo jurídico excluyente
Positivismo jurídico inclusivo
Formalismo
Adjudicación
Interpretación constitucional y estatutaria
Metodología
Filosofía jurídica y política
Autoridad
Razones
Derechos
Ley y obligaciones
Responsabilidad
Filosofía del derecho consuetudinario
Filosofía del Derecho Privado
Filosofía del derecho de responsabilidad civil
Filosofía del derecho contractual
Filosofía del derecho de propiedad
La filosofía del derecho penal
Filosofía del Derecho Internacional
Derecho y lenguaje
Derecho y objetividad
Derecho, orientación sexual y género
Indice