

Colección

**Filosofía y Derecho**

José Juan Moreso Mateos (dir.)

Jordi Ferrer Beltrán (dir.)



EL LEGADO DE H. L. A. HART  
Filosofía jurídica, política y moral





MATTHEW H. KRAMER  
CLAIRE GRANT  
BEN COLBURN  
ANTONY HATZISTAVROU  
(Compiladores)

**EL LEGADO DE H. L. A. HART**  
**Filosofía jurídica, política y moral**

Traducción de  
Claudina Orunesu  
y Jorge L. Rodríguez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico [manuscritos@filosofiyderecho.es](mailto:manuscritos@filosofiyderecho.es). Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web [www.filosofiyderecho.es](http://www.filosofiyderecho.es).

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Matthew H. Kramer, Claire Grant, Ben Colburn y Antony Hatzistavrou (comps.)  
Título original: *The Legacy of H. L. A. Hart. Legal, Political and moral Philosophy*, Oxford University Press, 2008.

Esta traducción se publica de acuerdo con Oxford University Press.

© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES. S. A.  
San Sotero, 6 - 28037 MADRID  
☎ 91 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISBN: 978-84-9768-935-9

Depósito legal: M-747-2012

Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS, S.L.

Impresión: Elecé, Industria Gráfica, S. L.

Polígono El Nogal

Río Tiétar 24, 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2012

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PREFACIO</b> .....	13
<b>LISTA DE COLABORADORES</b> .....	15
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	19
 <b>PRIMERA PARTE</b> <b>POSITIVISMO JURÍDICO Y TEORÍA DEL DERECHO</b>  	
<b>CAPÍTULO I. SOBRE LOS CAMINOS DE HART: EL DERECHO COMO RAZÓN Y COMO HECHO</b> , por <i>John Finnis</i> .....	29
<b>CAPÍTULO II. EL AFIANZAMIENTO JURÍDICO DE LA ANTIJU- RIDICIDAD</b> , por <i>David Lyons</i> .....	59
1. JIM CROW .....	62
2. LA CORTE SUPREMA .....	65
3. TEORÍA JURÍDICA .....	70
4. REFLEXIONES ADICIONALES .....	76
<b>CAPÍTULO III. CONFORMIDAD, COSTUMBRE Y CONGRUEN- CIA: REPENSANDO LA EFICACIA DEL DERECHO</b> , por <i>Gerald J. Postema</i> .....	79
1. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA .....	81
1.1. La eficacia del derecho moderno: la visión de HART .....	82
1.2. ¿Cuándo está en vigor el derecho en una comunidad? .....	84

	<u>Pág.</u>
1.3. Distancia, alienación y derecho moderno .....	87
2. GUÍA NORMATIVA .....	90
3. LA TESIS DE LA CONGRUENCIA .....	94
4. LA TESIS DE LA MEDIACIÓN .....	99
<b>CAPÍTULO IV. HART Y LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, por <i>Jeremy Waldron</i> .....</b>	<b>105</b>
<b>CAPÍTULO V. VALIDEZ, MORAL Y LA FUNCIÓN DE GUÍA DEL DERECHO, por <i>W. J. Waluchow</i> .....</b>	<b>127</b>
1. PREGUNTAS NORMATIVAS Y CONCEPTUALES .....	127
2. EL SURGIMIENTO DEL DERECHO: UNA ESPADA DE DOBLE FILO .....	133
3. LECCIONES QUE HAY QUE APRENDER .....	135
4. POSITIVISMO EXCLUYENTE, PODERES DIRIGIDOS Y GUÍA PRÁCTICA .....	138
<b>SEGUNDA PARTE</b>	
<b>RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y CASTIGO</b>	
<b>CAPÍTULO VI. RESPONSABILIDAD Y PUNIBILIDAD EN DERECHO PENAL, por <i>R. A. Duff</i> .....</b>	<b>145</b>
1. RESPONSABILIDAD Y PUNIBILIDAD .....	147
2. EL JUICIO PENAL: LLAMAR A RESPONDER Y NEGARSE A RESPONDER .....	153
3. DELITOS, DEFENSAS Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA .....	156
4. «ACTOS» VERSUS «RAZONES» .....	163
<b>CAPÍTULO VII. HART Y FEINBERG SOBRE RESPONSABILIDAD, por <i>John Gardner</i> .....</b>	<b>169</b>
1. LA RESPONSABILIDAD BÁSICA .....	171
2. RESPONSABILIDAD RESULTANTE .....	183
3. DOS VARIEDADES DE RESPONSABILIDAD .....	192
<b>TERCERA PARTE</b>	
<b>CAUSALIDAD EN EL DERECHO</b>	
<b>CAPÍTULO VIII. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE CAUSATION IN THE LAW DE HART Y HONORÉ, por <i>Judith Jarvis Thomson</i> .....</b>	<b>197</b>

	<u>Pág.</u>
<b>CAPÍTULO IX. LA PESADILLA Y EL NOBLE SUEÑO: HART Y HONORÉ SOBRE CAUSALIDAD Y RESPONSABILIDAD, por Richard W. Wright</b> .....	227
1. LA PESADILLA Y EL NOBLE SUEÑO .....	228
2. ATRIBUYENDO RESPONSABILIDAD: LA PATOLOGÍA DEL ANÁLISIS DEL LENGUAJE ORDINARIO .....	233
3. EL CAMINO QUE NO SE SIGUIÓ .....	240

**CUARTA PARTE  
JUSTICIA**

<b>CAPÍTULO X. EQUIDAD, NECESIDADES Y MERECEIMIENTO, por Brad Hooker</b> .....	245
1. INTRODUCCIÓN .....	245
2. LAS NECESIDADES CONTRASTADAS CON LOS DESEOS ...	248
3. LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES EN CONTRASTE CON LA IGUALDAD .....	249
4. DEFINIENDO «NECESIDAD» EN TÉRMINOS DE «PERJUICIO» .....	250
5. DEFINIENDO «PERJUICIO» A LOS FINES DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD .....	252
6. TRES POSIBLES CRITERIOS ALTERNATIVOS DE NECESIDAD .....	256
7. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD PONDERADA EN REEMPLAZO DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD .....	259
8. EL ENFOQUE DEL UMBRAL NO BASADO EN NECESIDADES .....	259
9. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD PONDERADA Y LA INIQUIDAD COMPARATIVA .....	261
10. LO ESENCIAL SOBRE EL MERECEIMIENTO .....	264
11. LA RELACIÓN ENTRE EL MERECEIMIENTO Y LA SATISFACCIÓN DE LA NECESIDAD .....	264
12. ¿MERECEIMIENTO PRE-INSTITUCIONAL O INSTITUCIONAL? .....	265
13. EL MERECEIMIENTO EN UN NIVEL DIFERENTE DE LA PRIORIDAD PONDERADA .....	268
CONCLUSIONES .....	269
 <b>CAPÍTULO XI. LAS LIBERTADES BÁSICAS, por Philip Pettit</b> .....	 271
1. DE LA TEORÍA REPUBLICANA A LAS LIBERTADES BÁSICAS .....	272

	<u>Pág.</u>
2. INTRODUCCIÓN DE LAS LIBERTADES BÁSICAS .....	274
3. LA EXIGENCIA DE EXTENSIÓN VIABLE .....	275
4. LA EXIGENCIA DE IMPORTANCIA PERSONAL .....	277
5. LA EXIGENCIA DE DISFRUTE CONJUNTO IGUALITARIO ....	279
6. DOS FUENTES DE AMBIGÜEDAD .....	281
7. LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA SUPERIOR .....	282
8. EL IMPACTO DE LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA SUPERIOR .....	284
9. LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA INTERMEDIA .....	285
10. EL IMPACTO DE LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA INTERMEDIA .....	286
11. LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA INFERIOR .....	289
12. EL IMPACTO DE LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA INFERIOR .....	291
13. EN CONCLUSIÓN .....	294

## QUINTA PARTE DERECHOS

<b>CAPÍTULO XII. DERECHOS PÓSTUMOS, por Cécile Fabre .....</b>	<b>299</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	299
2. LA TEORÍA DEL INTERÉS Y LOS DERECHOS PÓSTUMOS .....	301
3. DOS OBJECIONES .....	308
3.1. El muerto y el completo ignorante .....	308
3.2. La relevancia de la muerte .....	312
4. CONCLUSIÓN .....	315
<b>CAPÍTULO XIII. ¿HAY TODAVÍA DERECHOS NATURALES?, por Hillel Steiner .....</b>	<b>317</b>
<b>CAPÍTULO XIV. EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS, por Leif Wenar .....</b>	<b>333</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	333
2. LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD Y LA TEORÍA DEL INTERÉS ..	336
3. TRES ESTRATEGIAS PARA ADECUAR LA TEORÍA CON LOS DATOS .....	339
3.1. Limitando el rango de fenómenos a explicar .....	339
3.2. Expandiendo el alcance de la teoría .....	341
3.3. Redefiniendo los fenómenos a explicar .....	347
4. EL EMPATE .....	350
5. LA PREMISA RESTRICTIVA COMPARTIDA .....	355

6. LA RELACIÓN ENTRE LAS TEORÍAS ANALÍTICAS Y LAS TEORÍAS SUSTANTIVAS DE LOS DERECHOS .....	357
--	-----

**SEXTA PARTE  
TOLERANCIA Y LIBERTAD**

<b>CAPÍTULO XV. SOBRE SER TOLERADO, por <i>Leslie Green</i>.....</b>	<b>363</b>
1. LA NATURALEZA DE LA TOLERANCIA.....	364
2. LOS FALLOS DE LA TOLERANCIA.....	366
3. LAS OCASIONES PARA TOLERAR: EL PODER.....	370
4. LAS OCASIONES PARA TOLERAR: EL JUICIO .....	372
5. ACEPTACIÓN .....	373
6. RECONOCIMIENTO .....	377
7. COMPRENSIÓN .....	381
8. CONCLUSIÓN .....	387
 <b>CAPÍTULO XVI. ROSTROS PRIVADOS EN LUGARES PÚBLICOS, por <i>Susan Mendus</i> .....</b>	 <b>389</b>
1. BIOGRAFÍA Y FILOSOFÍA .....	392
2. PÚBLICO Y PRIVADO .....	395
3. FILOSOFÍA POLÍTICA.....	399
4. LA ESTRUCTURA DE LA LIBERTAD .....	401
 <b>CAPÍTULO XVII. HART Y EL LIBERALISMO DEL MIEDO, por <i>Alan Ryan</i> .....</b>	 <b>407</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	 <b>427</b>
 <b>ÍNDICE ANALÍTICO .....</b>	 <b>445</b>





## PREFACIO

Este libro tiene su origen en un simposio de la Academia Británica sobre «El legado de H. L. A. HART» llevado a cabo en el Churchill College, Cambridge, en julio de 2007, con el auspicio del Cambridge Forum for Legal & Political Philosophy. Las versiones preliminares de los ensayos incluidos en este volumen fueron escritas como ponencias para su presentación en ese simposio.

Estamos sumamente agradecidos a la Academia Británica por su apoyo y generoso patrocinio. Debemos especial agradecimiento a Onora O'Neill, Angela Pusey y Joanne Blore. Asimismo, tenemos una enorme deuda con los colaboradores de este volumen por sus excelentes ensayos y su admirable cooperación tanto en el simposio como en la preparación de este libro. También merecen un cálido agradecimiento Trevor Allan, Tony Honoré, Serena Olsaretti, Onora O'Neill (nuevamente) y Quentin Skinner, quienes actuaron como coordinadores de los paneles en el simposio. Estamos muy felices de que Charles, el hijo de HART, y sus nietos Justin y Tanya hayan podido asistir a algunas de las reuniones. También estamos en deuda con Joanna, la hija de HART, por su apoyo amable y entusiasta a esta empresa. Igualmente, estamos extremadamente agradecidos a las numerosas personas que asistieron al simposio como delegados, y ofrecemos nuestras disculpas a los muchos que quedaron en lista de espera. La presencia en el simposio de delegados de todos los continentes excepto la Antártida es indicativa del alcance global de la influencia de HART.

Extendemos también nuestro agradecimiento a cuatro residentes de Cambridge que se encargaron de un cúmulo de cuestiones logísticas: Christopher Arias, Kiersten Burge-Hendrix, Rupert Gill y Mark McBride.

Mucha gente del Churchill College ayudó a que el simposio fuera un éxito. Estamos especialmente agradecidos al servicio de habitación, al de suministro de comidas y bebidas, al personal técnico, a los mozos, y queremos en particular dar las gracias a las siguientes personas: Paul Barringer, Alison Barton, Shirley Blackley, Jillian Blaine, Tim Cooper, Ian Douglas, Dean Flack, Martin Haydon, Paul Howitt, Rosetta Kyriakou, Ivan Martin, Richard Mee, Sandra Parsons, Angela Railton, Steve Ridyard, Carol Robinson, Michelle Tuson y Paul Willimott. Estamos también muy en deuda con muchas personas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge por su ayuda extremadamente valiosa: Elizabeth Aitken, Daniel Bates, Matthew Martin, David Newton y Norma Weir. También vaya nuestro sincero agradecimiento a numerosas personas del Cambridge Centre for Research in the Arts, Social Sciences, and Humanities: Catherine Hurley, Mary Jacobus y Michelle Maciejewska.

John Louth, Alex Flach y Lucy Stevenson, de Oxford University Press, han sido gratificadamente entusiastas y hábiles en la gestión de este libro. Estamos muy complacidos de que OUP, como editorial de todos los libros de HART, haya brindado su valioso apoyo a este proyecto.

Septiembre de 2007.

Matthew H. KRAMER  
Claire GRANT  
Ben COLBURN  
Antony HATZISTAVROU

## LISTA DE COLABORADORES

**R.A. DUFF** es profesor de Filosofía en la Universidad de Stirling, donde ha enseñado desde 1970. Sus intereses teóricos se centran en la filosofía del derecho penal, especialmente en cuestiones vinculadas con los fundamentos y estructura de la imputabilidad penal y la finalidad del castigo penal. Junto a otros tres colegas (Lindsay FARMER, Sandra MARSHALL y Victor TADROS) ha completado recientemente un proyecto subsidiado por el AHRC sobre procesos penales, y con los mismos colegas está comenzando un nuevo proyecto financiado por el AHRC sobre criminalización.

**Cécile FABRE** es catedrática de Teoría Política en la Universidad de Edinburgo. Ha publicado extensamente sobre derechos y justicia distributiva, y en la actualidad se encuentra escribiendo un libro sobre la ética de la guerra. Es autora de *Social Rights under the Constitution* (Oxford University Press, 2000), *Whose Body is it Anyway* (Oxford University Press, 2006) y *Justice in a Changing World* (Polity, 2007).

**John FINNIS** es profesor de Derecho y Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford, miembro y tutor en Derecho del University College (Oxford), a cargo de la cátedra Biolchini de Derecho de la Universidad de Notre Dame du Lac (Indiana), y es miembro de la British Academy.

**John GARDNER** es profesor de Teoría del Derecho en la Universidad de Oxford. También ha ocupado cargos en el King's College (London), en la Yale Law School, en la Columbia Law School, en la Universidad de Princeton, en la Universidad de Texas y en la Australian National Uni-

versity. Es autor de *Offences and Defences*\* (Oxford University Press, 2007), y ha preparado recientemente una nueva edición de la obra de H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility* (Oxford University Press, 2008).

**Claire GRANT** es profesora adjunta de Filosofía Social y Política en la Universidad de Warwick. Sus numerosas publicaciones tratan cuestiones de filosofía jurídica y filosofía del derecho penal. Fue fundadora y editora en jefe de la revista *Criminal Law and Philosophy*.

**Leslie GREEN** es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford, donde es miembro del Balliol College. Ha sido profesor invitado en NYU, Berkeley, y la Universidad de Texas (Austin), y ejerce como docente a tiempo parcial en la Facultad de Derecho Osgoode Hall de la York University (Toronto). Ha publicado numerosos trabajos sobre teoría del derecho y teoría política.

**Brad HOOKER** es profesor de Filosofía en la Universidad de Reading y autor de *Ideal Code, Real World: A Rule-Consequentialist Theory of Morality* (Clarendon Press, 2000).

**Matthew H. KRAMER** es profesor de Filosofía Jurídica y Política en la Universidad de Cambridge, miembro del Churchill College (Cambridge) y director del Cambridge Forum for Legal and Political Philosophy. Entre sus numerosos libros, el más reciente es *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge University Press, 2007).

**David LYONS** enseñó filosofía en la Universidad de Cornell entre 1964 y 1995, y en 1979 se incorporó a la Facultad de Derecho. Desde entonces ha sido miembro de las Facultades de Derecho y de Filosofía de la Universidad de Boston. Entre sus publicaciones se cuentan *Forms and Limits of Utilitarianism* (Oxford, 1965), *In the Interest of the Governed* (Oxford, 1973), *Ethics and the Rule of Law* (Cambridge, 1984), *Moral Aspects of Legal Theory* (Cambridge, 1993) y *Rights, Welfare and Mill's Moral Theory* (Oxford, 1994).

**Susan MENDUS** es profesora de Filosofía Política y miembro del Morrel Centre for Toleration en la Universidad de York. Su principal línea de investigación es la filosofía política contemporánea, en especial las teorías de la tolerancia. Ha finalizado recientemente un libro titulado *Politics and Morality*, y actualmente se encuentra preparando las Conferencias Freilich del año 2007 sobre tolerancia, que serán publicadas bajo el título *Religious Toleration in an Age of Terrorism*.

---

\* De próxima publicación la traducción española en esta misma colección: *Delitos y eximentes. Escritos sobre la filosofía del derecho penal*.

- Philip PETER** está a cargo de la Cátedra L. S. Rockefeller de Política y Valores Humanos en la Universidad de Princeton. Entre sus libros más recientes se encuentran *Republicanism* (Oxford University Press, 1997), *The Economy of Esteem* (Oxford University Press, 2004) junto con Geoffrey BRENNAN, y *Made with Words: Hobbes on Mind, Society and Politics* (Princeton University Press, 2007). En la actualidad está trabajando junto a Christian LIST en un libro sobre autoría colectiva. En 2007 se publicó el libro *Common Minds: Themes from the Philosophy of Philipp PETER*, compilado por Michael SMITH, Geoffrey BRENNAN, Robert GOODIN y Frank JACKSON (Oxford University Press).
- Gerald J. POSTEMA** está a cargo de la cátedra Cary C. Boshamer de Filosofía y es Profesor de Derecho en la Universidad de North Carolina (Chapel Hill). Es autor de *Bentham and the Common Law Tradition*, editor de *Philosophy and the Law of Torts*, y editor asociado de *Treatise of General Jurisprudence and Philosophy of Law*, con ocho de doce volúmenes publicados. Actualmente se encuentra escribiendo una historia de la filosofía del derecho anglo-americana y editando una compilación de los escritos de Sir Mathew HALE.
- Alan RYAN** ha sido rector del New College (Oxford) desde 1996, y antes de ello fue profesor de Política en la Universidad de Princeton. Ha escrito sobre ética y política en una sociedad liberal en muchos lugares, incluyendo *The New York Review of Books*, y es autor de varios libros sobre J. S. MILL, Bertrand RUSSELL y John DEWEY.
- Hillel STEINER** es profesor de Filosofía Política en la Universidad de Manchester y miembro de la British Academy. Es autor de *An Essay on Rights* (Blackwell, 1994) y coautor junto a Matthew KRAMER y Nigel SIMMONDS de *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries* (Oxford University Press, 1998). Sus proyectos de investigación actuales se abocan al concepto de «precio justo» y la aplicación de principios libertarios a las desigualdades globales y genéticas.
- Judith JARVIS THOMSON** es profesora de Filosofía en el MIT. Sus numerosos libros y artículos tratan una amplia variedad de temas sobre metafísica, filosofía de la acción, ética y filosofía política. Su libro más recientemente publicado es *Normativity* (Open Court Publishing), una versión ampliada de las Conferencias Carus del año 2003.
- Jeremy WALDRON** es profesor de la Universidad de New York. Anteriormente ha enseñado en Columbia, Princeton, California-Berkeley, Edinburgh, Oxford y Otago. Entre sus muchos libros, el de más reciente publicación es *God, Locke and Equality: Christian Foundations of Locke's Political Thought* (Cambridge University Press, 2002).

**W. J. WALUCHOW** es Bachelor of Arts y Master of Arts de la Universidad de Western Ontario y Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad de Oxford, donde estudió bajo la supervisión de H.L.A. HART. Es profesor de Filosofía en la Universidad McMaster. Sus líneas de investigación incluyen la filosofía jurídica, la ética y la filosofía política. Entre sus publicaciones se cuentan *Inclusive Legal Positivism*<sup>\*\*</sup>; *Free Expression: Essays in Law and Philosophy*, *The Dimensions of Ethics*; *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*<sup>\*\*\*</sup>.

**Leif WENAR** es profesor de Filosofía en la Universidad de Sheffield. Es autor de «The Nature of Rights», publicado en *Philosophy and Public Affairs* (2005); «The Value of Rights», publicado en *Law and Social Justice* (MIT, 2005); «Epistemic Rights and Legal Rights», publicado en *Analysis* (2003), y de la voz sobre derechos en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

**Richard W. WRIGHT** es profesor de Derecho en el Chicago-Kent College of Law del Illinois Institute of Technology. Ha sido profesor visitante o miembro de las Universidades de Canterbury, Melbourne, Oxford, Texas y Torcuato di Tella. Es miembro del American Law Institute y del consejo asesor del *Journal of Tort Law* y del Center for Justice and Democracy.

---

<sup>\*\*</sup> Hay traducción española en esta misma colección: *Positivism jurídico incluyente*, Marcial Pons, 2007.

<sup>\*\*\*</sup> Hay traducción española en esta misma colección: *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law: Un árbol vivo*, Marcial Pons, 2009.

## INTRODUCCIÓN

Matthew H. KRAMER y Claire GRANT

Herbert Lionel Adolphus HART fue el filósofo del derecho más importante del siglo xx, y también una figura prominente de la filosofía política y moral. Nació en la primera década de ese siglo y vivió hasta su década final, siendo responsable central de rescatar a la filosofía del derecho del estancamiento en el que se había encontrado sumida por muchos años. Tanto a través de su propia y brillante obra como en su carácter de mentor de algunos otros importantes filósofos del derecho del siglo xx, HART ejerció una vasta influencia en la filosofía jurídica, comparable a la de su amigo John RAWLS en el ámbito de la filosofía política. Su obra ha sido muchas veces criticada en forma contundente —de hecho, una de las características de su excelencia intelectual reside en el modo en que estimulaba a estudiantes que presentaban fuertes reparos a muchas de sus ideas— pero la magnitud de sus logros se encuentra más allá de toda duda razonable<sup>1</sup>.

Una característica especialmente admirable de los escritos de HART es la amplitud de tópicos que abarcan. Los ensayos de este volumen, de un modo que no registra antecedentes, cubren conjuntamente todas las principales áreas de su trabajo filosófico: filosofía jurídica general y positivismo jurídico, responsabilidad y castigo penal, teorías de los derechos, causalidad en el derecho, tolerancia y libertad, y teorías de la justicia. Aunque HART es más famoso por su trabajo en la primera de estas áreas —como el principal

---

<sup>1</sup> No obstante lo enorme de nuestra admiración por HART, ésta ha estado lejos de resultar acrítica. Véase, por ejemplo, KRAMER, 1998: 69-70, 81-82; KRAMER, 2003: 312-313; KRAMER, 2004: 249-294; KRAMER, 2005; GRANT, 2006; GRANT, 2008.

defensor del positivismo jurídico desde los días de Jeremy BENTHAM y John AUSTIN— sus publicaciones en las otras áreas son suficientes por sí solas para otorgarle un lugar en el panteón de los pensadores jurídicos más destacados del siglo xx. Por consiguiente, si bien el presente volumen dedica mayor atención al positivismo jurídico y a la filosofía jurídica general que a cualquiera de los otros temas de los que se ocupara HART, también examina estos últimos con cierta profundidad.

Como el título de este libro sugiere, los colaboradores se concentran más en el legado de HART que en el propio HART<sup>2</sup>. Aunque la mayoría de ellos discute sus escritos con bastante profundidad, en cada ensayo predomina más lo filosófico que lo exegético. Al brindar tributo a HART en numerosos aspectos —y al discrepar con él en otros—, los colaboradores miran principalmente hacia el futuro más que hacia el pasado. Abordan problemas filosóficos que preocupan a los pensadores contemporáneos. HART, quien en forma memorable nos previno contra la idea de que «un libro de teoría general del derecho es, por encima de todo, una obra en la que uno se informa sobre el contenido de otros libros» (HART, 1994: vii) [HART, 1963: xii]\*, hubiera sin dudas aprobado esta forma de explorar su legado.

\* \* \*

Una gran cantidad de profesionales del derecho así como numerosos filósofos asistieron en julio del año 2007 al Simposio de la Academia Británica del que surgió este libro. Uno de los profesionales del derecho, Stephen HOCKMAN, formuló una pregunta particularmente perspicaz sobre la aplicabilidad de las categorías abstractas de HART a las tareas más focalizadas en lo concreto de la gente que participa en las prácticas de las instituciones jurídicas y gubernamentales. Esa pregunta capta adecuadamente un importante objetivo que fuera perseguido por HART. Por un lado, HART durante su carrera académica fue un filósofo que se mantuvo en un alto nivel de abstracción en su análisis de las instituciones jurídicas y sociales. Algunas de sus preocupaciones como filósofo se hallaban bastante alejadas de las actividades cotidianas de los abogados y los funcionarios gubernamentales. Por otro lado, ejerció muchos años como abogado litigante, y estaba por ello en condiciones de desarrollar un sentido vívidamente informado de los objetivos e intereses característicos de la gente que lidia con las presiones de los

<sup>2</sup> La vida de HART ha sido objeto de una reciente y notable biografía: véase LACEY, 2004. Véase también MACCORMICK, 1981.

\* En el caso de las citas a *El concepto del derecho* se incluye también entre corchetes la referencia a las páginas de la edición española (N. de los T.).



asuntos prácticos. Un elemento primordial de su pensamiento en cada una de las áreas de la filosofía que explora este libro es su énfasis en los puntos de vista de los participantes en las prácticas que discute.

Quizás sea más famosa la insistencia de HART en el carácter central de los puntos de vista de los participantes como objeto de investigación para los teóricos del derecho. Sin perder nunca de vista la importancia de otras perspectivas, HART criticó a Oliver Wendell HOLMES y a otros por descuidar el modo en que las personas que operan los diversos componentes de los sistemas jurídico-gubernamentales comprenden y utilizan los conceptos jurídicos. Cualquier explicación filosófica satisfactoria de tales sistemas tiene que tomar en consideración no solo el privilegiado punto de vista externo de un observador sino también el punto de vista interno de un participante comprometido. Al darle prominencia a este último, HART enriqueció la filosofía jurídica y ayudó a subrayar las diferencias entre ella y ciertas variedades de sociología jurídica. Por supuesto, al hacerlo nunca sostuvo que los propios filósofos del derecho debían adoptar la perspectiva interna de un participante comprometido en un sistema jurídico. Semejante tesis metodológica ha sido defendida por Ronald DWORKIN y sus seguidores, pero el propio HART sabiamente la evitó. HART advirtió que los análisis de los filósofos del derecho provienen típicamente de un punto de vista externo moderado. No obstante, esa posición moderadamente externa no está menos signada por una consonancia con los puntos de vista de las personas cuyas prácticas están sometidas al escrutinio filosófico.

El trabajo de HART sobre los otros temas de los que se ocupa este volumen es igualmente sensible a las preocupaciones y opiniones características de los participantes en diversas actividades. En su monumental primer libro, *Causation in the Law*, escrito junto a Tony HONORÉ, buscó sistematizar los factores que conducen a los decisores jurídicos a atribuir responsabilidad por acontecimientos perjudiciales a individuos o grupos (HART y HONORÉ, 1959). Con una gran cantidad de ejemplos fascinantes para ilustrar la decantación de principios generales, *Causation in the Law* expone las diversas formas en las que los participantes de las instituciones jurídicas construyen la adscripción de responsabilidad. Pese a que HART y HONORÉ clasificaron demasiado livianamente diversas cuestiones claramente morales como cuestiones sobre causalidad (KRAMER, 2003: 312-312), su exposición de los criterios a menudo implícitos para imputar responsabilidad jurídica constituyó un hito en la filosofía del derecho e influyó en filósofos ajenos al derecho (MACKIE, 1974: 117-133).

Una concentración similar en el punto de vista distintivo de los participantes caracterizó gran parte de los escritos de HART sobre los derechos. Su adhesión a la *teoría de la voluntad* de los derechos —una teoría que analiza

a todo derecho esencialmente en términos de potestades para desestimar o hacer valer los deberes de los demás— proviene en parte de su esfuerzo por comprender por qué los derechos serían importantes desde la perspectiva de quien los tiene. Su énfasis en las elecciones u oportunidades abiertas a los individuos que han sido jurídicamente investidos con la potestad de desestimar o hacer valer las obligaciones jurídicas de otros refleja su preocupación por dar sentido a los derechos a través de los ojos de las personas para quienes existen. Por supuesto, el reconocimiento de esta faceta del enfoque de HART no implica forzosamente aceptar su asunción de la *teoría de la voluntad*: de hecho nosotros la rechazamos (KRAMER, 1998; 2001). Sin embargo, sea que HART haya o no estado en lo cierto al pensar que la *teoría de la voluntad* es la única adecuada para captar la perspectiva interna del titular de los derechos, su impactante imagen del sujeto titular de derechos como soberano era indicativa de su focalización en esa perspectiva.

Un interés similar resulta evidente en las reflexiones de HART respecto de las libertades básicas. Como se subraya en el ensayo de Philip PITT en este volumen, uno de los principales rasgos distintivos de cualquier libertad básica —tal como las entienden HART o RAWLS— es la importancia que ésta posee para la persona característica que la posee. Desde el enfoque que favorecen HART y RAWLS, entonces, un filósofo político no puede clasificar satisfactoriamente a cualquier libertad básica como tal sin ponerse en el lugar de la típica persona para la cual esa libertad debe ser salvaguardada. Así como un análisis satisfactorio de cómo operan los sistemas jurídicos debe tener en cuenta el punto de vista del participante en el funcionamiento de tal sistema, una teoría satisfactoria de la justicia debe tener en cuenta el punto de vista de la persona a quien los principios de justicia asignan deseos básicos.

También en el trabajo de HART sobre responsabilidad y castigo penal se encuentra una insistencia por comprender los intereses y motivaciones de la gente directamente involucrada en las prácticas bajo consideración. Es más, cualquier teoría creíble de la responsabilidad penal debe penetrar en las perspectivas de las personas de cuya responsabilidad se trata. Esa aproximación es notoria en la teoría hartiana de la responsabilidad penal centrada en la autoría, que exige que «como una condición normal de la imputación del castigo ... la persona a ser castigada debe, al tiempo de cometer el delito, haber tenido un cierto conocimiento o intención, o poseído ciertos poderes de comprensión y control» (HART, 1968: 210). Esta forma de entender a la responsabilidad penal estaba vinculada a la concepción de HART de la función básica del derecho como guía de la conducta humana. El hecho mismo de que HART se centrara en cuestiones de responsabilidad en sus escritos sobre la filosofía del derecho penal es un signo de la atención que prestaba a los pensamientos y objetivos de la gente a quienes afectan las instituciones

jurídicas. Entre las condiciones que se deben satisfacer para la adecuada imposición de sanciones penales se encuentra el estatus de una persona como agente responsable. Para determinar si esa condición se satisface en un contexto dado, quienes toman decisiones jurídicas (y los teóricos que analizan sus actividades) tienen que ubicarse —no necesariamente con simpatía pero siempre con empatía— en la posición de cualquier persona cuya autoría se encuentra bajo escrutinio. En gran medida, deben tratar de captar cómo sería ser esa persona en el contexto especificado.

En una línea muy similar, en sus trabajos de filosofía política sobre tolerancia y libertad, HART exigía una comprensión más amplia de las perspectivas e inquietudes de la gente que es presa de la intolerancia. Aquí, sin embargo, reclamaba no solo una comprensión empática sino también simpática: sus esfuerzos como filósofo político fueron predominantemente prescriptivos. Llamó la atención sobre el sufrimiento provocado por la intolerancia (especialmente en relación con la proscripción jurídica de las relaciones homosexuales y otros comportamientos sexuales no ortodoxos) y, como lo hizo BENTHAM antes que él, insistió en que ese sufrimiento es injustificado cuando su producción no es necesaria para impedir o remediar la comisión de algún mal. Mientras sus oponentes se habían concentrado en los beneficios que se derivan para una sociedad de la imposición estricta de su código de comportamiento adecuado, HART resaltó la perspectiva de la gente a cuyas expensas se obtienen tales beneficios. Él reconocía que la conducta desviada puede provocar en otros sentimientos de disgusto u ofensa, pero sostenía que esos sentimientos —sin más— no son suficientes para justificar la supresión de actividades que son tan importantes desde el punto de vista de quienes las desarrollan. El punto de vista de esos individuos no debería ser suprimido en un sistema liberal democrático de derecho penal.

En síntesis, en cada una de las áreas de la filosofía jurídica, política y moral cubiertas por este libro, HART trató de enfatizar la necesidad de que los teóricos capten la forma en que el funcionamiento de las instituciones es característicamente percibido por la gente involucrada en ese funcionamiento. Como escribió HART, para cualquiera que aspire a proponer una exposición filosófica que ilumine las diversas dimensiones de las instituciones jurídico-gubernamentales, «lo que se necesita es un método "hermenéutico" que implica describir el comportamiento gobernado por reglas tal como se presenta para sus participantes» (HART, 1983: 13). Por supuesto, afirmar tal cosa en modo alguno implica sostener que los puntos de vista de los participantes de las prácticas sociales sean lo único que merece atención en ellas. Por el contrario, HART estaba muy alerta a los patrones de regularidad en la interacción que constituyen tales prácticas. Esas regularidades, así como los puntos de vista de los participantes que les dan forma y son formados por ellas, pueden siempre abordarse a través de críticas externas que rechazan la comprensión

de los propios participantes. Para ciertos propósitos, esas críticas externas son perfectamente adecuadas. Sin embargo, ninguna de tales críticas será mínimamente satisfactoria si ignora el punto de vista de los participantes. Aunque quien propone una crítica externa puede ridiculizar esos puntos de vista por engañosos o inadecuados, si éstos no han sido cuidadosamente comprendidos la crítica será superficial e ineficaz.

De un modo más general, tanto si una teoría de las instituciones del derecho y el gobierno es condenatoria o justificatoria, su poder de persuasión dependerá de que tome en cuenta que las personas que actúan en esas instituciones —y las que se vean afectadas por ellas— son seres reflexivos con objetivos e inquietudes características. La insistencia de HART sobre este punto fue una de sus mayores contribuciones a la filosofía jurídica y política. Hay que reconocer que este punto puede parecer obvio cuando se plantea en abstracto. Sin embargo, en diversos contextos ha sido desatendido por muchos de quienes escriben sobre estas cuestiones. Uno de los grandes logros de HART reside en revelar con tanta fuerza las distorsiones y el empobrecimiento intelectual que ese descuido acarrea.

\* \* \*

Dado que los principales ensayos de este volumen están agrupados en las áreas de conocimiento mencionadas en el inicio, no prolongaremos esta introducción tratando de sintetizar cada uno de ellos por separado. Los lectores podrán localizar rápidamente los capítulos que les resulten de mayor interés. Para nosotros es suficiente decir que quienes han contribuido a este libro se cuentan entre los escritores más eminentes en cada una de sus áreas, y que han adoptado una diversidad de enfoques en sus discusiones sobre tales tópicos. Estamos encantados de presentar sus ensayos como un tributo colectivo a HART<sup>3</sup>. Ese tributo es ofrecido incluso en los capítulos que resul-

<sup>3</sup> Por supuesto, afirmar tal cosa no implica sugerir que estemos de acuerdo con todo lo que se dice en cada uno de los ensayos. Estamos profundamente en desacuerdo con algunos de los análisis ofrecidos en algunos de ellos. Mencionaremos aquí solo una pequeña cuestión. Leif WENAR, en la nota 11 de su capítulo, insinúa que Matthew KRAMER ha sido inconsistente al «apelar a los propósitos de las normas jurídicas para dar sentido a [ciertos] casos..., cuando unas páginas antes había afirmado que los propósitos no tenían ninguna “relación determinante” y eran “bastante poco relevantes” en su teoría». En realidad, no hay inconsistencia alguna entre los dos párrafos (en KRAMER y STEINER, 2007, 289-290, 293-294) a los que WENAR se refiere. En el párrafo del que WENAR extrae sus citas recortadas, KRAMER está negando que una condición *necesaria* para conferir un derecho a una cierta persona *X* en virtud de una norma jurídica sea que el propósito subyacente de la norma consista en beneficiar a *X* o a gente como *X*. La existencia de ese propósito subyacente no es una condición *necesaria* para conferir un derecho a *X*. Por el contrario, en el párrafo en que se apela al propósito de una ley *L*, KRAMER sostiene que ese propósito puede combinarse con los términos y los efectos predecibles de *L* para constituir una condición

tan marcadamente críticos de HART, o que dicen poco acerca de él de manera directa, porque los primeros reconocen plenamente su enorme estatura como pensador, mientras que los últimos se ocupan de problemas respecto de los cuales HART produjo un trabajo de vanguardia. Esta colección, como un todo, revela cuán rico, variado y estimulante es el legado de H. L. A. HART.

---

*suficiente* para que  $X$  tenga a partir de entonces un derecho. En circunstancias donde los términos y los efectos predecibles de  $L$  no sean de por sí suficientes para conformar tal condición, pueden ser suplementados a tal fin con el propósito de  $L$ . En síntesis, contrariamente a la impresión transmitida por WENAR a través de sus citas recortadas, los párrafos a los que hace referencia son perfectamente compatibles.



PRIMERA PARTE  
**POSITIVISMO JURÍDICO Y TEORÍA  
DEL DERECHO**





CAPÍTULO I

**SOBRE LOS CAMINOS DE HART: EL DERECHO  
COMO RAZÓN Y COMO HECHO**

John FINNIS

1

Recuerdo a HART contando a dos o tres de sus colegas, con té y galletas de por medio en el salón común para profesores, que cada diez años más o menos desde mucho tiempo atrás leía completa *À la recherche du temps perdu* de PROUST. No creo que haya dicho el por qué —¿por qué habría de hacerlo?— pero entre las razones que lo llevaron, repetidamente, a través de las siete novelas, en el largo camino que va desde *Du côté de chez Swann* a *Le Temps retrouvé*, seguramente debe haber estado su reflexivo despliegue autorreferencial y la exploración de lo interior, de la primera persona del singular. Como dice con justicia MACCORMICK en la primera edición de su libro *H.L.A. HART*, el «punto de apoyo» y la «perspectiva metodológica central» de la «teoría analítica del derecho» de HART consiste en que como «teórico jurídico o social descriptivo», uno puede y debe «[mantener] aparte sus propios compromisos, su moral crítica, su pertenencia o no a un grupo», y «mostrar las reglas tal como son para aquellos a quienes pertenecen» (MACCORMICK, 1981: 37-38). La explicación del derecho, como el propio HART lo presenta en *El concepto de derecho*, debe «referirse al aspecto interno de las reglas, vistas desde su punto de vista interno [el de los miembros del grupo]», y «reproducir la manera en que las reglas funcionan en la vida» de tales miembros, es decir, en sus «reclamos, demandas, reconocimientos,

críticas... todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas», la vida tal como la llevan aquellos para quienes las reglas cuentan como razones para actuar, y para quienes las violaciones cuentan como razón para la hostilidad (HART, 1994: 90) [HART, 1963: 112-113].

Un poco menos conocidos que los trabajos de HART que priorizan la actitud interna o actitudes hacia el derecho son sus trabajos sobre autorreferencia (especialmente sobre leyes autorreferentes<sup>1</sup>), y sobre intención (especialmente en relación con la responsabilidad penal y la causalidad humana). Pero estos aspectos internos son igualmente centrales en su pensamiento. En respuesta a una observación mía sobre, creo, cuán significativa es la consistencia autorreferencial para poner a prueba las tesis filosóficas<sup>2</sup>, HART me dijo que lo que despertó su interés por la filosofía cuando niño fue el paquete de cereales para el desayuno.

Desde la década de 1890<sup>3</sup>, los paquetes de avena Quaker tenían dibujado un robusto y típico cuáquero sosteniendo un paquete de avena Quaker que tenía dibujado un robusto y típico cuáquero sosteniendo un paquete de avena Quaker... (y así «hasta el infinito» como lo sostiene alguien hablando de estos paquetes en la novela de Aldous HUXLEY de 1928 *Point Counter Point*)<sup>4</sup>. En relación con el crimen y el castigo, la causalidad y las leyes autorreferentes, la atención de HART en nuestras vidas interiores de pensamiento, juicio y decisión constituyó una razón para — y suministró argumentos para promover— su resistencia a corrientes más o menos conductistas del (como a menudo él lo expresaba)<sup>5</sup> «escepticismo» respecto de aspectos centrales del derecho y de las instituciones jurídicas, una resistencia que ha sido en general decisiva para la teoría jurídica posterior, lo cual constituyó un gran legado. Al sintetizar su defensa de la responsabilidad contra el escepticismo de Barbara WOOTTON en una conferencia ofrecida en 1961, HART articula lo que denomina «un importante principio general»:

La sociedad humana es una sociedad de personas, y las personas no se ven a sí mismas o a los otros meramente como otros tantos cuerpos moviéndose en formas que, en ocasiones, resultan dañinas y deben ser impedidas o alteradas. En lugar de ello, las personas interpretan los movimientos de cada uno como manifestaciones de intenciones y elecciones, y estos factores subjetivos son a menudo más importantes para sus relaciones sociales que

<sup>1</sup> Sobre leyes autorreferentes, véase HART, 1983: 15-16, 170-178.

<sup>2</sup> Véase, recientemente, FINNIS, 2004.

<sup>3</sup> Supe lo que quiso decir porque un paquete de cereal australiano en la década de 1950 tenía la misma característica, solo que no con un cuáquero sino con un sapo.

<sup>4</sup> HUXLEY, 1928: 294.

<sup>5</sup> Véase mi recensión de *Punishment & Responsibility* (FINNIS, 1968). La palabra «escepticismo» aparece prácticamente en todos estos ensayos.

los movimientos a través de los cuales ellos se manifiestan o los efectos que producen (HART, 1968: 182).

Estas referencias a la intención y elección complementan y se corresponden con lo que *El concepto de derecho*, publicado en el mismo año, dice sobre la

dimensión íntegra de la vida social de aquellos [que] ven [la luz roja del semáforo] [no como un mero signo de que los otros se detendrán, sino] como una *señal para* que se detengan y, por ello, una razón para detenerse de conformidad con las reglas que hacen que el detenerse cuando se enciende la luz roja sea una pauta de conducta y una obligación (HART, 1994: 89) [HART, 1963: 112].

Aquí HART resalta *señal para*, y luego en la misma página resalta su equivalente, «razón para». «Razón» se encuentra más resaltado que cualquier otro sustantivo en el libro (HART, 1994: 11, 55, 90, 105, 194) [HART, 1963: 13, 70, 113, 131, 240], y significa razones prácticas, el elemento proposicional en los pensamientos de la forma apropiada para guiar la deliberación y la eventual (posible) acción. El primero y el cuarto de los cinco resaltados de «razón» son para formular el argumento que HART estaba tan ansioso, en verdad impaciente, por presentar, incluso mientras desarrollaba los tres «problemas recurrentes» del derecho —el argumento que constituye su respuesta a los escepticismos «realistas» que reducen el derecho a predicciones. El «realismo» escéptico es una teoría jurídica pobre porque nos impide ver el hecho de que «el juez al castigar toma a la regla como su *guía* y a la transgresión de la regla como su *razón y justificación* para castigar al transgresor». Un «enunciado del juez de que una regla es válida es un enunciado interno..., y no constituye una profecía de su decisión, sino una parte de la *razón* de su decisión» (HART, 1994: 11, 105) [HART, 1963: 13, 131]. Veinte años después, para la época de *Essays on BENTHAM*, HART había replanteado su teoría de la autoridad y del derecho para enfatizar aún más el carácter central que tienen en ella las razones para la acción (razones excluyentes e independientes del contenido).

... una razón jurídica dotada de autoridad ... es un factor (que en sistemas jurídicos simples puede incluir el dictado de una orden) reconocido al menos en las prácticas de los tribunales, en lo que denomino su regla o reglas de reconocimiento, como constitutivo de una razón para actuar y decidir [, una razón] de un tipo especial. Razones de este tipo ... constituyen guías jurídicas para la acción y pautas jurídicas de evaluación<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> HART, 1982: 13. HART utiliza aquí «evaluación» en un sentido mucho más amplio que el de «enunciados de valor» cuando contrasta a éstos últimos con los «enunciados de validez», en HART, 1994: 108 [HART, 1963: 134] (véase *infra* el texto y la nota 25).

Ahora, razones de este tipo, *como* las que se articulan en órdenes o *como* las que se manifiestan verbal o no verbalmente en la práctica de los tribunales, son hechos históricos. Como otros hechos históricos acerca de pensamientos, decisiones y acciones, ellos pueden —y a menudo deben— ser comprendidas acabadamente, sin ser respaldadas o aprobadas, condenadas o desaprobadas: simplemente han de ser comprendidas y descritas fielmente. Adulterar nuestra comprensión de las evaluaciones de los demás (o de nuestras propias evaluaciones pasadas) con nuestras evaluaciones presentes sería una verdadera necesidad para el general, el abogado, el detective, el perito (juez de los hechos) o el historiador. No debe haber aquí ninguna cuestión de «caridad interpretativa» o de «hacer de algo lo mejor en su género», y mucho menos lo mejor moralmente<sup>7</sup>. Como dice HART en su *Postscript* póstumo, «la descripción puede todavía ser descripción, incluso cuando lo que se describe es una evaluación» (HART, 1994: 244). Desde luego, tomarse el trabajo de investigar y describir *esta* evaluación de *esta* persona o grupo, de entre todo el farrago de hechos disponibles para investigar y describir, presupone una evaluación por parte del investigador, por no hablar de la audiencia<sup>8</sup>. Pero esa evaluación presupuesta sigue siendo externa respecto del pensamiento evaluativo —el concepto, la acción o práctica— descrito. De manera que la descripción puede, y para muchos propósitos debe, ser libre de valores aun cuando describe los valores y las consiguientes acciones de las personas —de los otros o de uno mismo cuando da cuenta de sus propias creencias y conducta.

Pero HART fue más allá, tanto en el *Postscript* como antes de él. Como lo expresa en el *Postscript*:

... el teórico descriptivo del derecho debe *comprender* lo que es adoptar el punto de vista interno, y en ese sentido limitado debe ser capaz de ponerse a sí mismo en el lugar del participante; pero esto no equivale a aceptar el derecho o a compartir o respaldar el punto de vista interno del participante, o de cualquier otra forma claudicar respecto de su posición descriptiva (HART, 1994: 242).

Aquí ha habido un cambio al que HART nunca parece haber prestado atención, y quizá habría simplemente negado que se tratase de un cambio, de la descripción que es la especialidad del detective, el perito, el traductor o el historiador, a lo que HART denomina una «teoría general descriptiva»

<sup>7</sup> Todo esto me ha resultado claro desde que leí *Autobiography* de R. G. COLLINGWOOD (1939) a comienzos o mediados de la década de 1950. Véase TWINING, 1998: 603.

<sup>8</sup> «Son los juicios de valor del historiador los que seleccionan, de entre el infinito farrago de cosas que han sucedido, aquellas sobre las que vale la pena reflexionar» (COLLINGWOOD, 1999: 217). La versión de WEBER de este pensamiento es más conocida.

(HART, 1994: 239-240). Este cambio es tanto real como importante. No voy a tratarlo en este trabajo: es el cometido del capítulo 1 de mi libro *Natural Law and Natural Rights* y de un buen número de artículos míos recientes (FINNIS, 2003: 115-125; FINNIS, 2007 § 5). Nuestra aspiración como teórico del derecho y de los sistemas jurídicos consiste en identificar y afirmar proposiciones *generales* y justificadas acerca de una práctica o institución humana configurada en su totalidad por el pensamiento. El desarrollo de una teoría general requiere que seleccionemos de entre todos los particulares y muy diversos vocabularios y conceptos que han sido empleados en la vida social tanto para configurar como para describir las diversas prácticas o instituciones que, como teórico, uno juzga precisas, reveladoras y fructíferas desde el punto de vista teórico para denominar y tratar como instancias de (digamos) el derecho o el sistema jurídico. Este juicio teórico no queda determinado por los conceptos o criterios articulados y/o usados por aquellos cuyos pensamientos o prácticas son de ese modo denominadas y tratadas —tomándolas una a una, o tomando todo el conjunto desordenado de ellas—. Es un juicio que exige al teórico seleccionar y adoptar su propio concepto y criterios, y hacerlo en virtud de razones, tal como lo hace HART cuando desarrolla su teoría del derecho en *El concepto de derecho*<sup>9</sup>. Lo que nos ofrece en ese libro es un *nuevo y mejorado concepto* de derecho, que se corresponde estrechamente con el concepto de derecho ya empleado en las sociedades que él consideraba razonablemente organizadas y razonable y críticamente conscientes de sí mismas. Pero incluso en relación con los conceptos ampliamente empleados en tales sociedades, el concepto de derecho de HART «adicionó valor», esto es, suministró una comprensión mejorada del grupo de características que identifica como la idea central y la realidad del derecho, y de por qué esas características pueden muy bien agruparse

<sup>9</sup> En observaciones publicadas en 1983, HART acepta, como parte de su corrección de lo que había llegado a considerar errores de su «temprana invocación de la filosofía del lenguaje en la teoría jurídica» (HART, 1983: 5), que «los métodos de la filosofía del lenguaje, que son neutrales respecto de los principios morales y políticos y guardan silencio respecto de los diferentes puntos de vista que pueden dotar de significado a una característica más que a otra de los fenómenos jurídicos», eran, precisamente en virtud de esa neutralidad e indiferencia a la no-neutralidad, inadecuados para resolver o aclarar las controversias que surgen, como muchos de los problemas centrales de la filosofía jurídica, de la divergencia entre conceptos parcialmente superpuestos, que reflejan una divergencia entre puntos de vista básicos, valores o teoría presupuesta ... Lo que se requiere para tales casos es, en primer lugar, la identificación de los puntos de vista conflictivos latentes que condujeron a la elección o formación de conceptos divergentes y, en segundo lugar, una argumentación razonada dirigida a comprender los méritos de las teorías en conflicto, [o] de los conceptos divergentes o de las reglas» (HART, 1983: 6).

Aunque no resulta enteramente claro hasta qué punto este pasaje se refiere a los conceptos del derecho mismo (la naturaleza del derecho), en él claramente se acepta la realidad —y la necesidad— de seleccionar conceptos para su uso en una teoría general de una cierta materia, ejemplificada en diversas formas en razón de los diversos conceptos (ideas) de las personas o grupos en cuya vida esa (clase de) materia(s) se ejemplifica.

conjuntamente —una comprensión de las funciones sociales a las que esa clase de agrupamiento sirve y promueve, al remediar defectos y brindar facilidades para el desarrollo de los propósitos humanos.

Hasta qué punto la explicación descriptiva del derecho de HART depende en cuanto a su poder explicativo de presuposiciones acerca de lo bueno y lo malo en los asuntos humanos, es algo que permaneció oculto para HART hasta cierto punto debido, me parece, a ciertas suposiciones que hizo o tesis que sostuvo sobre los *conceptos*. En el cuaderno que parece registrar la génesis de partes clave de *El concepto de derecho*, la palabra «Concepto» aparece un cierto número de veces en mayúscula<sup>10</sup>. Era como si, en estos pensamientos preparatorios, la investigación o identificación de un Concepto de algún modo elevara la propia comprensión, explicación o teoría por sobre una investigación acerca de lo que cierta gente o grupos en concreto (o cualquier selección de ellos basada en una mera frecuencia estadística) haya querido o intentado significar, por sobre sus concepciones de lo que es importante promover como deseable (bueno) y evitar como indeseable (malo), y por sobre los propios juicios «pre-teóricos» del teórico acerca de lo importante y lo deseable (bueno o malo), hacia una dimensión de esencias o formas atemporales —verdaderamente generales— disponibles de algún modo para ser adoptadas a través de la inspección, de una percepción neutral, libre de valores y «teórica». Esto, creo, no está afirmado en ninguna parte de *El concepto de derecho*; y si está implicado, como creo lo está (no solo en el cuaderno y el título del libro), puede y debe ser considerado como un mito filosófico, una ilusión. Al respecto, pienso que las ideas de HART acerca del método de la teoría jurídica se remontan a la posición que sostuvo en 1953: que «las cuestiones fundamentales de la filosofía jurídica» son aquellas «que discuten y reflexionan» los estudiantes inteligentes de (y seguramente porque son cuestiones que se plantean y discuten en) la *República* de PLATÓN y la *Ética a Nicómaco* de ARISTÓTELES (HART, 1953: 357). HART sabía lo que decía: en 1951 dio clases sobre la teoría ética y política de PLATÓN, en la que —al igual que en ARISTÓTELES— todo lo que se dice o infiere sobre los conceptos, la naturaleza o la esencia del gobierno, las constituciones, el derecho, etcétera, es controlado por la respectiva teoría filosófica *normativa* moral y política del autor. Como lo dejan en claro PLATÓN y ARISTÓTELES, los juicios del teórico de que ciertas concepciones de la comunidad política, las constituciones y el derecho deben tener primacía en la descripción teórica, y los fuertes funda-

<sup>10</sup> Para un ejemplo («el Concepto de derecho») véase la transcripción de un importante pasaje del cuaderno de la década de 1950 en LACEY, 2004: 22. Compárese la explicación en ese pasaje de cómo identificar «un sistema jurídico *estándar* ... sin una descripción *prejuiciosa*» con la nota manuscrita de finales de 1985 en LACEY, 2004: 351, y con el pasaje similar publicado en 1983 y citado arriba en la nota 9.

mentos axiológicos (axiológicos morales) que PLATÓN y ARISTÓTELES sostienen a favor de esos juicios, de ningún modo obstaculizan las descripciones del teórico de otras concepciones de la política, el gobierno y el derecho. En particular, esos filósofos de las cuestiones humanas pueden suministrar, y de hecho suministran, explicaciones cuidadosas y reveladoras de las clases y concepciones defectuosas e inferiores de la política, el gobierno y el derecho que tan a menudo se expresaban o manifestaban, pese a su inferioridad normativa (a veces, manifiesta inmoralidad), en la vida e historia de los grupos humanos disponibles en su época para el estudio empírico.

## 2

En lugar de proseguir por ese transitado sendero, quiero dedicarme en este artículo a otra cuestión que surge del interés de HART en el punto de vista interno y, por consiguiente, en el carácter del derecho como una clase o familia de razón(es) para la acción. La cuestión es ésta: aun cuando su enfoque en *El concepto de derecho* se ve mejorado por la adopción de algo equivalente al concepto de la perspectiva profesional no comprometida de RAZ, que no es ni externa ni interna en los sentidos centrales de tales términos, ¿en qué medida el enfoque de HART nos permite comprender ese tipo de punto de vista y ese tipo de razón para la acción? Las cuestiones que quiero explorar no son precisamente las que Neil MACCORMICK abordara en el apéndice de *Legal Reasoning and Legal Theory*, donde elimina la ambigüedad de lo que llama elementos cognitivos y volitivos que conviven en la relativamente indiferenciada «actitud interna» de HART (MACCORMICK, 1978). Pero, no obstante temer que exista alguna implicación humeana en su distinción entre cognición y volición, doy por sentadas y acepto las muchas aclaraciones que nos ha proporcionado MACCORMICK allí y en el capítulo 3 de *H.L.A. Hart* para comprender lo que HART intentaba expresar a través de su simplificada distinción entre los puntos de vista «interno» y «externo»<sup>11</sup>.

En enero de 1958, Stuart HAMPSHIRE y HART publicaron en *Mind* el artículo «Decision, Intention and Certainty». Pese a que el nombre de HAMPSHIRE aparece primero, quizás por el orden alfabético, es seguro que el argumento del artículo es enteramente de HART: mientras se encontraba en Harvard en el año académico anterior no solo había trabajado en el artículo sino que también expuesto en un seminario de filosofía sobre «Saber lo que estás haciendo», que es el tema y la tesis del artículo (LACEY, 2004: 187, 190). Esa

---

<sup>11</sup> Para mis propias aclaraciones parcialmente coincidentes, en las que recurro al igual que MACCORMICK al trabajo de RAZ, véase FINNIS, 1980: 233-237.

tesis es la siguiente: se tiene el conocimiento y la certeza de lo que uno está haciendo, de las propias acciones voluntarias, que no es el conocimiento de un observador, y que no se basa, como el del observador/espectador, en evidencia empírica o en la observación de sus propios movimientos (de la persona que actúa) movimientos: es un conocimiento *práctico*<sup>12</sup>. Los enunciados en primera persona acerca de una acción tienen el mismo significado que los enunciados en tercera persona, pero como sucede con «muchos conceptos que involucran una referencia a estados de conciencia» existe una «asimetría entre los enunciados en primera y en tercera persona» acerca de acciones, que se corresponde con la diferencia radical que existe entre los «medios de verificación» de los respectivos enunciados, con el tipo de conocimiento que expresan (HAMPSHIRE y HART, 1958: 10). Por la misma razón, el artículo sostiene que existe una «conexión necesaria» entre tener la intención de hacer algo y la certeza acerca de lo que uno hará —certeza que no se basa en la reflexión y la inducción a partir de la evidencia de la propia experiencia (como podría ser el caso con el propio comportamiento más o menos involuntario), sino en que uno tiene razones para hacer lo que ha decidido hacer: «certeza práctica acerca de qué hacer» (HAMPSHIRE y HART, 1958: 1, 4, 5, 12).

Aunque en el artículo no aparecen ni «interno» ni ningún término emparentado, se ofrece en él un claro retrato y exploración de lo que en *El concepto de derecho* se calificará como la actitud o el punto de vista interno, tal como se sostiene, no en las reglas o en la acción guiada por reglas, sino en cualquier clase de acción voluntaria. El artículo explora otras verdades importantes para *El concepto de derecho*: la relevancia de distinguir esa perspectiva en primera persona de la perspectiva o punto de vista o «actitud» de cualquier observador o espectador (HAMPSHIRE y HART, 1958: 5), y la diferencia paralela entre establecer una intención —evidenciando así la aceptación de razones para la acción— y hacer una predicción de que uno actuará. El artículo es esclarecedor y sólido, por otra parte, en la mayor parte de lo que resalta sobre la realidad empírica del conocimiento práctico y la «libre voluntad», y sobre la conexión entre la libertad de decisión y tener razones para la acción (HAMPSHIRE y HART, 1958: 4-5). Pero tiene errores profundos y extendidos, que arrojan bastante luz sobre algunas de las características centrales de la filosofía jurídica contemporánea, características que se manifiestan y en parte fueron establecidas en *El concepto de derecho*.

En el preciso punto en el que HART y HAMPSHIRE nos ponen cara a cara frente a la realidad y la nota característica del propio conocimiento práctico

<sup>12</sup> HAMPSHIRE y HART, 1958: 1, 5, 6, 8-9. La tesis también puede encontrarse eminentemente en ANSCOMBE, 1957; pero, a diferencia de HAMPSHIRE y HART, ANSCOMBE avanza hacia un sólido examen del razonamiento práctico y su resultado: la intención.



de lo que uno intenta hacer o está haciendo, confunden ese conocimiento con la certeza; y lo que es peor, la certeza de la que hablan es predictiva. Más aún: dado que la *voluntad*, que culmina en la elección (lo que denominan decisión), es en realidad parte esencial de la *razón* (porque la voluntad es nuestra respuesta a lo que uno cree que son razones), no resulta sorprendente que, al haber confundido el conocimiento práctico con la certeza predictiva, hagan que la elección de la persona que actúa consista en (esté «constituida» por) «adquirir la certeza» de «lo que se hará» (HAMPSHIRE y HART, 1958: 3, 2). Justo cuando anuncian que la razón puede ser tanto práctica como descriptiva/predictiva, disuelven su carácter práctico en lo descriptivo/predictivo. La propia decisión, como la propia intención consecuyente (y, por ello, desde luego, la disposición que uno tiene para actuar y la propia acción), es separada de las razones que preceden a la decisión/elección y, en un sentido inexplorado, resultan en ella<sup>13</sup>.

Aunque es verdad que, como subrayan los autores (HAMPSHIRE y HART, 1958: 2), alguien que no haya aún decidido entre dos o más cursos de acción debe estar en duda sobre lo que hará, es falaz concluir, como lo hacen, que decidir consista en la adquisición de certeza acerca de lo que uno hará. De hecho, ni siquiera es cierto que mi decisión de hacer *phi* implique, tal como ellos afirman, que estoy «seguro de que haré esto, a menos que de algún modo me lo impidan». Porque sé que puedo cambiar de opinión, revertir mi decisión, hacer una elección contraria. HART y HAMPSHIRE, sin señalar el cambio, más tarde reconocen esto diciendo que una vez que tomé mi decisión, lo cual ocurre cuando «toda incertidumbre acerca de [lo que haré] ha sido removida de [mi] mente, se dirá que tengo intención de hacer lo que sea que [haya] decidido hacer, a menos que [caiga] en la incertidumbre otra vez, como resultado de razones adicionales que se sugieran, o hasta que definitivamente [cambie] mi opinión» (HAMPSHIRE y HART, 1958: 3). Pero ni la condicionalidad de las intenciones condicionales (FINNIS, 1994) ni la permanente y significativa posibilidad de un cambio de opinión (reversión de la decisión) es aclarada o siquiera discutida por HART y HAMPSHIRE<sup>14</sup>. Los autores se quedan afirmando y negando a la

<sup>13</sup> HAMPSHIRE y HART, 1958: 3: «La certeza [del agente acerca de lo que hará] aparece en el momento de la decisión, y de hecho constituye la decisión, cuando se alcanza la certeza ... como resultado de considerar razones, y no como resultado de considerar evidencias ... Cuando él ha tomado su decisión, *esto es*, cuando, luego de considerar razones, toda incertidumbre acerca de lo que está por hacer ha sido removida de su mente, se dirá que tiene la intención de hacer lo que sea que haya decidido hacer...».

<sup>14</sup> Acertadamente se plantean la objeción de que, puesto que «decidir» y «cambiar de idea» representan un acto, algo que yo *hago*, «decidir no puede caracterizarse de manera adecuada simplemente como adquirir certeza de la propia acción voluntaria futura luego de considerar razones, y sin considerar evidencia». Pero su respuesta se limita a afirmar que no es claro lo que aquí significa «hacer», y nunca afrontan la objeción central.

vez que decidir y tener intención es hacer una predicción (adquirir certeza) acerca de lo que uno hará.

La verdad es que elegir, formarse una intención definitiva, no consiste en responder a la pregunta indicativa en tiempo futuro «¿Qué haré?», sino a la pregunta *práctica* en gerundio optativo «¿Qué he de hacer?», «¿Qué debería hacer en estas u otras circunstancias futuras más o menos específicas?», «¿Qué debe hacerse [*faciendum, agendum*]»? Ello es compatible con la incertidumbre acerca de los méritos de la opción escogida y, en ese sentido, compatible con la incertidumbre acerca de *qué hacer*. Porque la elección entre opciones alternativas, en el sentido central de «elección» (*electio*, seleccionar y resolver) solo es realmente necesaria cuando (hasta donde pueda ver quien elige) las razones a favor de una opción no se encuentran satisfechas totalmente, o se encuentran igualmente satisfechas por la(s) otra(s) opción(es) en todas las dimensiones de lo inteligiblemente bueno (FINNIS, 1992: 146-147; FINNIS, 1997: 219-220). Elegir es también compatible con la incertidumbre respecto de lo que uno hará, puesto que —especialmente cuando llevar a cabo la intención está condicionado por circunstancias futuras contingentes— uno puede ser razonablemente consciente de la posibilidad de que en algún momento previo se encontrará una razón para revertir la elección (quizá incluso razones que se consideraron cuando se tomó la decisión original). HART y HAMPSHIRE estaban en lo cierto al señalar la certeza que se puede tener, y que normalmente se tiene, acerca de lo que uno está haciendo, pero equivocados al extrapolarlo a la certeza acerca de la futura satisfacción de las propias intenciones. Su error los conduce a una autocontradicción sustancial acerca del carácter pretendidamente predictivo de los enunciados de intención, y al reconocimiento tardío e inarticulado de los cambios de posición/idea.

Tampoco explican adecuadamente la certeza respecto de lo que uno está haciendo. Uno sabe lo que está haciendo, yo diría, porque el estar haciéndolo (en el caso de acciones completamente voluntarias) constituye la *ejecución* de la propuesta/plan que uno adoptó en su elección/opción. Un plan es una estructura racional, en el pensamiento, de fines y medios. Como ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO esclarecieron brillantemente, cada fin excepto el último (en relación con un comportamiento en particular) es también un medio para un fin ulterior, y cada medio, excepto el esfuerzo involucrado en el comportamiento mismo, también representa un fin relativo al medio siguiente más próximo a ese esfuerzo<sup>15</sup>. Por otra parte, en la deliberación que determina las propuestas alternativas entre las cuales elegir, los fines y medios aparecen proposicionalmente como razones para los respectivos cursos de acción

<sup>15</sup> Sobre su interpretación de los medios como fines anidados, véase por ejemplo FINNIS, 1991; FINNIS, 1998: 58-71, especialmente página 64, nota 20.

previstos en las propuestas rivales. Cada razón expresa un supuesto beneficio, un supuesto bien inteligible, prometido (¡no garantizado!) por el curso de acción propuesto respaldado por esa razón. Dentro de cada propuesta que uno determina para sí al deliberar, cada medio (y, por lo tanto, virtualmente cada fin) es transparente respecto del fin que le da sentido. De manera que también cuando uno ha escogido una propuesta prefiriéndola por sobre otra(s), las razones que favorecen esa propuesta y ese curso de acción permanecen en juego, brindando una razón para que uno ejecute la acción elegida, ya sea ahora o cuando se presenten las circunstancias apropiadas. La expresión proposicional de esto no es «Estoy seguro que *esto* es lo que haré», como lo hacen HART y HAMPSHIRE, sino el *imperium* de TOMAS DE AQUINO «*Esto* es lo que se supone he de hacer — lo que debo estar haciendo» (no necesariamente un «debo» moral) —, la directiva (*imperium*, mandato) desde uno mismo como elector racional con autodeterminación hacia uno mismo como agente racional<sup>16</sup>, para hacer lo que corresponda para alcanzar los beneficios inteligibles con un ojo puesto en cual escoger (adoptada la propuesta que uno hizo), beneficios que uno creyó y cree asequibles por o a través de esa conducta (asequible si los propios medios prueban tener la eficacia que se previó para ellos en el propio plan/propuesta).

Debido a la presión de malentendidos hobbesianos, humeanos y kantianos acerca del razonamiento práctico, la elección y (consecuentemente) la acción, todo esto fue muy descuidado en el período en que HART estaba dirigiendo su atención filosófica hacia la relación entre razón y acción, y hacia el modo correspondiente en que el comportamiento deviene inteligible cuando es comprendido como lo es por la persona que actúa, es decir, «desde el punto de vista interno». Pero así como el papel de las razones, aunque constantemente resaltado, permanece esencialmente sin analizar e incompletamente integrado en el tratamiento que HART y HAMPSHIRE ofrecen de la intención y del conocimiento práctico, también su papel, aunque igualmente resaltado constantemente, permanece analizado e integrado de forma incompleta en *El concepto de derecho* e incluso, creo, en su posterior trabajo centrado específicamente en las razones para la acción excluyentes independientes del contenido.

---

<sup>16</sup> Sobre la importante y desatendida realidad del *imperium* en la elección personal y la acción, véase FINNIS, 1980: 338-340. HART, conversando conmigo (nuevamente en el salón de té), una vez se burló levemente de mi explicación porque estaría remplazando las teorías del «empuje» respecto de la motivación (y la obligación) por una teoría del «tirón». Pero para comprender la razón práctica y la voluntad (que se encuentra *en* ella, *in ratione*), debemos en último análisis tratar como engañosas todas las metáforas tomadas prestadas de la motivación subracional, ni que decir de las formas subhumanas de movimiento. El carácter directivo de las razones, tanto en las razones teóricas como prácticas, es *sui generis*, de modo que, consiguientemente, también lo es la voluntad, la propia sensibilidad a razones (bienes inteligibles).

Considérese la explicación canónica o definición de HART de la actitud interna. Como descansa sobre reglas, es la actitud de quienes «aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta y la de las otras personas en términos de las reglas»<sup>17</sup>. Y, afirma HART, «la aceptación de las reglas como pautas comunes para el grupo debe ser separada de la cuestión *relativamente pasiva* de la ordinaria aquiescencia individual frente a las reglas, donde quien obedece lo hace solo por su cuenta» (HART, 1994: 117, la cursiva es mía) [HART, 1963: 146].

Lo que debería llamar nuestra atención, no obstante, es el carácter relativamente pasivo incluso de la actitud interna de los funcionarios tal como es caracterizada por HART. Es verdad que ellos aceptan las reglas no simplemente como pautas comúnmente aceptados sino como pautas comunes *para sí mismos y los demás*<sup>18</sup>; usan las reglas para evaluar la conducta propia y la de los demás. Pero en la explicación de HART ellos a lo sumo cooperan en *mantener* las reglas que el análisis de HART trata como si estuvieran allí afuera, disponibles para su aceptación y mantenimiento. Lo que es llamativo es el contraste entre esto y la teoría del derecho clásica que considera central y primordial el *dictado* de reglas jurídicas, y que considera —correctamente, creo— que su modo de existencia epistemológica y ontológicamente primordial es como una propuesta adoptada por elección/decisión

<sup>17</sup> HART, 1994: 91; véase también 90, 98, 102, 109-110, 115, 116, 201 [HART, 1963: 113; 112, 122, 128, 136-137, 143, 144, 248].

<sup>18</sup> MACCORMICK, 1978: 34-35, comienza su explicación del «caso más fuerte» de aceptación de una regla, la «aceptación voluntaria», del siguiente modo: «Uno no tiene meramente una preferencia por observar el «patrón», sino que uno lo prefiere por constituir una regla *que uno supone está respaldada por una preferencia compartida o común* entre aquellos a quienes se la considera aplicable» (la cursiva es mía). Más adelante, en la página 41, ajusta esto para afirmar lo más importante: «el elemento de «preferencia» involucrado en el «punto de vista interno» tiende a ser condicional: la preferencia de que *todos adhieran a un patrón dado de acción* puede estar condicionada a que el patrón sea y continúe siendo respaldado por preferencias comunes o convergentes entre todos o casi todos los partícipes de la actividad contemplada» (énfasis añadido). Este justificado ajuste es profundizado en la página 43: «Donde hay aceptación común de ciertas pautas que se conciben como pautas compartidas o convencionales, quienes las aceptan pertenecen a un «grupo», pero igualmente «desde el punto de vista interno» *de esos aceptantes* lo hacen todos aquellos a cuya conducta se considera que las pautas se aplican, y comúnmente ello a su vez depende de que los seres humanos posean cierta característica que no es necesariamente una característica adquirida en forma voluntaria. En consecuencia, la concepción crucial de «grupo» de HART no parece ser previa a su concepción de regla o definible de forma independiente de ella». Esto es esclarecedor, pese a que el «en consecuencia» final no es del todo claro para mí, dado que los miembros de un grupo de la clase en la que el caso central de derecho se ejemplifica son característicamente capaces de identificar a su grupo (nación) incluso cuando una buena cantidad de reglas, incluyendo al menos algunas de las reglas de reconocimiento anteriores del grupo, han fracasado.

de su creador; adoptada, esto es, como una clase de plan de conducta para la comunidad y sus miembros y autoridades. Una vez que han sido creadas, promulgadas, por supuesto que las reglas deben ser mantenidas. Pero este mantenimiento debe ser entendido como una forma de (re)novación de la creación. Esa interpretación está en línea con la definición de ARISTÓTELES del ciudadano como aquel que tiene derecho a compartir, y de hecho comparte, el gobierno de la comunidad política. La noción de HART de aceptación de las reglas como pautas comunes para uno mismo y para *los demás* es lo máximo que el núcleo de su teoría jurídica logra acercarse a la clásica noción de la existencia del derecho: como una forma de extender las actividades de creación jurídica de los gobernantes, a través de una suerte de nueva promulgación interior, persona por persona, de la adopción decisiva por parte del gobernante o gobernantes de sus propias propuestas legislativas o de otras formas de creación jurídica<sup>19</sup>.

Como los clásicos nos lo recuerdan constantemente, una ley puede por cierto ser un exabrupto de malevolencia escasamente articulado contra una minoría (o incluso contra una quizás manipulable mayoría), un decreto emitido por el o los gobernante/s terrorista/s a un grupo de secuaces, funcionarios y jueces «del pueblo», y comunicada por esos funcionarios a los súbditos solo en forma fragmentaria y deliberadamente confusa, quizás

<sup>19</sup> FINNIS, 1998: 254-256: «TOMÁS DE AQUINO propone y argumenta a favor de una definición de derecho: el dictado de la razón para el bien común de una comunidad [íntegra], promulgada por la persona o cuerpo responsable de velar por la comunidad. Pero al suplementar y explicar esa definición, TOMÁS DE AQUINO subraya inmediatamente que el derecho —una ley— es “simplemente una clase de prescripción {dictamen} de la razón práctica *en el gobernante* que rige una comunidad íntegra”, y que las “prescripciones” son simplemente proposiciones universales de la razón práctica que prescriben y dirigen la acción. Sus explicaciones también agregan que el gobierno (el gobernar) a través del derecho significa, de manera igualmente concreta, que estas proposiciones prácticas concebidas en las mentes de los responsables de gobernar deben ser aceptadas por los gobernados, y adoptadas en sus propias mentes como razones para actuar. El asentimiento puede haber sido inducido solo por temor a las sanciones, aunque ese asentimiento no voluntario (reticente) no puede constituir el caso central de cooperación en el gobierno a través del derecho ... el punto aquí es simplemente que el derecho necesita estar presente en las mentes no solo de quienes lo hacen sino también de aquellos a quienes se dirige —presente si no actualmente, al menos habitualmente—, tal como las leyes de tránsito están en las mentes de los conductores cuidadosos que las cumplen sin pensar realmente en ellas. Los súbditos del derecho concuerdan (voluntaria o involuntariamente) al menos en las conclusiones del razonamiento práctico de los gobernantes y en el plan que estos últimos proponen (de forma razonable y sincera o no razonable y falsa) promover y/o proteger el bien común. Porque así como la elección de un individuo es seguida y puesta en vigor por la directiva {*imperium*} de la razón de ese individuo, de la misma manera la elección de una legislatura o de otro gobernante de un plan para el bien común se pone en vigor a través de los ciudadanos que toman a la directiva del derecho {*imperium; ordinatio*} como si estuvieran poniendo en práctica su propia elección. El caso central de gobierno es el gobierno de gente libre, y el caso central de derecho es la coordinación de súbditos voluntarios por el derecho, el cual debido a su carácter enteramente público (promulgación), su claridad, su generalidad, su estabilidad y su carácter práctico, los trata como copartícipes en la razón pública» (notas, citas y remisiones omitidas).

para inducir a un rebaño voluntariamente hacia el matadero. Pero no serviría a propósito teórico alguno considerar *tales* decretos y formas de gobierno como representativas de leyes y del gobierno a través del derecho cuando nos preguntamos por qué tiene sentido transitar de la forma «pre-jurídica» de gobierno de HART a lo que él llama el caso central de derecho y de sistema jurídico, o cuando se reflexiona sobre lo que se perdería al transitar del derecho a una sociedad post-jurídica marxista, o cuando se considera el sentido y valor de los principios «que los juristas llaman principios de legalidad» (HART, 1994: 207) [HART, 1963: 255], o se participa del debate milenarista acerca de las ventajas respectivas del gobierno de las leyes o el gobierno de los hombres no sujetos a leyes.

Pero dejemos eso a un lado. Después de todo, todos saben que ha habido y hay — se trata de una cuestión de hecho — reglas establecidas como leyes, y descritas por los legisladores y súbditos por igual como derecho, que fueron y son profundamente irrazonables, injustas, inmorales; puede suceder que algunas de ellas ni siquiera pretendan ser razonables, justas o moralmente decentes. Ese hecho no tiene en modo alguno el significado teórico que HART pensó que tenía. Como cuestión de *hecho*, no existe una conexión necesaria entre argumentos y lógica o la validez como argumentación; argumentos sin valor alguno como argumentos — como *razones* para una conclusión — pueden encontrarse en todas partes. Como cuestión de *razón*, un argumento inválido no es un argumento. Nuevamente: como cuestión de *hecho*, no existe una conexión necesaria entre las medicinas y el sanar; innumerables medicinas no sanan y muchas de ellas no hacen otra cosa que dañar la salud. Como cuestión de *razón*, esas medicinas nocivas no son medicinas, y no se hace referencia a ellas en las discusiones acerca de si existe una buena razón para idear medicamentos y ponerlos a disposición de la gente. Así también, como cuestión de *hecho* no existe una conexión necesaria entre derecho y razonabilidad, justicia o moral; las leyes irrazonables o injustas abundan, tal como la teoría del derecho natural insiste en señalarlo desde los primeros tiempos hasta hoy. Como cuestión de *razón* práctica, las leyes y los sistemas jurídicos irrazonables (y, por ende, injustos e inmorales) no constituyen aquello que se busca comprender cuando se indaga sobre las razones que tenemos para crear y mantener el derecho y los sistemas jurídicos, y sobre qué rasgos son esenciales para que el derecho y los sistemas jurídicos sean aceptables — dignos de aceptación — y con derecho a la obediencia o conformidad de la gente razonable. (Por supuesto, el estudio de los argumentos como razones incluirá un estudio de los argumentos falaces, el estudio de la farmacología incluirá el estudio de las malas medicinas, y un estudio del derecho, la validez y el estado de derecho incluirá un estudio subordinado de las formas en que las malas leyes y el abuso del derecho y de las instituciones jurídicas por parte de las autoridades corrompe al dere-

cho, a la validez y al estado de derecho y necesita ser protegido por leyes e instituciones jurídicas diseñadas para ese propósito).

Bajo esa luz, podemos apreciar que las leyes y los legisladores ofrecen sistemáticamente a sus súbditos *al menos* cuatro razones diferentes para la conformidad<sup>20</sup>. (Ni qué decir que, como HART lo señalaba constantemente, las leyes, como cualquier otro hecho social, suministran ocasión para muchos otros tipos de motivación para hacer lo que el derecho exige hacer: conformismo y convencionalismo, ambición y cobardía, por nombrar algunos de los motivos a los que HART dio otros nombres)<sup>21</sup>. Cuando el derecho promulgado asigna definiciones y ya sea penas u otras consecuencias negativas a los *mala in se* (por ejemplo, la violación), invita a sus súbditos a considerar la abstención de estas clases de actos prohibidos como algo que resulta exigido por la misma razón práctica que el legislador juzgó inherentemente sensata y trató de refinar y reforzar, *así como* por las tres siguientes clases de razones. En segundo lugar, cuando estamos en la zona de los, en sentido amplio, *mala prohibita*, el derecho promulgado ofrece promover el bien común (incluyendo — como el bien común siempre lo hace — lo que la justicia exige como respeto adecuado por los derechos) prohibiendo o exigiendo cierta clase de actos que no se hallaba todavía, como tal — o siempre y en todas partes —, excluida o exigida por la razón práctica bien ejercida. En esta zona el derecho ofrece a sus súbditos la oportunidad de aceptarlo y cumplir con él, *a)* por la misma razón o razones suficientes, si bien con frecuencia no racionalmente concluyentes, dominantes o persuasivas que el/ los legislador/es decidieron efectivizar, prefiriéndolas sobre las razones en competencia, en virtud de algún esquema legislativo alternativo en competencia, y *b)* por las dos siguientes clases de razón.

En tercer lugar, en la misma zona de *mala prohibita* o leyes «puramente positivas», las reglas en la segunda de estas cuatro categorías también se ofrecen a aquellos súbditos que consideran insuficientes las razones a favor de la regla para garantizar su adopción por parte del legislador. Para tales sujetos subsiste, de todos modos, una clase de razón a menudo suficiente para aceptar la regla como pauta común para sí mismos y para otros en el mismo país, consistente en el hecho de que es una regla válida del sistema jurídico de ese país<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Discuto aquí únicamente normas/reglas que imponen obligaciones, y dejo de lado tanto *a)* las normas/reglas que confieren potestades como *b)* la cuestión de la obligación moral colateral (que no debe verse como un desafío al derecho positivo) que puede subsistir en algunas de las instancias de leyes tan injustas que su validez jurídica se encuentra privada de la vinculación moral que de otro modo, presumible y derrotablemente, tendría.

<sup>21</sup> Véase HART, 1994: 231, 203, 114 [HART, 1963: 285, 251, 142].

<sup>22</sup> Esto se explora con cierta profundidad en FINNIS, 1984 (cuyo análisis se defiende, contra la crítica de RAZ, en FINNIS, 1989).

En cuarto lugar, respecto de los *mala in se* y los *mala prohibita* por igual, el derecho, usual aunque no invariablemente, ofrece a sus súbditos, públicos o privados, la clase de razón que suministra la posibilidad (y lo indeseable) de tener que sufrir el castigo u otras penalidades o clases autorizadas de consecuencias negativas. Ese tipo de razones difiere considerablemente de las razones que posee el legislador para amenazar y (las razones ordinariamente diferentes) para imponer esas penalidades, y de las razones que tiene la gente susceptible a las tres primeras clases de razones para cumplir con la regla a la que se atribuye sanción. Porque, como lo señala HART en la más clara de sus más bien exiguas exploraciones del lugar del derecho en el flujo o entramado de razones prácticas,

Hacen falta «sanciones» ... no como motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecerían voluntariamente no serán sacrificados por quienes no lo harían. Sin ello, obedecer sería arriesgarse a ir al paredón. Dado ese peligro latente, lo que la razón reclama es cooperación *voluntaria* dentro de un sistema *coercitivo* (HART, 1994: 198) [HART, 1963: 244-245].

Este pasaje, aunque resulta revelador, no es muy claro porque va y viene, sin advertirlo, de un punto de vista a otro. La primera y la tercera oración asumen la perspectiva del legislador y del súbdito (ciudadano o residente extranjero amigable) que comparte la perspectiva del legislador; la primera oración también *alude a* la perspectiva de aquellos (que bien podrían ser la mayoría «normal») para quienes el motivo normal para obedecer *es* el temor a la sanción. La segunda oración del párrafo asume la perspectiva del súbdito como tal, contemplando la obediencia o desobediencia. La conclusión del pasaje, sobre lo que «la razón requiere», presupone —llamativa pero ineluctablemente— que el diseñador del sistema jurídico, y quienquiera que esté dispuesto a adoptar el punto de vista y propósitos del diseñador, vislumbra (tiene como un fin u objetivo) un sistema con un contenido (incluyendo formas y procedimientos) digno de la cooperación *voluntaria* de un súbdito *razonable*. HART aquí da por sentado que el derecho, el caso central de sistema jurídico que es el verdadero objeto de estudio de *El concepto de derecho*, es un plan prescrito racionalmente por los responsables de la comunidad para el bien común de sus miembros: *ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*<sup>23</sup>.

Adviértase que HART no especifica qué es lo malo en el «peligro» de que quienes cooperan voluntariamente terminen yendo «al paredón»; el pasaje adquiere gran parte de su fuerza de la plausible sugerencia de que sería en buena medida lo malo de la inequidad que se les infligiría (dado que la des-

<sup>23</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, 1-2, q. 90 a. 4c; véase FINNIS, 1998: 255-256.



obediencia de los que desprecian las leyes, por hipótesis, no sería penada). Es como en el pasaje anterior del libro (HART, 1994: 93-94) [HART, 1963: 116-117], que se refiere al «defecto» para el cual los tribunales y las reglas «secundarias» de adjudicación serían el remedio. Porque, pese a que HART lo denomina «ineficiencia», lo que hace que la ausencia de medios judiciales para resolver disputas sobre la violación de reglas sea un defecto es seguramente —en gran medida, si no predominantemente— la inequidad que conllevaría para la parte cuyo acto incorrecto ocasionó la disputa y/o para quien, siendo el más débil, se vería probablemente perjudicado si la controversia se concluyera a través de medios no judiciales. En cada uno de estos casos, la equidad a la que se apela, justo bajo la superficie del texto de HART, es esencialmente aquello que intenta aclarar en su explicación de la justicia como compensación por daños: el daño altera la «igualdad artificial» o el «equilibrio» establecido por las reglas morales (y, debió haber agregado HART, jurídicas) que ponen al débil e ingenuo en un mismo nivel (normativo) con el fuerte y astuto; la alteración es en sí misma inequitativa/injusta, y sería inequitativo/injusto dejarla sin rectificar mediante una compensación<sup>24</sup>.

Para comprender el legado de HART, no obstante, se necesita advertir que nunca invita a sus lectores a reflexionar sobre la relación —ni en *El concepto de derecho*, ni mucho menos en sus escritos en conjunto— entre lo que dice allí acerca de la justicia, lo que dice acerca de la razón, y lo que dice acerca del caso central de derecho y los «defectos» que éste «remedia» y las «facilidades» que suministra. Esta desatención de cuestiones relevantes es paralela a la negativa a plantear otros interrogantes. Cuando los jueces en el mundo de habla inglesa necesitaron de la ayuda de la teoría jurídica para responder al desafío jurídico que representan los *coups d'état* y las revoluciones, no pudieron encontrar nada esclarecedor en la teoría de HART de la(s) regla(s) de reconocimiento<sup>25</sup>. Porque pese a que HART explica esa regla «última» como la respuesta a una pregunta, a saber: la pregunta —que sigue adecuadamente la secuencia de investigaciones del abogado que busca la razón de validez de las ordenanzas y resoluciones ministeriales— de por qué un acto de promulgación del Parlamento es válido, la respuesta, a saber: que los tribunales y los funcionarios (si no también los particulares) *tienen la práctica de usar* la regla de que lo que el Parlamento promulga ha de

<sup>24</sup> HART, 1994: 164-165 [HART, 1963: 205]. HART debería haber recordado todo esto cuando analiza la justicia de la retribución como un fin general justificatorio del castigo, pero parece no haberlo hecho nunca; véase FINNIS, 1980: 262-264; FINNIS, 1998: 210-215.

<sup>25</sup> Por ello se volcaron, si bien en forma inadecuada e infructuosa, hacia Kelsen, cuya teoría general al menos intentó ofrecer una explicación jurídica de la fuente de la validez de una constitución existente, esto es, de la relación entre un sistema jurídico «momentáneo» y el sistema jurídico diacrónico en el que cada sistema momentáneo tiene su lugar. Véase FINNIS, 1973; EEKELAAR, 1973.

ser reconocido como derecho, es tratada por HART como un «alto en nuestras investigaciones» (HART, 1994: 107) [HART, 1963: 133]. Lo que tiene en mente es *no solo*, como dice razonablemente, un alto en las investigaciones que busquen más allá reglas promulgadas ulteriores, sino *también*, como en forma decepcionante da por sentado, un alto en las investigaciones que busquen otras razones *jurídicamente relevantes* para continuar, no continuar, o modificar la práctica en la que consiste la regla de reconocimiento. Cuando contemplamos, para su razonable aserción o negación, la proposición de que la regla (y el sistema basado en ella) es «digna de apoyo», hemos simplemente pasado, de acuerdo con HART, «de un enunciado de validez a uno de valor»<sup>26</sup>.

En el lenguaje del libro, esa es una forma de decir que nos hemos movido fuera de la teoría jurídica, fuera del derecho, fuera de lo jurídico, y no tenemos nada que ofrecer al juez que está preguntando, como juez, si, cuándo y cómo un *coup d'état* exitoso altera el derecho del país. Tampoco tenemos de hecho nada que decir a los jueces que, en tiempos por completo ordinarios, se preguntan por qué deberían continuar con su práctica de usar la(s) regla(s) de reconocimiento y los criterios de validez y argumentación jurídica corporizados en ella o señalados por ella. Porque la teoría jurídica del libro, su explicación del derecho y lo jurídico, no incluye un compromiso sistemático con el «valor» —solo incursiones episódicas en temas dispersos como la justicia, y luego el contenido mínimo de derecho natural para la «supervivencia», que no tienen una conexión articulada entre ellos o con la explicación de qué es lo que hace que el derecho sea derecho.

En síntesis, *El concepto de derecho, Essays on Bentham*, y las partes I-III y V de *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, desarrollan una teoría jurídica o teoría general del derecho que, tras identificar su propia dependencia descriptiva del punto de vista y la actitud interna (en los que las reglas son razones para la acción), deja esas razones en gran parte inexploradas, y se contenta en buena medida con informar el hecho de que la gente tiene una actitud que constituye el aspecto interno de su práctica. Pese a haber

<sup>26</sup> HART, 1994: 108 [HART, 1963: 134]. [Después de entregar este artículo, leí SIMMONDS, 2007, donde en las páginas 126-136 se desarrolla una valiosa crítica complementaria al corte de HART del «dominio de lo jurídico» (126). Hay muchos argumentos y reflexiones esclarecedores en el libro. No obstante, el autor se equivoca al decir (página 56, nota 28) que en la teoría del derecho desarrollada en los capítulos centrales de mi *Natural Law and Natural Rights*, el tratamiento del bien común como fundamental para la comprensión del derecho es «una consecuencia de» las tesis metodológicas que ofrecí en el capítulo I sobre la teoría general descriptiva. A pesar de que el capítulo I de mi libro considera a la teoría general del derecho con propósitos descriptivos como una empresa legítima (siempre que reconozca su dependencia de las evaluaciones internas de su método de selección de conceptos), los últimos capítulos sobre el derecho no tienen un propósito descriptivo, sino que tienen (por las razones que subrayé en FINNIS, 2003) tanto propósito como métodos normativos/evaluativos, y no dependen en absoluto del argumento del capítulo I].

ido más allá de la perspectiva del observador o espectador en materia de movimientos corporales y conductas de manera tan fructífera, se contenta formalmente con un *informe* de que los participantes tienen razones para sus conductas y su práctica. No busca comprender esas razones como razones que todos exigen que se comprendan —en la dimensión de corrección o incorrección, adecuación o inadecuación, verdad o error—. Para ser consistente con la abstinencia de comprometerse con esa dimensión —de los «enunciados de valor»—, el método de HART debería haberlo limitado a la observación de que la gente a menudo piensa que tiene razones, que mucha gente piensa o ha pensado que un conjunto pre-jurídico de reglas sociales es defectuoso, que piensa que las reglas secundarias son el remedio, y así sucesivamente. Pero el compromiso de su libro con sus lectores hubiera sido muy diferente. Y, dado que en modo alguno todos en todas partes tienen las mismas creencias acerca de las razones, la pregunta de por qué seleccionar para el informe *estas* supuestas razones en lugar de otras se hubiera vuelto ensordecedora, hubiera arruinado la fiesta.

## 4

Antes de pasar finalmente a la cuestión de por qué HART dejó así trunca su investigación sobre las razones jurídicas, debería decir algunas palabras acerca de lo que han hecho los sucesores de HART, en sus reflexiones sobre la naturaleza del derecho, con su legado. (Quizá la palabra «legado» en el título de este volumen no fue pensada en el sentido jurídico de lo que el testador decidió otorgar, quizá con defectos latentes de los que no era consciente —ese es el sentido que he asumido—, sino en el sentido más amplio de lo que sus sucesores hicieron con todo él). Algunos han sostenido (PJ1) que «en todo sistema jurídico, el que una cierta norma sea jurídicamente válida y, por ende, forme parte de ese sistema jurídico, depende de sus fuentes, no de sus méritos (donde sus méritos, en el sentido relevante, incluyen los méritos de sus fuentes)»<sup>27</sup>. Otros han sostenido (PJ2) que «determinar lo que es el derecho [en un cierto tiempo y lugar] no depende necesaria o conceptualmente de la moral u otras consideraciones evaluativas acerca de lo que el derecho debe ser en las circunstancias relevantes» (MARMOR, 2001: 71). La primera tesis (PJ1) parece ser la más fuerte: «nunca por referencia a sus méritos» es una afirmación más fuerte que «no necesariamente por referencia a sus méritos», y eso ayuda a explicar por qué John GARDNER, defensor de (PJ1), atribuye a esa tesis, y a su aproximación al derecho, «inercia

---

<sup>27</sup> GARDNER, 2001: 201. Esto parece ser prácticamente equivalente a la «tesis de las fuentes» de RAZ, a menudo denominada por otros «positivismo excluyente».

normativa global»<sup>28</sup>. Ésta se corresponde con la precisa distinción de HART entre «enunciados de validez» y «enunciados de valor». Pero en HART esa distinción parecía tener el propósito —y con mayor claridad tuvo el efecto— de restringir la teoría del derecho a dar cuenta de la validez basada en fuentes consistentes en hechos sociales, sin introducir ningún enunciado de valor<sup>29</sup>. En cambio, en la teoría jurídica de GARDNER, como en la versión similar de Leslie GREEN, así como también, a su manera, en la de Joseph RAZ<sup>30</sup>, se considera que la afirmación de esta tesis de las fuentes (PJ1) en modo alguno constituye «una teoría completa acerca de la naturaleza del derecho». Ellos afirman que (PJ1) es compatible «con cualquier número de tesis adicionales acerca de la naturaleza del derecho, incluyendo la tesis de que todo derecho válido está *por su naturaleza* sujeto a objetivos e imperativos morales especiales que *le son propios*» (GARDNER, 2001: 210, énfasis añadido), y también es compatible con la tesis de que «en ciertos contextos lo “jurídico” ... refiere un valor moral, consistente en que las leyes pueden ser más o menos válidas dependiendo de ... sus méritos», y con la tesis de que «se debe capturar este valor moral de lo jurídico ... a fin de contar toda la historia sobre la naturaleza del derecho»<sup>31</sup>. Así resulta claro que (PJ1) puede y debe formularse de manera más precisa, convirtiendo su cuantificador universal en uno existencial: (PJ') Hay un sentido «técnicamente restringido» e «intrasistémico» de «validez jurídica» tal que la validez en este sentido puede predicarse de una supuesta regla por referencia únicamente a fuentes basadas en hechos sociales, sin remitirse a lo que debe ser el derecho (o las

<sup>28</sup> *Ibid.*: 203; cf. mi comparación de su uso de esta frase y el de Brian LETER en FINNIS, 2003: 115-128.

<sup>29</sup> La adopción en el *Postscript* (HART, 1994: 250-254) del positivismo suave o incluyente no califica esta restricción de manera significativa, dado que lo que en ese enfoque habilita al jurista a contemplar criterios morales más allá de esas fuentes es una fuente basada en hechos sociales, y la teoría jurídica del tipo que HART emprende se limita, en virtud del propósito descriptivo que enfatiza en el *Postscript*, a informar sobre el hecho social de que las sociedades bajo estudio utilizan en este punto en el razonamiento jurídico las creencias morales relevantes que poseen y a las que están habilitados a remitirse.

<sup>30</sup> Considérese su distinción entre aplicar el derecho (limitado a fuentes basadas en hechos sociales) y el razonamiento judicial *de acuerdo con el derecho* (que en forma adecuada comprende razones morales y argumentos relativos al mantenimiento, desarrollo o enmienda del derecho): véase, por ejemplo, RAZ, 1993.

<sup>31</sup> GARDNER, 2001: 226. El párrafo final de GREEN, 2003 afirma en forma similar: «La argumentación evaluativa es, desde luego, fundamental para la filosofía del derecho de manera más general. Ningún filósofo del derecho puede ser *únicamente* un positivista jurídico. Una teoría completa del derecho exige también una explicación sobre qué clase de cosas podrían contar como méritos del derecho (¿el derecho debe ser eficiente o elegante, a la vez que justo?); sobre qué papel debe jugar el derecho en la adjudicación (¿las leyes válidas deben ser aplicadas siempre?); sobre qué pretensión tiene el derecho respecto de nuestra obediencia (¿hay algún deber de obedecer?); y también sobre las preguntas cruciales acerca de qué derechos deberíamos tener y si deberíamos, después de todo, tener derecho. El positivismo jurídico no aspira a responder estas preguntas, aunque su tesis de que la existencia y el contenido del derecho depende solo de hechos sociales sí les da forma».

fuentes del derecho) de acuerdo con algún criterio no «basado en» hechos sociales.

(LP') merece, me parece, el asentimiento de todos en todas partes<sup>32</sup>. Sin duda es lo que daban por sentado quienes decían *lex iniusta non est lex*, lo cual, entendido tal como lo entendían sus autores<sup>33</sup>, afirma que si una regla que es jurídicamente válida en el sentido de (PJ') es lo suficientemente no meritoria, carece de aptitud para ser considerada como personalmente decisiva para los jueces, autoridades y ciudadanos, una aptitud que resulta fundamental para tener las razones que tenemos para establecer y mantener los sistemas jurídicos.

## 5

Vuelvo a la regla de reconocimiento, que existe — y es la respuesta, última en la teoría jurídica de HART, a la pregunta «¿Cuál es el fundamento de la validez de la regla suprema de cambio, si no de todas las reglas, de este sistema jurídico?» — al ser utilizada como tal en la práctica de los tribunales y otras autoridades.

Como cualquier otro hecho acerca de lo que ocurre, o de lo que se hace o ha hecho, la *práctica*, sea idiosincrásica, extendida o universal, por sí misma no suministra ninguna razón para su propia continuación. A partir de ese *Es* no puede inferirse ningún *Debe* (u otro gerundivo optativo) sin ayuda de otro *Debe* o de un gerundivo optativo como *ha de procurarse o hacerse*. El hecho de que esté lloviendo no es por sí mismo una razón para llevar un paraguas, no es una razón en absoluto, incluso en conjunción con el hecho de que sin paraguas me mojaré. Pero hechos semejantes pueden desempeñar un papel en la razón, en la conclusión justificada — que debería llevar [sería

<sup>32</sup> Véase FINNIS, 1980: 290; FINNIS, 2002: 8-15; FINNIS, 2003: 128-129 y, más precisamente, FINNIS, 2007 § 3.1.

<sup>33</sup> Nadá podría ser más extraño que la decisión de HART de interpretar el dicho como una invitación a tratar a todo el derecho positivo como jurídicamente vinculante: HART, 1994: 210-211 [HART, 1963: 260-261]. Para mi crítica, véase FINNIS, 1980: 364-366; para la respuesta de HART, véase HART, 1983: 11-12. Sin embargo, MACCORMICK tiene razón al resaltar el pensamiento que motiva a HART en su intento de crítica a la tradición, el pensamiento de que debemos «[considerar] a todo derecho como abierto siempre a la crítica moral dado que no existe fundamento *conceptual* para suponer que el derecho que *es* y el que *debe ser* coinciden», de lo cual resulta que «el fundamento último para adoptar la tesis positivista de la distinción conceptual entre el derecho y la moral es en sí mismo una razón moral ... consistente en asegurar que siempre esté abierto al teórico y a la persona común el mantener una actitud moral crítica frente al derecho que es» (MACCORMICK, 1981: 24-25). Véase asimismo el párrafo inicial de MACCORMICK, 2007a. Debido a que esa preocupación moral era ampliamente compartida por la tradición atacada por tantos teóricos que se autodenominaban positivistas jurídicos, gran parte de la historia de la teoría del derecho de los últimos doscientos años o más es una historia de entusiasmo desperdiciado.

mejor que llevara] paraguas— que toma su componente normativo o directivo de alguna premisa práctica o evaluativa como: es malo para la salud mojarse, o es malo para pensar y funcionar estar incómodamente mojado y con frío. *Solamente en virtud de ello* o de alguna verdad similar (que uno supone) acerca de lo bueno y lo malo, es que el mero hecho de que un paraguas puede prevenir estos males manteniéndome seco puede contribuir a la conclusión normativa de que debo, o tengo una razón para, llevar un paraguas. Pese a que el mismo David HUME malinterpretó enteramente, e ignoró y violó con frecuencia, la mal llamada «Ley de HUME»<sup>34</sup>, ésta sigue siendo válida e indispensable para la comprensión de la razón y la normatividad, ética o de cualquier otro tipo.

En sus últimos escritos HART identificó con suficiente precisión la forma en que su teoría jurídica está enredada en algo mucho más genuinamente humeano: la psicología humeana, las concepciones humeanas de la razón práctica y el escepticismo humeano. Su ensayo «Commands and Authoritative Legal Reasons», el último (el número 10) de los *Essays on Bentham* (1983), concluye que «los enunciados judiciales de los deberes jurídicos del súbdito no necesitan tener ninguna conexión directa con las razones del súbdito para la acción», una conclusión que, como HART anticipa correctamente, puede parecer paradójica, confusa y abierta a la objeción de que «reduce la noción de *aceptación* [digamos, por parte del juez] de los dictados del legislador como razones para la acción» a algo muy distinto de la propia explicación del ensayo sobre en qué consiste aceptar alguna directiva como una razón excluyente independiente del contenido para hacer lo que la directiva manda — una objeción que HART virtualmente concede —, profesando una falta de «comprensión adecuada de las complejidades que sospecho rodean la cuestión» (HART, 1982: 267, la cursiva es mía). La objeción puede reformularse del siguiente modo: este ensayo final, en contra de la tesis de *El concepto de derecho* de que al menos las autoridades (incluyendo presumiblemente los jueces) deben aceptar las reglas como pautas comunes para la conducta propia y *de los otros*, sostiene que los jueces (y presumiblemente otras autoridades) no necesitan hacer nada más que hablar (¡y pensar!) de una «manera técnicamente restringida», es decir, «como jueces, desde dentro de la institución que se *comprometen* como tales a mantener», estableciendo, no lo que el súbdito tiene razón para hacer, sino solamente «lo que ... se le puede jurídicamente exigir o demandar» (HART, 1982: 266, énfasis añadido). Pero el compromiso, y el nombramiento y ejercicio de juez, son solamente hechos, que en sí mismos no suministran ninguna razón para actuar, ninguna razón para seguir comprometido o ejerciendo como juez. Por

<sup>34</sup> Véase la detallada, pero evidentemente bastante ignorada, sección II.5 en FINNIS, 1980: 36-42, junto con 33-36 y 47-48.

ende, la explicación deja de lado no solo (como HART admite) las razones del súbdito para obedecer el derecho, sino también (lo que HART no señala) las razones del juez.

Hay que reconocer que esta paradoja o confusión surge *en parte* de algo distinto de las cuestiones de razón y de hecho de las que me he ocupado aquí, algo que solo resulta significativo desde el punto de vista metodológico, a saber: el desordenado descuido de HART del análisis del caso central, su recurso, generalizado en estos últimos ensayos, a la cuestión de si los jueces, autoridades o cualquier otro *necesita* hacer, pensar o decir tal o cual cosa. A esta pregunta, la respuesta normal y muy fácilmente sería «No, esa manera de actuar, pensar o hablar no es necesaria». Después de todo, innumerables clases de formas de actuar, pensar y hablar menos razonables pueden ocurrir, y en ocasiones o incluso con frecuencia de hecho ocurren. Pero insistir en que no puede otorgársele ninguna prioridad descriptivo-explicativa a nada, salvo a lo lógico u ontológicamente necesario, devastaría a la teoría social descriptiva, dejándola balbuceando acerca de lo que es posible y callada sobre lo que es importante, central y completamente racional, y sobre las principales formas de estar en desacuerdo sobre ello.

Sin embargo, una retirada sin discusión del análisis del caso central es solo una de las causas de la posición final de HART acerca de la actitud interna sobre la cual construyó su teoría jurídica. Esa posición puede reformularse como la tesis de que el caso central de derecho, así como de la adjudicación, no implica proponer, ni siquiera pretender simuladamente, razones para la deliberación y la acción del súbdito. Pero en esa formulación más focalizada todavía sigue siendo una posición paradójica, que *describe incorrectamente* lo que significa para los jueces *aceptar* una regla en su práctica de adjudicación. Por supuesto, HART no la formuló como una tesis acerca de la aceptación o de las actitudes de los jueces, sino acerca del discurso de los jueces. Sin embargo, antes de que los jueces puedan hablarles a los litigantes, testigos, abogados y espectadores, de una manera técnicamente restringida o de otro modo, deben resolver, deliberando, por así decirlo, frente a sus propias conciencias, si deben hablar y cómo hacerlo. «Están comprometidos como jueces», tal como HART lo observa correctamente aquí, a mantener la institución jurídica dentro de la cual trabajan y, en último análisis, el trabajo de los jueces no es meramente discurso sino acción interpersonal, que daña a algunos y ayuda a otros en formas muy palpables. ¿Qué *se dirán a sí mismos*, se podría preguntar, acerca de su compromiso?<sup>35</sup>. El simple hecho de haber realizado ese compro-

---

<sup>35</sup> Puede parecer que el propio HART, en la página anterior, ha planteado o identificado esta pregunta, cuando dice que «sería extraordinario que los jueces no pudieran ofrecer una respuesta a la pregunta de por qué en sus operaciones como jueces *están dispuestos* a aceptar que las directivas de la legislatura determinen las pautas del comportamiento judicial correcto y, por ende, como

miso, pública y sin duda privadamente, por sí mismo no establece nada, nada en absoluto, sobre lo que tienen *razón* suficiente para hacer, esto es, sobre lo que ha de hacerse, lo que es mejor hacer y, en cualquier sentido relevante, lo que deben hacer. No hay *Debe* que se siga de un mero *Es*.

En este punto, justo antes de su admisión de la apariencia de paradoja (que no puede resolver), HART sugiere que su posición sería considerablemente diferente si las razones jurídicas para actuar (a menudo para actuar contra los propios intereses e inclinaciones) fuesen «objetivas, en el sentido de que existen independientemente de las [propias] motivaciones subjetivas»<sup>36</sup>. Lo que está implicado aquí y en todo el párrafo, esto es, que HART no creía en razones prácticas objetivas, jurídicas o morales, sería plenamente confirmado en la última pieza escrita que publicó, su laboriosa reseña para la *New York Review of Books* en julio de 1986 del libro de Bernard WILLIAMS, *Ethics and the Limits of Philosophy*. La reseña apoya firmemente el subjetivismo ético de WILLIAMS, aunque enfatizando su carácter polémico. Cito solamente un pasaje a cuyo respecto pueden parecer nuevamente pertinentes las cuestiones que he señalado acerca de las prácticas, los compromisos y la perspectiva en primera persona:

... la pregunta, «¿Qué debo hacer en estas circunstancias?» es esencialmente una pregunta en «primera persona» y no un mero derivado de y reem-

---

razones para aplicar y hacer cumplir directivas concretas» (HART, 1982: 265, la cursiva es mía). Pero, de ser pertinente, su pregunta debería ser y será del tipo —o al menos debería más bien tener el significado— «¿Debería estar dispuesto a aceptar, aplicar y/o hacer cumplir directivas concretas...? ¿Tengo razones suficientes para que hacer eso y, si es así, cuáles son?» [SIMMONDS, 2007: 129-135, considera que la pregunta decisiva no es cuál es la razón que tienen los jueces para aplicar el derecho, sino qué justificación pueden ofrecer a otros, en particular a los litigantes frente a ellos, para aplicarlo. Estoy de acuerdo en que este último interrogante es de gran importancia y muy pertinente para la evaluación de la posición de HART. Pero la pregunta en primera persona del singular del propio juez es *al menos* de una importancia equivalente en sí misma y al menos de una relevancia semejante en el debate teórico. SIMMONDS, 2007: 134-135 está tan despreocupado como HART respecto del hecho de que las razones de los jueces para mantenerse fieles al derecho «pueden ser razones no morales sino fundadas en el autointerés». Por supuesto que «pueden» y sin duda con frecuencia lo son. Pero el autointerés nunca puede exigir de los jueces más que *parecer* que están aplicando el derecho, y las oportunidades para corromper verosímil e innegablemente la aplicación del derecho son tan grandes que aquí la pregunta en primera persona —la pregunta de consciencia— es también de una alta importancia pública y decisiva para comprender el «arquetipo» o caso central de derecho y de sistema jurídico).

<sup>36</sup> HART, 1982: 266-267: «Por cierto, si fuera el caso, tal como una explicación cognitiva del deber lo sostendría, que el enunciado de que el súbdito tiene un deber jurídico de actuar en forma contraria a sus intereses e inclinaciones implica el enunciado de que existen razones que son "externas" u objetivas, en el sentido de que existen independientemente de su motivación subjetiva, sería difícil negar que el deber jurídico es una forma de deber moral. Esto sería así al menos si se asume que los juicios morales no jurídicos de deber ordinarios son también enunciados de esas razones objetivas para actuar. Porque en tal caso, el sostener que los deberes jurídicos y los morales son conceptualmente independientes implicaría la extravagante hipótesis de que hay dos "mundos" independientes o conjuntos de razones objetivas, uno jurídico y otro moral».



plazable por «¿Qué debe hacer cualquiera en estas circunstancias?». Y ello porque el «yo» de la deliberación práctica, que está detrás de mis deseos y se refleja en ellos, sigue siendo el «yo» que tiene esos deseos y, *a menos que ya esté comprometido con las motivaciones de una moral imparcial, la deliberación reflexiva no me conducirá a ella*. Sostener lo contrario es confundir reflexión con separación, y esa confusión ha alentado la idea equivocada de que si nuestras creencias morales han de ser más que meros prejuicios, deben ser reguladas por alguna teoría ética general *au dessus de la mêlée* de nuestras prácticas éticas (HART, 1986: 50, la cursiva es mía).

La frase en francés quizá recuerda el título de un tratado pacifista alguna vez famoso de Romain ROLLAND, publicado en 1915 y al que se alude directamente en el último tomo del gran libro de PROUST. Sea como fuere, el párrafo muestra nuevamente la forma inadecuada en la que se representa en el trabajo de HART la perspectiva en primera persona, en especial la forma que adquieren en ella las razones (cuando me concentro en razones en búsqueda de una respuesta correcta), y el modo en que las razones pueden conducirme a cambiar de opinión y, si son razones prácticas, a adquirir nuevas motivaciones. La afirmación «a menos que ya esté comprometido con las motivaciones de una moral imparcial, la deliberación reflexiva no me conducirá a ella» es simplemente equivocada. ¿Podría ser plausible para cualquiera que no acepte el dogma humeano que las razones no puedan motivar?

Como tesis general acerca de la razón y la voluntad, ese dogma se hace ver en apariencia como tolerable, si no creíble, debido a la presuposición de que la imposibilidad de *fin*es racionales y racionalmente motivadores deja intacta la motivación por «razones instrumentales», razones que identifican medios adecuados y eficientes para fines sub-racionalmente deseados (y, por lo tanto, que «motivan subjetivamente»). Pero esa presuposición es ilusoria. Si no tengo razón alguna para mis fines, no tengo razón alguna para adoptar o estar interesado en los medios instrumentales para alcanzarlos, por muy ingeniosas que sean las técnicas plasmadas en algunos de esos medios. Como señalé recientemente, adoptando un argumento de Christine KORSGAARD:

«... a menos que algo le atribuya normatividad a nuestros fines, no puede haber exigencia alguna para adoptar los medios que conducen a ellos»<sup>37</sup>. Tales fines, por otra parte, deben ser «buenos, en algún sentido que vaya más allá de lo próximamente deseable»<sup>38</sup>. Pues «debo tener algo que decirme

<sup>37</sup> KORSGAARD, 1997. 251.

<sup>38</sup> *Ibid.*: 250-1. KORSGAARD en las páginas 251 y 252 parece tentada a abandonar esto para permitir un «acto heroico existencialista» consistente en «considerar simplemente a la propia voluntad en un cierto momento como normativa y comprometerse para siempre con el fin esco-

acerca de por qué estoy [deseando un fin, comprometiéndome y permaneciendo fiel a él, incluso frente a deseos que me distraerían o debilidades que me disuadirían] — algo mejor [que decirme], además, que el hecho de que esto es lo que quise ayer»<sup>39</sup> (o incluso un momento atrás o, en medio de una lucha entre sentimientos, ahora mismo)<sup>40</sup>.

¿Qué debería decirme? Esa pregunta surge cuando se lee la sección final de la reseña de HART sobre WILLIAMS. Tras respaldar los principales argumentos del autor para negar que las creencias éticas/morales tengan fundamentos racionales, HART se pregunta «¿Qué sustento en la práctica tienen y deberían tener estos argumentos?». Su respuesta comienza advirtiendo uno de los temores que

ha despertado ese pensamiento escéptico ... [el miedo] de que si se extiende no tendremos nada —o no lo suficiente— que decir al inmoral, ya sea el frío egoísta de la vida privada o el defensor brutal de la opresión de la vida pública. Pero hay seguramente algo irrisorio en la idea de que lo que sea que podamos extraer de la filosofía puede pesar contra esos personajes inclinados a abrirse paso a expensas de otros. ¿Por qué debería preocuparles que haya una prueba filosófica de que, al actuar como lo hacen, son irracionales, inconsistentes, o desafían ciertas verdades morales? Como lo expresa WILLIAMS, «¿Para qué servirá la justificación del profesor cuando rompan su puerta, aplasten sus gafas y se lo lleven?» (HART, 1986: 52).

Pero la pregunta interesante no es ¿qué puedo decirles a los bárbaros para persuadirlos de que deberían desistir?, sino ¿qué puedo decirme a mí mismo cuando me pregunto si no debería quizás estar del lado ganador y unirme a ellos?<sup>41</sup>.

---

gido en ese momento», «por ninguna otra razón más que la propia voluntad así lo escogió». Pero KORSGAARD debería conceder que, a menos que esa persona considere que hay algo valioso en actuar de ese modo, algo bueno o alguna razón para hacerlo, semejante «acto de compromiso» y el consiguiente «consideraría como normativa» no serían racionales sino irracionales.

<sup>39</sup> KORSGAARD, 1997: 250.

<sup>40</sup> FINNIS, 2005a: 113-114. Para una crítica a los intentos de KORSGAARD de desarrollar una concepción no humeana de la razón práctica, véase FINNIS, 2005a: 114-118.

<sup>41</sup> El pasaje siguiente de HART conjetura sobre las reacciones, no del inmoral o el egoísta, sino de «la gente más corriente que, con diversos grados de convicción, dificultad y retrocesos, se las arregla para vivir a la altura de las pautas morales que ha adquirido y desarrollado en su vida social y para transmitírselas a sus hijos», y gradualmente HART ubica el «nosotros», la primera persona del plural, entre esa gente. Cuando ellos/nosotros descubren/imos la verdad del escepticismo ético, «el sentido de necesidad (el «yo debo» moral) en el que a menudo concluye el reconocimiento de la obligación, debería contemplarse como si no viniera desde fuera sino desde lo más profundo de nosotros, aunque normalmente también sea defendido por otros que comparten nuestras prácticas y creencias. El temor es que esto no sea suficiente y que cuando lleguemos a pensar que nuestras pautas morales ya no tienen un fundamento ulterior, los descartemos toda vez que se interpongan en lo que queramos obtener o hacer». La respuesta de HART a este temor comienza así: «cuán probable sea esto es una cuestión de psicología moral sobre la cual no sabemos

WILLIAMS y, más dubitativamente, HART atribuyen a ciertas creencias éticas algún grado de inmunidad a su escepticismo: a lo que denominan conceptos éticos «sustantivos» o «densos», tal como se usan en forma irreflexiva y acrítica en «una sociedad simple y tradicional»; conceptos tales como «crueldad, mentira, brutalidad, traición y gratitud», que son diferentes de «conceptos evaluativos abstractos para todo propósito como “deber”, “correcto” y “bueno”». Pero en este modo en el que HART y WILLIAMS regimentan los predicados prácticos para su clasificación en densos y ligeros encontramos nuevamente omitidos, como en HUME, KANT y en el capítulo IX, 1-2 de *El concepto de derecho*, los bienes inteligibles del conocimiento, la vida y la salud, la amistad, la razonabilidad en la propia vida interior y en las propias acciones externas, y las otras razones fundamentales que todos tenemos para elegir y hacer cualquier cosa valiosa que hacemos o debemos hacer. Estos fines, considerados en su inteligibilidad fundamental como buenos no solo para mí sino para cualquier persona, más aún cuando se consideran sus derivaciones reflexivas como componentes del florecimiento humano y, por ende, claves para comprender adecuadamente nuestra naturaleza como personas (FINNIS, 1998: 29-34, 53, 90-2), son tan sustantivos, «densos», y están tan lejos de ser meramente «abstractos», que son lo «más profundo» de todo lo que podemos y debemos «decimos» para garantizar nuestras decisiones como legisladores, aplicadores del derecho (ejecutivos o judiciales) y ciudadanos. La búsqueda de estos bienes básicos necesita de la integración racional que puede otorgarle la Regla de Oro así como otros principios de esa clase de razonabilidad que denominamos ética/moral, y el llamado de la razón para estar atentos a hechos estructurales tales como la posibilidad de la libre elección, y la subsistencia de la identidad personal, familiar y (en diversas formas) nacional (en parte dada y en parte constituida como las consecuencias intransitivas de libre elecciones) (FINNIS, 2005b). Esa integración refuerza y hace más marcada la cualidad directiva y racional de la normatividad inicial que se sigue de la deseabilidad inteligible de los bienes humanos básicos, esto es, de su prioridad como razones tanto para la acción como para la abstención de lo que por consecuencia de ellas son formas básicas de daño por acción o negligencia. Estas razones básicas para la acción constituyen el fundamento racional para las reglas primarias hartianas que restringen la violencia, el robo y el fraude, y entre sus consecuencias está también el fundamento de los remedios hartianos denominados reglas secundarias<sup>42</sup>.

---

lo suficiente...», y nunca llega a considerar lo que uno *debería* pensar acerca de la fuerza directiva de las propias «pautas morales» una vez que se descubre, a través de la argumentación filosófica, que ellas meramente «provienen de lo más profundo de nosotros» y reflejan motivaciones e «inquietudes» que uno simplemente posee pero que mucha otra gente no posee, y que colisionan con otras motivaciones y vívidos intereses que uno tiene en lo profundo de sí.

<sup>42</sup> La posición de HART en el *Poscriptum* (HART, 1944: 249) de que es «bastante vano buscar algún propósito más específico al que el derecho en tanto tal sirva, más allá de suministrar guías para la conducta humana y pautas de crítica para ella», es simplemente incompatible con la teoría

¿El escepticismo moral al que HART asigna una voz moderada pero clara en su último trabajo fue para él un cambio de dirección, algo extrínseco a la estructura de su principal trabajo en filosofía del derecho? Estoy seguro de que no lo fue<sup>43</sup>. En el cuaderno del cual emerge *El concepto de derecho*, inmediatamente antes del pasaje clave que comienza «tengo un vago ... esquema de este libro en mi mente», hay dos oraciones en renglones separados:

Una parte dice: estás ciego.

La otra: estás viendo fantasmas.

A mitad de camino entre esos años y los últimos, en la única ocasión en que nuestra conversación abordó explícitamente el tema de la objetividad ética, su forma de expresar el punto fue la misma: es una cuestión de «estás ciego» contra «estás viendo cosas». Los fantasmas que HART tenía en mente cuando iba cobrando cuerpo *El concepto de derecho* seguramente incluían<sup>44</sup> las concepciones «complejas» y «debatibles» del «fin o el bien humano», concepciones contempladas por los filósofos antes de que «otros pensadores, HOBBS y HUME entre ellos, ... [preferieran] bajar sus miradas» (HART, 1994: 191 [HART, 1963: 237]). Y, como sabemos, lo que HOBBS —por no mencionar a su discípulo BENTHAM— encontró cuando las miradas estaban bien bajas y buscó allí fue el hecho bruto de los deseos, la voluntad solo como el deseo que precede en última instancia a la acción y, para hacer posible una teoría unificada, cierto deseo dominante por estipulación, tal como (en el primer HOBBS) el deseo de superar a otros solo por el hecho de superarlos o como (en el último HOBBS) el deseo de evitar la muerte.

Considero que tratar de comprender el punto de vista interno no tiene sentido como método en teoría social, a menos que se lo conciba como si tratara

---

del derecho establecida en *El concepto de derecho*; véase FINNIS, 1980: 6-7. Esto constituye un aspecto inescindible de la retirada desordenada del análisis del caso central de derecho que podemos apreciar en HART, 1982 (que ya he discutido más arriba).

<sup>43</sup> Su posición oficial continuó siendo hasta el final que «la teoría jurídica debería evitar comprometerse con teorías filosóficas controvertidas respecto del estatus general de los juicios morales y dejar abierta, como lo hago en este libro ([HART, 1994: 168]), la pregunta general de si poseen lo que DWORKIN denomina «carácter objetivo»» (HART, 1994: 253-254). Pero esta siempre fue una neutralidad implícitamente sesgada. Y ello porque, como la reseña de WILLIAMS creo concede, ocultar la afirmación de tal postura implica apartarse del punto de vista interno de quienes aceptan las pautas morales como vinculantes —apartarse de una forma que ellos considerarían fundamental—. Joseph RAZ, quien me parece que conocía mucho mejor a HART que yo, habla con menos cautela de la perspectiva subjetivista y (al igual que WILLIAMS) naturalista (yo diría científicista) de HART sobre estas cuestiones fundamentales y sobre sus implicancias para su teoría, en RAZ, 2001: 4-6.

<sup>44</sup> Sin lugar a dudas, las oraciones del cuaderno (que cito de LACEY, 2004: 222) también se refieren indudablemente a la idea (equivocada, como lo señala HART) del Realismo de que la obligación y las razones asociadas incluso para las acciones de las autoridades (por ejemplo, judiciales) son proyecciones ilusorias de sentimientos, compulsiones psicológicas, etcétera.

de comprender los bienes inteligibles, las razones para la acción que estuvieron, están y estarán disponibles para cualquier persona que actúa, cualquiera que sea capaz de deliberar o de responder espontánea e inteligentemente a las oportunidades. Una vez que se comprenden estas razones, junto con las inclinaciones (pasiones, emociones) subracionales que las acompañan, que potencialmente las refuerzan o potencialmente las perjudican, los teóricos están equipados para comprender la miríada de formas en que las prácticas de los individuos y los grupos pueden responder, responden y sin duda responderán, razonablemente o más o menos irrazonablemente, a las siempre cambiantes pero nada aleatorias circunstancias de la existencia humana. La teoría social puede tener un propósito fundamentalmente contemplativo («descriptivo»), o puede ser fundamentalmente práctica, tratando de guiar la acción —la del teórico tanto como la de cualquier otro— identificando al menos ciertas ideas generales y principios de lo que es correcto e incorrecto, mejor y peor. Pero la teoría social descriptiva será incapaz de ir más allá de una filmación interminable de historias locales —o un mero orden estadístico de ellas— a menos que formule los juicios de razonabilidad que resultan fundamentales para la teoría social práctica. (La teoría de HART formula y descansa sobre algunos de ellos). Y la teoría social práctica y orientada a la moral será una guía tuerta a menos que se beneficie de las aclaraciones prácticas y la experiencia transmisible de causas y efectos internos y externos que nos suministra la historia y la teoría social, quizás extraídas y realzadas a través de la imaginación y la inteligencia en las grandes obras del arte literario.

La asimetría entre el punto de vista en primera y en tercera persona es más profunda de lo que HART y HAMPSHIRE identificaron. En último análisis, consiste en lo siguiente: el punto de vista en tercera persona concluye en hechos, incluyendo aquellos acerca de las creencias y actitudes, intenciones y compromisos con otras personas; pero en el punto de vista en primera persona, «Creo que *p*» es transparente respecto de «*p*»<sup>45</sup>. El «yo creo» cae, dejando a «*p*», que usualmente no es una única proposición sino una red de proposiciones, algunas de las cuales son razones para creer en otras. Uno no se está mirando a sí mismo, a las propias actitudes y creencias, como hechos acerca de uno mismo, sino a la(s) proposición(es) bajo consideración, a las razones que existen para afirmarla y la(s) razón(es) que ofrece para tomarla como una creencia, actitud o acción propia, ya sea la acción teórico-práctica de juzgarla verdadera o la acción práctico-práctica de seguir y concretar la guía inteligente y razonable que ofrece, el bien (los beneficios y objetivos) hacia el cual nos dirige. Y dado que el punto de vista (práctico) en primera persona no concierne, en última instancia, a hechos sobre uno mismo, sino

<sup>45</sup> Sobre esta transparencia, véase FINNIS, 1983: 70-74.

a razones (para la acción) que están a disposición y son relevantes para el bien de cualquiera semejante a mí (genéricamente, todos los seres humanos), constituye el dominio del bien común y, por ello, la sala de máquinas, la causa eficiente más próxima<sup>46</sup>, del derecho.

En ese enfoque no hay razón alguna para detenerse en el conjunto supuestamente «mínimo» de razones al que HART apela, no solo en sus reflexiones sobre el «contenido mínimo del derecho natural», sino de un modo mucho más importante en su explicación de las reglas primarias, de las reglas secundarias privadas y públicas y de la unión de ambas que constituye la ejemplificación y el concepto (concepción) central del derecho. He sostenido antes en este extenso trabajo que lo persuasivo de este enfoque proviene en parte de su apelación reprimida a razones que, aunque muy desarticuladas o, cuando articuladas, no integradas en la teoría jurídica propuesta en *El concepto de derecho*, son razones (buenas o no tan buenas) omnipresentes en los restantes trabajos de HART e incluso en su propia vida. Su trabajo es una invitación abierta a desarrollar el análisis crítico de la teoría jurídica y la promoción de aquellas consideraciones de justicia, de preocupación por el bien común, que incluyen los principios generales de legalidad y del derecho comunes<sup>47</sup> a los pueblos *civilizados*<sup>48</sup>, y hace que el derecho sea primordial<sup>49</sup> como medio de gobierno y como ejercicio y aceptación razonables<sup>50</sup> de la autoridad.

<sup>46</sup> Constituye también la causa formal (modeladora) de la positividad del derecho. Incluso el derecho injusto pretenderá casi invariablemente ser para el bien común y debería ser evaluado jurídica y moralmente en relación con los requerimientos establecidos por el bien común que producen los principios de legalidad o del Estado de Derecho, y los principios generales del derecho comunes a los pueblos civilizados.

<sup>47</sup> En FINNIS, 1980: 286-289, expresé algunos de esos principios, y lo hice por referencia al derecho internacional público. Pero su dominio básico es, y con justicia seguirá siendo, el sistema jurídico de lo que HART denomina *países*, esto es, el estado nacional, la comunidad política de personas que se consideran un pueblo y que organizan su derecho y su sistema jurídico para que sea el suyo, como algo diferente del de otros pueblos.

<sup>48</sup> El actual fracaso en tomar en serio este adjetivo hace que adquiriera una nueva resonancia la memoria con la que Lord WILBERFORCE contribuyó a las actas, impresas privadamente, del encuentro conmemorativo de HART en la University Examination Schools (Oxford) en 1993, recordando su amistad en la década de 1930: «Compartimos ... el sentimiento de la inminencia de un desastre que, sabíamos, destruiría nuestra forma de vida ... En 1938, estábamos juntos, con algunos abogados y empleados, cuando llegó la noticia de que CHAMBERLAIN retornaba con "Paz para nuestro tiempo". Hubo aplausos, se habló de ir al aeropuerto a recibirlo. Nosotros nos miramos el uno al otro con lágrimas en los ojos — no era necesario hablar». Véase LACEY, 2004: 57. La referencia que hacen WILLIAMS y HART a aplastar las gafas del profesor y llevárselo, sin duda aludía de manera inmediata a la destrucción que cayó sobre el pueblo en Camboya bajo el Khmer Rouge —lejana, a diferencia de aquella de la que (en cierto sentido) es «innecesario hablar» hoy.

<sup>49</sup> Sobre ese carácter primordial, véase FINNIS, 1984 y FINNIS, 1989.

<sup>50</sup> Acerca de las razones no meramente «conceptuales» de por qué la autoridad implica obligación, y una temprana reflexión sobre la abrupta detención de HART en la identificación de razones, véase FINNIS, 1987.

## CAPÍTULO II

# EL AFIANZAMIENTO JURÍDICO DE LA ANTIJURIDICIDAD<sup>1</sup>

David LYONS

Cuando una teoría jurídica da cuenta del derecho existente, también determina qué es lo que cuenta como conducta contraria a derecho. La existencia de una implicación tan directa ayuda a explicar por qué la antijuridicidad no recibe demasiada atención de los teóricos jurídicos. Este trabajo se ocupa de un subconjunto particular de conductas antijurídicas, a saber: las prácticas *de las autoridades* que son *claramente* contrarias a derecho, en gran medida *abiertas* (no ocultas) y profundamente *arraigadas* (toleradas por un largo período de tiempo). Llamo a este fenómeno el afianzamiento jurídico de la antijuridicidad.

Gran parte de la mala conducta de las autoridades cae fuera de esos límites. Ciertas conductas contrarias a derecho de las autoridades se mantienen ocultas a la mirada del público (aunque puede que sean ampliamente conocidas por las autoridades y por un número limitado de legos). En los Estados Unidos se incluyen entre ellas, por ejemplo, el aceptar y solicitar sobornos, así como los programas encubiertos contra disidentes

---

<sup>1</sup> Un borrador de este trabajo fue presentado en julio de 2007 en el Simposio de la British Academy sobre «El Legado de H. L. A. HART: Filosofía Jurídica, Moral y Política». Agradezco a Charles Hunter y Lauren Ingoldsby por su ayuda en la investigación y a los participantes en los talleres de filosofía y derecho de la Universidad de Boston y del Simposio sobre HART por sus comentarios a las versiones anteriores.

políticos que van desde la vigilancia antijurídica hasta el asesinato. Esas prácticas pueden mantenerse por muy largo tiempo; pero cuando se las pone al descubierto públicamente pueden traducirse en vergüenza política e incluso en responsabilidad jurídica. Típicamente, el gobierno en esos casos denuncia la práctica e informa al público que se le ha puesto fin, aunque la experiencia muchas veces muestra lo contrario. Los ejemplos que discutiré aquí son diferentes. El sistema de estratificación racial denominado *Jim Crow* fue parte de la forma de vida americana desde la década de 1890 hasta la década de 1960<sup>2</sup>, esto es, la mayor parte de un siglo. Algunas de esas prácticas arraigadas implicaron claras y abiertas violaciones del derecho por funcionarios y otros, incluyendo el fracaso sistemático de los primeros en hacer cumplir algunas leyes no problemáticas, como aquellas contra la violación y el homicidio cuando las víctimas eran afroamericanos, y las decisiones de no hacerlas cumplir no podían plausiblemente considerarse como un ejercicio razonable de la discrecionalidad de las autoridades.

La existencia de prácticas claramente contrarias a derecho, toleradas en forma abierta dentro de lo que usualmente se considera un sistema jurídico de funcionamiento normal, sugiere la necesidad de la reflexión teórica<sup>3</sup>. Uno de los puntos centrales de la teoría jurídica de HART es que no se puede comprender al derecho sin reconocer el papel crucial de las actitudes de las autoridades hacia las normas, en especial los componentes básicos de los respectivos sistemas jurídicos. Las autoridades «aceptan» las reglas fundamentales de su sistema y las emplean como «guías de la conducta», incluso de la propia conducta. Una especie derivada de «aceptación» se confiere a las reglas no fundamentales del sistema, como las establecidas a través de promulgaciones legislativas. Las autoridades consideran a todas las reglas «válidas» del sistema como pautas que deben ser seguidas por la sociedad en su conjunto. Sin embargo, cuando prácticas claramente contrarias a derecho son abiertamente toleradas o ejecutadas por las autoridades, el resultado es un conflicto significativo de actitudes que compromete los fundamentos del sistema jurídico. El afianzamiento jurídico de la antijuridicidad amenaza así con falsar la ampliamente aceptada teoría jurídica de HART.

---

<sup>2</sup> *Brown v. Board of Education* (1954) condenó la segregación racial únicamente en las escuelas públicas, no en forma más general. El primer proyecto de ley de envergadura sobre derechos civiles que enfrentó al sistema *Jim Crow* se transformó en ley diez años después (la Ley de Derechos Civiles de 1964). Aunque su aplicación fue fuertemente resistida, a menudo con violencia, su promulgación representó el comienzo del fin de la aceptación por parte de las autoridades de la estratificación racial que comenzó con la creación de la esclavitud basada en la raza tres siglos y medio antes.

<sup>3</sup> Dudo que el sistema *Jim Crow* sea un caso aislado, pero no profundizaré esa cuestión aquí.



Este trabajo tiene cuatro partes. La Parte 1 reseña los elementos cruciales del sistema *Jim Crow*. La Parte 2 resalta aspectos descuidados de algunas opiniones históricamente importantes de la Corte Suprema. La Parte 3 explora algunas ramificaciones teóricas del afianzamiento jurídico de la anti-juridicidad. La Parte 4 ofrece algunas reflexiones adicionales.

Es necesario hacer una aclaración preliminar. Deseo concentrarme en las prácticas de las autoridades que resultan claramente contrarias a derecho, pero mi referencia al sistema *Jim Crow* puede sugerir lo contrario. Con frecuencia se hace referencia al sistema *Jim Crow* como de «segregación racial», pero la segregación racial *per se* no puede considerarse *claramente* contraria a derecho durante el período de vigencia del sistema *Jim Crow*. Aunque la segregación racial dispuesta por las autoridades fue en última instancia declarada inconstitucional y, por ende, contraria a derecho, sería irrazonable ignorar el papel jurídico de las primeras decisiones judiciales que respaldaron la práctica. Más importante aún, en 1896 la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo, en *Plessy v. Ferguson*, que la segregación racial ordenada por las autoridades estatales era ajustada a derecho. Aunque para esa época se podría haber considerado razonablemente que la argumentación de la Corte era problemática y su decisión poco sólida<sup>4</sup>, el precedente de la Corte significó que no se podía a partir de entonces considerar razonablemente que el mantenimiento de la segregación racial constituyera una conducta *claramente* contraria a derecho. Eso cambió presumiblemente cuando la Corte Suprema declaró, en 1954, que la segregación en las escuelas públicas era inconstitucional<sup>5</sup>.

Nada de esto afecta al ejemplo del sistema *Jim Crow*, porque no me preocupa aquí la segregación racial *per se*. Al promulgar la doctrina «separados pero iguales», la Corte del caso *Plessy* dejó claro que los servicios e instalaciones públicas segregadas racialmente debían ser sustancialmente iguales. La violación sistemática y abierta de esa exigencia jurídica, característica del sistema *Jim Crow*, era una práctica de las autoridades *claramente* contraria a derecho. Para tomar otro ejemplo que ya he mencionado, la tolerancia y, en algunos casos, la participación directa de las autoridades públicas en linchamientos, ejemplificó del mismo modo el afianzamiento jurídico de la anti-juridicidad.

---

<sup>4</sup> Discutiré un aspecto de esta decisión más adelante, en la parte 2.

<sup>5</sup> La condena de la Corte Suprema a la segregación racial se extendió rápidamente. Por ejemplo, en un caso de 1956 (*Gayle v. Browder*), ocasionado por el boicot al transporte en autobuses en Montgomery, Alabama, la Corte falló contra la segregación racial en un sistema municipal de autobuses.

## 1. JIM CROW<sup>6</sup>

Los estadounidenses vivieron bajo un sistema de subyugación racial conocido como esclavitud durante dos siglos. Tras la Guerra Civil, no obstante, el derecho federal de Estados Unidos, incluyendo una Constitución sustancialmente enmendada, llamó a una «reconstrucción» de la sociedad, con repercusiones radicales para los antiguos estados esclavistas. El derecho otorgaba a los afroamericanos, incluyendo a cuatro millones de antiguos esclavos, iguales derechos en muchas áreas —desde condiciones contractuales y procedimientos judiciales hasta participación en el gobierno de la comunidad—.

Existía una resistencia generalizada en los antiguos estados esclavistas a las reformas ordenadas, que incluía violencia organizada. Pese a esto, el cambio se produjo. Algunos antiguos esclavos adquirieron granjas, y los que lograron conservarlas más allá del periodo de la reconstrucción alcanzaron un cierto grado de independencia económica. Los afroamericanos votaron, fueron miembros de jurados y ocuparon cargos públicos. Los partidos políticos compitieron por sus votos. Se desarrollaron coaliciones entre negros y blancos. Las relaciones raciales estaban en estado de cambio (tal como había ocurrido dos siglos antes, con carácter previo a que la estratificación racial fuera impuesta oficialmente)<sup>7</sup>.

Los organismos federales, como la Oficina de Liberados, así como las tropas federales, fueron cruciales para el progreso de la reconstrucción social. A comienzos de la década de 1870, por ejemplo, las fuerzas federales aplastaron bandas organizadas de violentos partidarios de la supremacía blanca. Pero el apoyo a la reconstrucción se debilitó en la comunidad en general y el precio político de la acción federal se volvió inaceptable para el Partido Republicano gobernante. Esto condujo al abandono *de facto* de la reconstrucción. La disputada elección presidencial de 1876 se resolvió al año siguiente, cuando los demócratas se avinieron a aceptar al candidato republicano en el entendimiento de que el gobierno federal dejaría de tratar de hacer respetar los derechos de los afroamericanos. Las tropas federales fueron consiguientemente retiradas del sur.

En pocos años los antiguos estados esclavistas comenzaron abiertamente a construir un sistema de subordinación racial que pudiera sobrevivir a

<sup>6</sup> Esta parte se basa en FONER, 1988; MYRDAL, 1944; KENNEDY, 1977; COMITÉ PRESIDENCIAL SOBRE DERECHOS CIVILES, 1947, y WOODWARD, 1955.

<sup>7</sup> Lo cual ocurrió medio siglo después de que los africanos llegaran por primera vez a Jamestown (LYONS, 2007: 33-35).

las objeciones jurídicas bajo las enmiendas constitucionales posteriores a la Guerra Civil (tal como las estaban aplicando los tribunales federales), evitando referencias explícitas a la raza. Los esfuerzos por excluir a los negros del gobierno y del uso efectivo de los tribunales fueron en gran medida exitosos. Entre 1896 y 1904, por ejemplo, la lista de votantes negros registrados en Louisiana descendió un 99 por 100. La influencia política de los negros declinó drásticamente.

Como el Congreso había rechazado cualquier forma de reparación a los antiguos esclavos, incluyendo la distribución de las tierras que los esclavos habían limpiado y trabajado, la mayoría de ellos se transformó en aparceros o granjeros arrendatarios, lo que terminó con su independencia económica. En tareas no agrícolas a los afroamericanos se les pagaba sustancialmente menos que a los blancos por trabajos similares, y fueron también excluidos de muchas industrias y categorías laborales. En ciertas áreas, los alguaciles alquilaban prisioneros negros a empleadores locales y arrestaban negros sin causa para asegurarse mano de obra con ese propósito.

La resistencia al desarrollo del sistema *Jim Crow*, tanto de parte de los blancos como de los negros, fue superada por una campaña de terror. Un arma crucial fue el linchamiento, que ocurría con una frecuencia creciente. En su apogeo, en la década de 1890 el linchamiento cobraba la vida de dos personas por semana. Después de la primera década del nuevo siglo hubo menos linchamientos, pero ese cambio no fue producto de un incremento en la aplicación de la ley. Una vez que el sistema *Jim Crow* se consolidó, la necesidad de linchamientos efectivos disminuyó: la amenaza siempre presente resultaba suficiente.

El linchamiento es, por supuesto, homicidio. En ningún momento bajo el sistema *Jim Crow* el linchamiento fue conforme a derecho. Ningún tribunal descartó un cargo de homicidio producido por linchamiento basándose en que con una acción de la clase que se alegaba había ocurrido no se habría violado ninguna ley. Lo que es más importante, muchos linchamientos eran asuntos públicos; algunos incluso eran publicitados por anticipado. En muchos casos los participantes eran fácilmente identificables; en algunos la participación era registrada en imágenes. Los participantes eran fotografiados abiertamente, *mirando* a la cámara, y las copias se distribuían ampliamente a través del correo postal en la forma de tarjetas postales, con mensajes incriminatorios (ALLEN, 2000). Como no había temor a la persecución de la justicia, los participantes posaban con impunidad. Los procesamientos eran de hecho poco frecuentes y, gracias a anulaciones de jurados, las condenas eran todavía menos frecuentes. Las pocas autoridades que intentaron hacer cumplir el derecho en tales casos fueron sometidas a sanciones sociales, políticas o económicas.

Las autoridades públicas a veces participaban en los linchamientos. Algunos expresaban públicamente su apoyo a la práctica como necesaria para mantener la forma de vida prevaleciente: la supremacía blanca. En el Congreso se propuso con frecuencia el dictado de legislación anti-linchamiento, pero nunca llegó a votarse en el Senado. Los senadores partidarios del sureño *Jim Crow* defendían el sistema, incluyendo sus mecanismos de aplicación al margen de la ley (HOLDEN-SMITH 1996). Incluso en la década de 1950, un prominente senador del sur reaccionó contra una campaña por el derecho al voto convocando abiertamente al tipo de «cabalgata nocturna» asociada con el terror del Ku Klux Klan (DITTMER, 1994: 2).

Ninguna descripción imparcial del sistema *Jim Crow* dejaría de mencionar los *pogromos*, sucesos que en los Estados Unidos comúnmente se denominan «disturbios raciales». Un pogromo ha sido definido como «una masacre o persecución organizada, con frecuencia alentada oficialmente, de un grupo minoritario, especialmente dirigida contra los judíos» (AMERICAN HERITAGE DICTIONARY, 1992: 1397). El término se aplica a los ataques contra las comunidades afroamericanas, de los cuales un número importante ocurrió entre 1898 y 1946<sup>8</sup>. Con frecuencia eran seguidos por el procesamiento de los negros que se defendían, y muy pocas veces o ninguna por el procesamiento de los atacantes blancos<sup>9</sup>.

El aspecto violento menos manifiesto del sistema *Jim Crow* incluía la práctica abierta y establecida de los gobiernos estatales y locales de suministrar a los negros instalaciones públicas sustancialmente inferiores, y ello cuando se las suministraban. En el Sur del sistema *Jim Crow*, la asignación presupuestaria por cada estudiante negro era una fracción de la de los blancos. Los edificios, el equipamiento y el transporte escolares para los estudiantes negros eran sustancialmente inferiores a los destinados a los blancos. Los maestros negros recibían salarios sustancialmente inferiores y se les asignaba un número sustancialmente mayor de estudiantes que a los maestros blancos. Hacia mediados del siglo, el Comité Presidencial sobre Derechos Civiles (1947: 63) informó que los distritos escolares segregados no lograban suministrar a los estudiantes negros una adecuada educación pública.

<sup>8</sup> Wikipedia (2007) lista «disturbios raciales» entre 1890 y 1954 en Wilmington, Carolina del Norte; Lake City, Carolina del Norte y Greenwood County, Carolina del Sur en 1898; Nueva Orleans, Louisiana y Nueva York City, Nueva York en 1900; Atlanta, Georgia y Brownsville, Texas en 1906; Springfield, Illinois en 1908; East St. Louis, Illinois; Chester, Filadelfia; Filadelfia, Filadelfia y Houston, Texas en 1917; Washington, D.C.; Chicago, Illinois; Omaha, Nebraska; Charleston, Carolina del Sur; Longview, Texas; Knoxville, Tennessee y Elaine, Arkansas en 1919; Tulsa, Oklahoma en 1920 y 1921; Rosenwood, Florida en 1923; Harlem, Nueva York en 1935; Detroit, Michigan; Los Ángeles, California y Harlem, Nueva York en 1943; Columbia, Tennessee en 1946, a los que se suman los disturbios en todos los Estados Unidos después de la victoria de Jack Johnson sobre Jim Jeffries por el campeonato mundial peso pesado de boxeo en 1910.

<sup>9</sup> Sobre el «disturbio racial» de Tulsa de 1921, véase por ejemplo ВРОФНУ, 2002.

Desigualdades similares caracterizaron a otros servicios e instalaciones públicas en el nivel estatal y local. Solo una fracción de las bibliotecas públicas atendían a los negros —una fracción muy inferior a su proporción dentro de la población—. Los parques públicos y lugares de recreo para negros eran sustancialmente inferiores o no existían. Las calles de los vecindarios negros tenían un pobre mantenimiento en comparación con las de los barrios blancos. Los servicios gubernamentales estatales y locales para los negros eran o bien inferiores o bien denegados. La doctrina de *Plessy v. Ferguson* «separados pero iguales» implicaba claramente que estas prácticas del sistema *Jim Crow* eran contrarias a derecho.

El funcionamiento del derecho penal era abiertamente inequitativo. Las autoridades aplicaban el derecho con mayor rigor cuando las víctimas eran blancas que cuando eran negras. Era más probable que los negros fuesen sometidos a arrestos injustificados, allanamientos y confiscaciones abusivas y a detenciones extendidas innecesariamente antes de la imputación. La brutalidad policial contra los negros era generalizada. Era más probable que los juicios criminales de los negros fueran sumarios que los de los blancos. Los tribunales con frecuencia admitían prueba inaceptable contra los negros, incluyendo confesiones bajo coerción. Era más probable que las sentencias de los negros fueran desproporcionadas con relación al delito y mayores que los castigos a los blancos sentenciados por delitos similares. Estas prácticas estaban profundamente arraigadas en el sistema *Jim Crow*.

La discriminación racial en y por el gobierno federal resultaba generalizada (especialmente después del gobierno de Wilson), pero *no fue claramente* contraria a derecho hasta que la decisión de 1954 de la Corte Suprema en *Bolling v. Sharpe* obligó al gobierno federal a cumplir con las exigencias de la igual protección.

## 2. LA CORTE SUPREMA

Para indicar las actitudes dominantes de las autoridades en el último tercio del siglo XIX discutiré brevemente tres decisiones de la Corte Suprema que contribuyeron sustancialmente al desarrollo del sistema *Jim Crow*. El punto que quiero resaltar no es el corriente de que estas decisiones redujeron significativamente la reconocida autoridad del gobierno federal para garantizar los derechos civiles de los afroamericanos (aunque eso es cierto). Consiste, más bien, en que los criterios mayoritarios de la Corte comprendieron enunciados que habrían sido considerados en *ese momento* tan insensatos como para sembrar serias dudas sobre la sinceridad de la Corte y sobre su voluntad de hacer efectivos los derechos constitucionales y legales de los afroamericanos.

Resultará de utilidad reseñar en primer lugar el voto del Presidente de la Corte Taney (justo antes de la Guerra Civil) en *Dred Scott v. Sandford* (1857: 393-454). John Emerson había llevado consigo a su esclavo Dred Scott durante muchos años a territorios de Estados Unidos que prohibían la esclavitud. Tras el fallecimiento de Emerson, ya de regreso en Missouri, su viuda rechazó la oferta de Scott para comprar su libertad. Scott entonces introdujo una demanda por su libertad ante los tribunales de Missouri, fundándose en que los esclavos se emancipaban cuando se los conducía a territorios que prohibían la esclavitud. Esa doctrina había sido rutinariamente respetada en varios estados esclavistas, incluyendo a Missouri, de manera que Scott tenía buenas razones para ser optimista respecto del resultado. Sin embargo, en el caso de Scott, la Corte Suprema de Missouri, con un nuevo Presidente, revocó sus propios precedentes y falló en su contra. Scott llevó entonces el caso a los tribunales federales. Esto parecía posible porque el nuevo dueño de Scott, John Sanford<sup>10</sup>, era ciudadano del estado de New York y Scott había sido tratado tanto por el tribunal estatal como por el federal de Missouri como ciudadano de ese estado. En virtud de la «cláusula de diversidad»<sup>11</sup> de la Constitución federal, los tribunales federales tienen jurisdicción cuando un ciudadano de un estado demanda a un ciudadano de otro estado<sup>12</sup>.

Taney argumentó, no obstante, que los tribunales federales carecían de competencia porque *ninguna* persona con ancestros africanos, como Scott, *podía* ser un ciudadano de acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos. En lo que concernía al gobierno federal, los afroamericanos «no tenían ningún derecho que un hombre blanco estuviera obligado respetar» (*Dred Scott v. Sandford* 1857: 407). A ese infame enunciado le siguió una afirmación menos frecuentemente advertida:

Esta opinión estaba, por entonces, asentada y era universal en la porción civilizada de la raza blanca. Era considerada un axioma, tanto en moral como en política, que nadie hubiera pensado controvertir o suponer abierta a la discusión; y los hombres de todo nivel y posición en la sociedad, tanto en sus asuntos privados como en cuestiones públicas, actuaban diaria y habitualmente sin dudar un solo momento de la corrección de esta opinión (*Dred Scott v. Sandford* 1857: 407).

Taney sostuvo que, como estas ideas eran compartidas por los creadores de la Constitución, tenían el efecto de excluir a los afroamericanos, tanto libres como esclavos, de la pertenencia a la comunidad política.

<sup>10</sup> El nombre de Sanford fue asentado incorrectamente en los informes oficiales.

<sup>11</sup> El art. III, Sección 2, dice que «El poder judicial se extenderá a todos los casos ... entre ciudadanos de diferentes estados».

<sup>12</sup> Sobre la historia de *Dred Scott*, véase FEHRENBACHER, 1978.

La afirmación histórica de Taney no era solo errónea sino *obviamente* falsa. Pese a que citó muchas disposiciones raciales discriminatorias del derecho estatal y federal como prueba de la ideología de la supremacía blanca, no logró establecer que esa ideología se encontrara «asentada y era universal en la porción civilizada de la raza blanca», ni tampoco habría podido hacerlo. Y Taney, como hombre ilustrado, debió haberlo sabido.

Taney debería haber sabido que durante la Convención Constituyente de 1787, los delegados del Sur más profundo, particularmente de Georgia y South Carolina, habían reclamado protección constitucional de la esclavitud porque razonablemente temían al movimiento abolicionista que, en ese momento estaba logrando progresos prácticos<sup>13</sup>. Debería haber sabido bien que el sentimiento antiesclavista era importante incluso en los estados esclavistas del sur septentrional, como Virginia, donde las manumisiones inspiradas por el abolicionismo se habían vuelto algo corriente, y que dos delegados de la Convención, incluyendo a uno por Virginia, habían manifestado su apoyo al abolicionismo. En todo caso, presumiblemente sabía que, apenas unos días antes de la Convención Constituyente, el Congreso Continental en la misma ciudad había promulgado la Ordenanza Northwest, que prohibió la esclavitud en ese territorio. Habría sabido que por 1787 los estados del norte habían comenzado a abolir la esclavitud, y que varios de los nuevos estados del oeste pronto harían lo mismo. De manera que Taney sabía que su afirmación histórica era falsa. Cualquiera que prestara atención —y se prestó mucha atención en la época del caso *Dred Scott*—<sup>14</sup> habría considerado que la afirmación histórica de Taney expresaba su propia falta de voluntad para reconocer los derechos de los afroamericanos, no la visión unánime de la sociedad blanca «civilizada» de fines del siglo XVIII.

Me parece que Taney suministró un modelo para las decisiones de la Corte Suprema posteriores a la Guerra Civil que interpretaron los cambios constitucionales y legislativos que sentaron las bases jurídicas para la Reconstrucción. Considérense los tres casos principales de esa categoría:

Los *Casos del Matadero* (1873) eran sobre monopolios, pero la Corte Suprema se refirió a las enmiendas constitucionales que garantizaban, en términos más generales, igualdad jurídica a los afroamericanos (porque las enmiendas fueron invocadas por las partes perjudicadas). Al sostener que la cláusula de privilegios e inmunidades de la decimocuarta enmienda se

<sup>13</sup> Las notas de Madison sobre las actas de la Convención habían sido publicadas en 1840; véase KAMMEN 1986: 88. Mi agradecimiento a Carol Lee por esta referencia.

<sup>14</sup> Existía suficiente interés público en el caso como para garantizar la publicación en forma de libro de los nueve votos, editados por el Relator de la Corte (HOWARD, 1857).

refería solamente a una clase muy reducida de derechos federales (*Casos del Matadero* 1873: 73-74)<sup>15</sup>, el juez Miller en su voto afirmó que las enmiendas no aumentaban significativamente la autoridad federal frente a los estados (78), los cuales seguían teniendo la responsabilidad primaria de «la regulación de los derechos civiles» (82). Ésa fue una afirmación asombrosa. Como lo señaló el juez Field en su disidencia, «La enmienda fue adoptada ... para colocar a los derechos comunes a todos los ciudadanos americanos bajo la protección del gobierno nacional» (93). El voto de Miller negaba lo que era claramente verdadero. Ese aspecto crucial de la posición de la Corte no podía tomarse razonablemente como una interpretación honesta de la Constitución, sino que más bien indicaba la inescrupulosa resistencia a la Reconstrucción de la mayoría.

Para nuestros fines, a continuación se ubica el voto del juez Bradley en los *Casos de Derechos Civiles* (1883), relativos a la autoridad del Congreso para prohibir la discriminación racial en las instalaciones de propiedad privada abiertas al público, tales como posadas, teatros y ferrocarriles, que es lo que el Congreso hizo en el Acta de Derechos Civiles de 1875. La Corte había decidido previamente que las partes relevantes de la decimocuarta enmienda se referían únicamente a la «acción estatal»<sup>16</sup>. Ahora aplicaba esa regla para sostener que el Acta de Derechos Civiles excedía la autoridad del Congreso, porque la discriminación racial en posadas, teatros y ferrocarriles de propiedad privada no constituía una acción estatal<sup>17</sup>. Bradley además agregó:

Había miles de personas libres de color en este país antes de la abolición de la esclavitud, gozando de todos los derechos esenciales de la vida, la libertad y la propiedad al igual que los ciudadanos blancos, pero sin embargo nadie por entonces pensaba que constituyera una invasión de su estatus como hombres libres el que no contaran con todos los privilegios de los que gozaban los ciudadanos blancos, o el que estuvieran sujetos a discriminación en el goce de comodidades en las posadas, transporte público y lugares de esparcimiento (*Casos de Derechos Civiles* 1883: 25).

<sup>15</sup> La Corte lista «la prohibición de leyes *ex post facto*, castigos sin juicio previo, y las que restringen las obligaciones derivadas de los contratos», además de «otras pocas restricciones (innominadas)» (*Casos del Matadero* 1873: 77).

<sup>16</sup> Comenzando con *United States v. Reese* (1875).

<sup>17</sup> En su disidencia (*Casos de Derechos Civiles* 1883: 25-62), el Juez Harlan recordó a la Corte la bien sentada doctrina de que como los ferrocarriles, las posadas, etc., cumplen una función pública, actúan como agentes del estado y están rutinariamente sujetas a la regulación gubernamental, incluyendo el otorgamiento de licencias condicionales. Estos criterios familiares venían siendo aplicados por los tribunales de Estados Unidos durante el siglo XIX en los casos que surgieron a partir del desarrollo de los ferrocarriles. El hecho de que ninguno de los miembros de la mayoría considerara siquiera el argumento de Harlan sugiere que carecían de una réplica convincente.



El hecho de que había existido una severa, extendida y sistemática discriminación contra los negros libres durante el período previo a la guerra, tanto en el Norte como en el Sur, había sido observado en detalle por el Presidente Taney en su citado voto en *Dred Scott*. La reseña de Taney refuta la afirmación de Bradley de que los negros libres gozaban de los mismos derechos básicos que los blancos. Resulta difícil tomar en serio la afirmación de Bradley de que ninguna persona de color consideraba a esa discriminación como «una invasión de su estatus como hombres libres».

Otra parte del mismo pasaje del voto de Bradley también causa estupor. Escribe:

Cuando un hombre ha emergido de la esclavitud y, con la ayuda de legislación caritativa, se ha desembarazado de los aspectos concomitantes de ese estado, debe haber algún punto en el desarrollo de su elevación en el que asuma la posición de un mero ciudadano y deje de ser favorito especial de la legislación, y en el que sus derechos como ciudadano o como hombre deben ser protegidos a través de los medios ordinarios que protegen los derechos de los restantes hombres (*Casos de Derechos Civiles* 1883: 25).

Este pasaje trivializa cínicamente el terror y la discriminación extendida y organizada por entonces experimentada por los negros, y que había sido controlada únicamente a través de la aplicación deliberada del poder militar federal. La decisión de la Corte ayudó a justificar el retiro del gobierno federal de los esfuerzos por asegurar los derechos civiles de los afroamericanos.

Mi tercer ejemplo lo suministra el voto del juez Brown en *Plessy v. Ferguson* (1896). El párrafo más sorprendente de su voto dice lo siguiente:

Consideramos que la falacia que subyace al argumento del demandante consiste en asumir que la forzada separación de las dos razas estampa sobre la raza de color una insignia de inferioridad (*Plessy v. Ferguson* 1896: 551).

Esta oración fue escrita durante un período signado por una intensa campaña de propaganda de la supremacía blanca y con un linchamiento casi todos los días. Es difícil suponer que la mayoría de la Corte creyera en el enunciado que estaba refrendando públicamente.

Es fácil criticar con fundamentos puramente jurídicos muchas de las decisiones importantes de la Corte. Mi argumento en esta sección es diferente. Algunas aserciones hechas en nombre de la Corte en estos precedentes son tan insensatas que indican que la mayoría simplemente no creía en las posiciones que apoyaba y estaba decidida a minar las medidas jurídicas adoptadas con posterioridad a la Guerra Civil para otorgar derechos civiles a los afroamericanos.

Tras la desventurada Acta de Derechos Civiles de 1875, el Congreso gradualmente abandonó el esfuerzo por asegurar que los afroamericanos pudieran gozar de los derechos que la Constitución enmendada supuestamente les garantizaba. En 1877 el poder ejecutivo dejó de hacer valer tales derechos. Tomando en cuenta su decisión de 1873 en los *Casos de Matadero*, el poder judicial parece haber rechazado incluso antes el proyecto de reconstrucción adoptado oficialmente. El registro de la Corte Suprema durante la segunda mitad del siglo XIX indicaba que por entonces una mayoría de jueces estaba dispuesta a simular a fin de permitir el restablecimiento de la subyugación racial. De modo que, si bien suministró el fundamento ideológico para la creación del sistema *Jim Crow*, la Corte no obstante no legitimó jurídicamente las prácticas claramente contrarias a derecho de ese sistema.

### 3. TEORÍA JURÍDICA

Ahora quiero relacionar las actitudes de las autoridades hacia las normas jurídicas en el sistema *Jim Crow* con la tesis central de HART de que las autoridades de un sistema jurídico «aceptan» sus normas<sup>18</sup>.

HART (1994) hace referencia a tres categorías especiales de normas jurídicas que incumben más directamente a los funcionarios: las reglas de cambio, que confieren (por ejemplo, a las legislaturas) la autoridad para crear derecho; las reglas de adjudicación, que confieren (por ejemplo, a los tribunales) la autoridad para aplicar el derecho; y las reglas de reconocimiento, que reúnen los criterios que son reconocidos y empleados por las autoridades para determinar si una supuesta norma es una regla jurídicamente «válida» del sistema. HART cree, razonablemente, que es irreal asumir que los súbditos ordinarios estén familiarizados con los detalles de estas normas. Se supone que los funcionarios, particularmente los jueces, poseen la sofisticación jurídica requerida.

La distinción de HART entre los funcionarios y otros sujetos del derecho se ajusta a su tesis adicional de que el contenido de las reglas de cambio, adjudicación y reconocimiento de un sistema jurídico está determinado por la práctica argumentativa y decisoria de las autoridades. La regla de reconocimiento última de un sistema jurídico, por ejemplo, representa el hecho complejo de que los funcionarios conscientemente usan ciertos criterios para determinar qué otra cosa cuenta como derecho dentro del sistema y

<sup>18</sup> Agradezco a Matthew KRAMER sus comentarios, que me condujeron a revisar sustancialmente esta parte.

consideran ese uso como apropiado. La práctica oficial articulada *determina* los criterios de validez jurídica.

Estas distinciones son presupuestas en el conciso resumen que HART ofrece de su teoría general, cuando dice que hay

dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial (HART, 1994: 116-117) [HART, 1963: 143-144].

Aquí nos concierne primordialmente la segunda condición.

HART sostiene que los funcionarios tienen actitudes emparentadas hacia las reglas que creen que pertenecen a su sistema en virtud de satisfacer los criterios de validez jurídica del sistema. Un funcionario que cree que una regla semejante es parte de su sistema jurídico considera igualmente que ella establece una «pauta común y pública de conducta» (HART, 1994: 56-57, 89-90, 102, 108, 201) [HART, 1963: 71-72, 111-112, 128, 134, 248].

Necesitamos examinar más de cerca lo que esto significa. En el texto original de *El concepto de derecho*, HART alude a la actitud relevante que tienen los funcionarios respecto de las reglas de su sistema como «aceptación». Dice que la aceptación de las normas jurídicas, o la asunción del «punto de vista interno» hacia ellas, supone una «actitud crítica reflexiva» que «debe desplegarse en la forma de crítica (que incluye la autocrítica), exigencias de conformidad y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas». Se reconoce «la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros nos las formulan». Para la expresión de esas críticas, exigencias y reconocimientos se usa un amplio espectro de lenguaje «normativo», por ejemplo, «Yo (tú) tengo (tienes) que hacer eso», «Eso está bien», «Eso está mal» (HART, 1994: 57, la cursiva es mía) [HART, 1963: 71].

El uso de HART de los términos que resalté con cursivas parece implicar que quien «acepta» las normas no las considera como *meras* pautas jurídicas, sino como pautas que son empleadas adecuadamente y sin calificativos para la evaluación de la conducta.

HART reconoce, por supuesto, que «al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos de forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia» (HART, 1994: 210) [HART, 1963: 259-260]. En otras palabras, la aceptación no compromete con la suposición de que las reglas jurídicas desplazan a todas las restantes consideraciones que podrían aplicarse en cir-

cunstancias particulares. Eso sería insensato. Pero la aceptación, como la explica HART, es compatible con la noción sugerida en su última observación citada de que existe algo semejante a una presunción moral que favorece a la obediencia de las leyes que se admiten como jurídicamente válidas y por ende se «aceptan».

Esa noción no congenia con el modo en que HART interpreta la «separación del derecho y la moral». El reconocimiento de leyes escandalosamente injustas e inhumanas no se puede combinar plausiblemente con una presunción moral que favorece a la obediencia de leyes sin tener en cuenta su carácter, su contenido o sus reconocidas consecuencias. Esto sugiere que HART no ha expresado claramente (o no ha clarificado para sí) las nociones de «aceptación» y del «punto de vista interno».

Mostraré ahora que comprender la noción de «aceptación» de HART como lo hemos hecho hasta ahora genera problemas para su teoría jurídica. Bajo esa interpretación, la teoría niega que los funcionarios puedan desaprobado o violar sistemáticamente el derecho, tal como sugeriré que se podría razonablemente suponer lo hicieron ciertos subconjuntos de funcionarios durante el período de vigencia del sistema *Jim Crow*.

(Sin embargo, como mostraré seguidamente, estos contraejemplos se neutralizan una vez que se toma en consideración el *Postscript* de HART, el cual sugiere cómo comprender mejor la «aceptación» del derecho por parte de los funcionarios<sup>19</sup>. Bajo la interpretación revisada, la teoría de HART puede dar cabida al conjunto de actitudes de los funcionarios hacia el derecho bajo el sistema *Jim Crow*).

Para nuestros propósitos será suficiente considerar las actitudes de quienes aprobaron enteramente el sistema *Jim Crow* y la de quienes lo desaprobado con fuerza. Me referiré a estos dos grupos como los *defensores de la supremacía blanca* y los *partidarios de la igualdad racial*, respectivamente.

Tras la decisión recaída en *Brown* y otros desarrollos jurídicos vinculados, algunos funcionarios resistieron con fuerza la desegregación racial y apoyaron públicamente la supremacía blanca. Pero los americanos de origen europeo nunca han sido ideológicamente homogéneos. Algunos en las colonias del Sur se habían opuesto al desarrollo de la esclavitud basada en la raza, y hubo manifestaciones de desaprobación por parte de los blancos a la subordinación racial en los tiempos de la esclavitud y del sistema *Jim Crow*. Pero los defensores de la igualdad racial corrían el riesgo de sufrir sanciones tanto físicas como económicas. Como consecuencia de ello, algunos huye-

<sup>19</sup> De aquí en adelante pondré entre comillas «aceptar» cuando el término deba ser entendido de la forma que hasta ahora hemos supuesto que HART lo pretendió.

ron del Sur mientras que otros guardaron silencio. El apoyo continuado a la igualdad racial se puso de manifiesto, no obstante, en la prontitud con que muchos sureños blancos aceptaron la desegregación, pese a la oposición militante (y con frecuencia violenta) de los defensores de la supremacía blanca.

Parece razonable suponer que algunos funcionarios partidarios de la supremacía blanca aprobaban las normas básicas del sistema jurídico, incluyendo la Constitución federal, al menos en parte porque entendían que autorizaban la dominación racial blanca. También es perfectamente posible, no obstante, que otros defensores de la supremacía blanca desaprobaran las normas básicas del sistema jurídico en la medida en que creían que podían utilizarse para minar el sistema *Jim Crow*. Esto significa que algunos funcionarios no «aceptaban» todas las normas básicas del sistema. Continuaron ocupando cargos públicos, quizá porque deseaban usar su autoridad jurídica para prevenir la reforma igualitaria.

Considérense ahora las actitudes de los funcionarios defensores de la supremacía blanca hacia las normas no básicas que eran sistemáticamente violadas bajo el sistema *Jim Crow*, como la doctrina del caso *Plessy* de que las instalaciones públicas segregadas racialmente debían ser sustancialmente iguales y las prohibiciones penales ciegas al color de la violación y el homicidio. Algunos funcionarios públicos que aprobaban la subordinación racial no solo reconocían la validez jurídica de tales normas sino que intentaban hacerlas cumplir, por ejemplo, procesando a los responsables de linchamientos o intentando prevenir que las turbas linchadoras tomaran prisioneros. Podría considerarse que esos funcionarios «aceptaban» esas normas. Sus esfuerzos fueron escasamente exitosos, no obstante, y en general no les fue posible permanecer en sus cargos. Parece razonable suponer que otros funcionarios defensores de la supremacía blanca reconocieron la validez de esas normas (que, después de todo, no fueron jurídicamente objetadas bajo el sistema *Jim Crow*) pero sin embargo aprobaban su violación sistemática. No puede considerarse que esos funcionarios «aceptaran» las normas relevantes.

¿Cuán importante es esa no-«aceptación»? No asumo que deba entenderse que la teoría de Hart exige «aceptación» sin calificativos y absolutamente universal por parte de los funcionarios de todas las normas que consideran parte del derecho. Ésa sería una lectura poco realista, innecesaria y, por ende, poco caritativa de la teoría de HART. Lo importante de conjeturas como las esbozadas arriba es que la *falta* de «aceptación» no fue idiosincrásica o aberrante; fue sistemática y vinculada con prácticas profundamente arraigadas de los funcionarios, que resultaban abierta y claramente contrarias a derecho.

Consideremos ahora las actitudes de los partidarios de la igualdad racial que ocuparon cargos públicos durante la vigencia del sistema *Jim Crow*. Es razonable suponer que algunos aprobaban las normas básicas del sistema jurídico, al menos en parte porque las estimaban aptas para ser empleadas para minar el sistema *Jim Crow*. También es perfectamente posible, no obstante, que otros partidarios de la igualdad racial desaprobaban las normas básicas del sistema en la medida en que creían que esas normas permitían la subordinación racial. Esto significa que no «aceptaban» todas las normas básicas del sistema. Pese a ello, puede que hayan preferido ocupar cargos públicos, al menos en parte porque deseaban usar su autoridad jurídica, cuando fuera posible, para mitigar las cargas que el sistema *Jim Crow* imponía sobre sus víctimas.

Considérense ahora las actitudes de los partidarios de la igualdad racial hacia las normas jurídicas no básicas. Es razonable suponer que algunos estaban de acuerdo con adherir a la doctrina del caso *Plessy*, en la medida en que exigía una distribución más equitativa de las instalaciones y servicios públicos, y que estaban de acuerdo con la aplicación ciega al color del derecho penal. No obstante, les habría resultado imposible utilizar esas normas como «pautas comunes y públicas de conducta», puesto que otros resistieron de manera eficaz la reforma igualitaria. En consecuencia, no podría decirse con precisión que ellos «aceptaban» las normas relevantes.

Parece pues probable que un cierto número de funcionarios durante la vigencia del sistema *Jim Crow* fallaron sistemáticamente en «aceptar» importantes normas de su sistema. No aprobaron algunas normas, no las consideraron como pautas comunes y públicas de conducta, o bien ambas cosas. Por estas razones, parecería que el sistema *Jim Crow* falsa la teoría jurídica de HART.

Ese problema surge porque hemos entendido que la «aceptación» implica adoptar y seguir normas jurídicas de la misma manera que se internalizan y siguen las normas morales que se adoptan. Quiero sugerir ahora que leamos a HART en forma diferente, como resultado de lo cual esos contraejemplos se disuelven.

En su *Postscript a El concepto de derecho*, publicado póstumamente, HART reconoció que el texto original no distinguía entre la actitud que un funcionario debe tener hacia las normas básicas de su sistema jurídico y su actitud hacia los principios morales que adopta (HART, 1994: 254-256). HART pasó a considerar que las normas básicas de un sistema jurídico son convencionales en el sentido de que «la conformidad general del grupo hacia ellas es parte de las razones que sus miembros en concreto tienen para aceptarlas» (HART, 1994: 255). Entiendo que esto significa que se puede operar como funcionario si se está dispuesto a aplicar, y de hecho se aplican,

los mismos criterios para determinar qué es derecho que otros funcionarios aplican regularmente, *incluso si* se prefiriera (quizás sobre bases morales) que se utilizaran criterios algo diferentes.

El cambio mejora la teoría de HART. En general, es poco realista suponer que las actitudes de los funcionarios hacia el derecho deben estar cargadas moralmente. Los individuos que se convierten en funcionarios han sido adoctrinados dentro de un sistema jurídico existente. No podrían ejercer como funcionarios a menos que emplearan normalmente sus reglas de modo convencional. La aprobación moral de esas reglas no es necesaria y a veces sería completamente inapropiada.

Si decimos, junto con HART, que los funcionarios consideran a las normas de su sistema como «pautas comunes y públicas de conducta oficial», debemos reconocer que podrían calificar esa caracterización agregando el adjetivo *jurídicas* a esas pautas. Tales funcionarios reconocerían así, junto con HART, que el derecho bajo el cual viven y desempeñan su función no necesariamente posee mérito moral alguno, y que la autoridad del derecho, como la suya propia, es meramente jurídica. Reconocerían que la «justicia penal» se refiere al *derecho* penal, con todos sus defectos. Dependiendo de las circunstancias, podrían así desempeñar su función a conciencia<sup>20</sup>.

De este modo, un funcionario no necesita aprobar todas las normas de su sistema. Esto permite dar cuenta de las actitudes de los jueces federales que sostuvieron que el Acta de Esclavos Fugitivos era derecho válido en Estados Unidos y que, consiguientemente, la aplicaron mientras decían ser abolicionistas. Tales jueces aceptaban la visión convencional de que el fallo de la Corte Suprema en *Prigg v. Pennsylvania* (1842) había establecido la constitucionalidad de las leyes sobre esclavos fugitivos<sup>21</sup>. En cambio, algunos funcionarios que aprobaban la esclavitud bien podrían haber desaprobado las normas básicas del sistema, en la medida en que creyeran que podrían permitir la abolición de la esclavitud.

Puede resultar de ayuda el advertir que la autoridad jurídica y la influencia política que tenían diversos funcionarios eran limitadas. En el sistema de los Estados Unidos, los individuos que ocupan cargos federales están limitados en su competencia para introducir o efectivizar cambios jurídi-

<sup>20</sup> Esto presupone que el juramento de un funcionario de defender el derecho no necesariamente genera una obligación moral o, si lo hace, que esa obligación puede ser derrotada.

<sup>21</sup> No solo la norma de 1793 a la que se refería *Prigg* sino también la ley de 1850. Sin embargo, no resulta sencillo comprender la aceptación judicial de las disposiciones de 1850, dado que algunas de ellas (por ejemplo, la exclusión del testimonio del presunto fugitivo y la fijación del doble de remuneración a los comisionados cuando fallaban a favor del dueño del esclavo que cuando lo hacían en su contra) violaban manifiestamente la cláusula de debido proceso de la Quinta Enmienda.

cos. A esto se suma que el sistema estadounidense limita la potestad de los funcionarios federales para modificar el derecho estatual y local, y la de los funcionarios estatuales y locales para modificar el derecho federal. Por lo tanto, es posible que muchos funcionarios durante la vigencia del sistema *Jim Crow* desaprobaban al menos algunas de las prácticas claramente contrarias a derecho de otros funcionarios pero fueran incapaces de hacer algo al respecto a través del ejercicio de su autoridad jurídica. El sistema *Jim Crow*, incluyendo las prácticas contrarias a derecho que lo sustentaban, estaba bien arraigado.

La pregunta que cabe formular es qué actitud deberían necesariamente adoptar los funcionarios hacia los componentes bien arraigados pero claramente contrarios a derecho de su sistema jurídico. La teoría revisada de HART sugiere una respuesta: los funcionarios deben considerar esas prácticas como *convencionalmente* aceptadas en el sistema. Nos guste o no, *así es como se hacen las cosas aquí*. Lo que esto significa es que los funcionarios simultáneamente reconocen la *antijuridicidad* de esas prácticas. Esta combinación de actitudes parece incoherente e inherentemente inestable, pero esas consecuencias no constituyen una construcción de la teoría de HART. Reflejan las tensiones morales e intelectuales que deberían aquejar a cualquier individuo que ejerza como funcionario dentro de un sistema semejante.

#### 4. REFLEXIONES ADICIONALES

Este trabajo ha centrado la atención sobre un subconjunto particular de conductas oficiales antijurídicas —prácticas claramente contrarias a derecho que son abiertas y arraigadas—. He utilizado este enfoque restringido porque deseaba, en primer lugar, explicar ciertas virtudes de una importante revisión efectuada por HART de sus nociones de «aceptación» y del «punto de vista interno».

Hay una segunda razón que justifica el enfoque particular de este artículo. He querido establecer, mediante un claro conjunto de casos, que el gobierno puede violar abierta y sistemáticamente sus propias leyes por largos períodos de tiempo. Una vez que confrontamos ese hecho, podemos considerar a tales casos, junto con otros corrientes, como ejemplos problemáticos de incumplimiento y mal desempeño oficial.

La participación de funcionarios en prácticas claramente contrarias a derecho presenta un problema para la teoría y la práctica política, con mayor claridad en relación con la idea de la obligación moral de obedecer el derecho. Los teóricos generalmente están de acuerdo en que la existencia de una «obligación política» semejante es compatible con cierto grado de injusticia



del sistema. Eso concuerda con el objetivo de postular la obligación política, a la que se acude para exigir el cumplimiento del derecho incluso cuando es injusto.

Un argumento plausible a favor de la obligación política parecería suponer que las injusticias respaldadas por el derecho no son extremas, sistemáticas o arraigadas, y que el gobierno a través de sus funcionarios generalmente respeta su propio derecho, al que aplica de manera imparcial. El ejemplo del sistema *Jim Crow* y del conjunto más amplio de casos al que apunta parece incompatible con esas condiciones. Ellos desafían el supuesto (que comúnmente asumen los estadounidenses) de que los Estados Unidos suministran un modelo de respeto hacia el Estado de Derecho y que ejemplifican un sistema que respalda la obligación política.

Podemos ir más allá. Como lo he señalado, el sistema *Jim Crow* mantuvo un esquema de supremacía blanca que fue aceptado o adoptado por la mayor parte de los líderes políticos de la nación desde sus comienzos como nación independiente en el siglo XVIII. La conservación de esa jerarquía racial después de la abolición de la esclavitud exigió violaciones sistemáticas del Estado de Derecho así como una extrema injusticia. Pese a esto, ha sido un lugar común para los líderes políticos el invocar la idea de una obligación moral de obedecer el derecho. Esto exige y promueve miopía moral<sup>22</sup>.

Dudo que la historia de los Estados Unidos ofrezca a este respecto un argumento a favor de la singularidad americana. Es probable que hayan existido prácticas semejantes en todas las sociedades que han estado divididas por la raza, las castas, la clase o el género.

El ejemplo del sistema *Jim Crow* puede también resultar engañoso. Puede sugerir que las prácticas arraigadas contrarias a derecho son siempre moralmente perniciosas y que los funcionarios que subvierten sistemáticamente el derecho lo hacen por razones moralmente incorrectas. No obstante, no es necesario asumir tal cosa. La falta deliberada de respaldo a prohibiciones jurídicas que son consideradas, en forma amplia y razonable, como anticuadas, poco sensatas o moralmente objetables — como las leyes contra el juego privado y los apartamientos de exigencias rigurosas para dictar sentencias — constituyen ejemplos plausibles de lo contrario. Debe advertirse, sin embargo, que esas prácticas difieren de los linchamientos del sistema *Jim Crow*, en tanto no forman parte de un sistema generalizado.

---

<sup>22</sup> He analizado esta cuestión en forma más general en LYONS, 1988.



### CAPÍTULO III

## CONFORMIDAD, COSTUMBRE Y CONGRUENCIA: REPENSANDO LA EFICACIA DEL DERECHO

Gerald J. POSTEMA

Desde sus bases, el derecho descansa en una práctica social; podría incluso decirse que el derecho desde sus bases es algo que depende de una convención, si es que estamos dispuestos a admitir una noción muy amplia de convención. Se considera que esta *tesis convencionalista* captura algo esencial acerca de la naturaleza del derecho. Si bien esto no es una mera tautología, representa algo así como una plataforma de acuerdo en la teoría del derecho contemporánea de habla inglesa. Firmemente posicionados sobre esta plataforma, como era de esperar, se encuentran los positivistas que visten los colores hartianos, pero también se ubican allí positivistas de otras clases y muchos antipositivistas. El debate de la teoría del derecho no se ha centrado en la verdad de la tesis convencionalista, sino en cómo comprenderla mejor.

Desde HOBBS, la moderna teoría jurídica positivista ha tendido a favorecer una interpretación formalista o centralista de la tesis convencionalista. Para los positivistas clásicos, la práctica social o convención sobre la que se funda el derecho se concebía como la obediencia regular de los súbditos al soberano que creaba el derecho. Ésta es una interpretación formalista o centralista en el sentido de que considera como núcleo de la práctica social al ejercicio de la autoridad o poder por parte de lo que se toma como la

institución jurídica más importante (es decir, definitoria del derecho). Para HOBBS esta obediencia tenía sus raíces en un acuerdo entre los súbditos de tomar como derecho a los mandatos del soberano, mientras que BENTHAM consideraba esta práctica como un tipo de convención en el sentido restringido de un equilibrio relativamente estable en una red compleja de expectativas mutuas (POSTEMA, 1986: 232-237). Es importante advertir que para los positivistas clásicos esta práctica social constitutiva de la soberanía no solo suministraba los criterios de validez del sistema jurídico, sino que también aseguraba su *eficacia*, su aptitud para operar sobre y a través de las decisiones y acciones de los sujetos al derecho. Para los positivistas clásicos, el fundamento de la eficacia del derecho era *amplio*, anclado en la amplia práctica social de obediencia que se consideraba esencial para su existencia.

HART, y muchos positivistas después de él, retuvieron el centralismo del enfoque clásico pero desplazaron las consideraciones acerca de la eficacia del derecho a los confines de la tesis convencionalista. HART restringió los fundamentos convencionales del derecho a la práctica de los funcionarios que aplican el derecho en la limitada empresa de reconocer a las normas jurídicas como válidas en el sistema, aunque agregó —en lo que para algunos podría parecer una ocurrencia tardía— que la conformidad general de la conducta de la población al derecho reconocido por los funcionarios es también necesaria para su existencia (HART, 1994: 116-117) [HART, 1963: 145-146]. En las últimas dos décadas más o menos, aunque la *naturaleza* de los fundamentos convencionales del derecho ha sido objeto de mucha discusión, se ha dirigido escasa atención a la cuestión de su alcance.

Este consenso contrasta agudamente con el pensamiento antiguo y con (cierto) pensamiento moderno acerca del derecho. ARISTÓTELES, por ejemplo, asumía como un lugar común que el «*nomos* [derecho promulgado] no tiene ningún poder sin la fuerza del *ethos* [costumbre]» (ARISTÓTELES, *Política* II.8: 1269a20), punto en el cual sigue al Ateniense de *Las leyes* de PLATÓN (793b-c), quien sostenía que las leyes no escritas bien arraigadas y la costumbre se unen y aseguran las leyes formales de una organización política y hacen posible la introducción de nuevas leyes promulgadas en la estructura existente del derecho. Sostenían que las normas sociales informales constituyen la infraestructura del derecho y de la organización política que él regula. Este enfoque se repite en el *Decretum* del siglo XII (D 4, pc 3): «Las leyes son instauradas con la promulgación», escribió GRACIANO, pero se encuentran «firmemente establecidas cuando son aprobadas por la práctica de quienes la observan» (PORTER, 2007: 92-93). La «aprobación» en cuestión (como el «acuerdo común» de ARISTÓTELES —*homología*) no consiste en la aquiescencia, y menos en el asentimiento, de los individuos a las leyes formales promulgadas que los gobiernan, sino más bien en la integración del derecho en su práctica ordinaria y cotidiana. Es posible encon-

trar un enfoque muy parecido en el corazón de la teoría jurídica del *common law*, tanto en su forma clásica representada, por ejemplo, por Sir Mathew HALE (POSTEMA, 2002: 171-176), como en la versión moderna de FULLER (POSTEMA, 1994). La teoría jurídica del *common law*, como sus antecedentes antiguos y medievales, insistía en un fundamento convencional del derecho más amplio y sustantivo que el reconocido por el positivismo clásico y sus versiones posteriores.

No obstante, es probable que este convencionalismo más amplio nos parezca a la mayoría de nosotros una extravagante antigüedad, admisible quizás para una época y para formas de organización política y social que hace mucho dejaron de existir, pero claramente privado de todo contacto con los más complejos y sofisticados sistemas jurídicos modernos y, por ende, falso como tesis acerca de la naturaleza del derecho. En esta crítica hay algo de verdad, y seguramente no queremos cometer el error, expuesto crudamente por BENTHAM, de confundir la *costumbre del país* con la *costumbre judicial* (BENTHAM, 1977: 182-183, 216-218, 330-335; POSTEMA, 1986: 273-275). Dicho esto, sin embargo, creo que la ortodoxia actual respecto de la eficacia del derecho no es menos problemática. Haríamos bien en repensar la noción de eficacia del derecho. No voy a defender en su totalidad el convencionalismo de la teoría jurídica del *common law*, pero argumentaré a favor de una noción más rica y amplia de eficacia del derecho y defenderé que debe tener un papel más importante en los fundamentos convencionales del derecho.

## 1. EL PROBLEMA DE LA EFICACIA

Para comenzar esbozaré los contornos del problema de la eficacia del derecho empleando la explicación familiar de HART como conveniente punto de partida. Primero, sin embargo, dado que la discusión en el área puede verse perjudicada por la confusión en torno a la terminología, propongo delimitar nuestro lenguaje de la siguiente forma. Debemos distinguir entre la eficacia del derecho, por un lado, y su efectividad, por el otro. La eficacia es el poder o capacidad de algo para producir un efecto que responde adecuadamente a su propósito. Cuando lo hace con cierto grado de éxito, es eficaz o efectivo: cuanto más exitoso, más efectivo. La efectividad se manifiesta en los efectos o resultados de un proceso o actividad productiva, y la medida de la efectividad es la medida del éxito del proceso en producir los efectos. La eficacia se refiere a las propiedades o constitución de algo que le confieren el poder en cuestión, por lo que no debe ser confundida con la eficiencia. Si juzgamos que algo es eficiente, lo consideramos especialmente bueno para producir los efectos pretendidos y, más específicamente, para producirlos en una proporción de coste-beneficio óptima.

### 1.1. La eficacia del derecho moderno: la visión de HART

Con lo anterior en mente, considérense dos modalidades en contraste de la eficacia de las normas jurídicas. Considérese en primer lugar el derecho internacional consuetudinario. Las normas del derecho internacional consuetudinario son *concretas desde el punto de vista práctico* (POSTEMA, 2007: 290-291). En otras palabras, necesariamente no solo están ancladas a las acciones concretas del mundo social que gobiernan, sino que su existencia, contenido y fuerza práctica están determinados por esas acciones — acciones que son ampliamente ejecutadas en la comunidad relevante, o que son ejecutadas por grupos que no se distinguen de ninguna forma especial de otros grupos en la comunidad y, por lo tanto, se considera que actúan en nombre del público. Toda expresión de esas normas, incluso aunque sea oficial y formal, responde a tales actos. Además, es imposible demarcar con precisión una línea entre la formación de las normas consuetudinarias y su aplicación.

La práctica es lo que crea [el derecho consuetudinario], y la práctica es el modo en el que se aplica, de modo que puede resultar difícil distinguir con qué aspecto se está lidiando. En forma similar, las reglas consuetudinarias establecidas rara vez son simplemente abolidas: normalmente se las reemplaza por otras reglas. El proceso consuetudinario es de hecho continuo: no se detiene cuando la regla emerge, incluso si se pudiera identificar ese momento... Aun después de que la regla ha «emergido», cada acto de cumplimiento la fortalecerá, y cada violación, si se la consiente, ayudará a minarla (MENDELSON, 1998: 175).

Las acciones crean y sustentan las normas del derecho internacional consuetudinario, pero también las modifican, refinan y reemplazan. A menudo sus normas se modifican y reemplazan por otras nuevas a través de lo que podría razonablemente considerarse como sus violaciones: *ex iniuria ius oritur*. De esto se sigue que la eficacia del derecho internacional consuetudinario consiste en su efectividad manifiesta — que estén *en práctica* en la comunidad relevante; esto es esencial para su existencia y constitutivo de su naturaleza como normas de este tipo—.

Esta explicación de la modalidad de la eficacia y de la existencia de las normas consuetudinarias es conocida para los lectores de *El concepto de derecho* de HART, aunque él sostiene que a este respecto las reglas sociales son esencialmente diferentes de las normas jurídicas (HART, 1994: cap. 5.3). HART sostenía que una sociedad gobernada únicamente por tales reglas carece de la estructura institucional definitoria del derecho, esto es, de las instituciones que crean, aplican, hacen cumplir y —crucialmente— reco-

nocen el derecho (todas definidas por tipo: distintivos de reglas secundarias, que gobiernan a los funcionarios y son sostenidas por ellos). Dado que las normas jurídicas son producto de las actividades constitutivas de derecho de esos funcionarios, es posible distinguir de manera relativamente precisa entre la formación de las normas jurídicas y su aplicación y, por consiguiente, es posible distinguir claramente entre las violaciones de las normas jurídicas y las acciones realizadas para modificarlas. Según HART, a diferencia de las normas consuetudinarias, la existencia de las normas jurídicas individualmente consideradas no depende de que quienes son gobernados por ellas las practiquen. Su estatus o validez jurídica depende estrictamente de la satisfacción de los criterios establecidos en una regla de reconocimiento, que no es una regla del sistema jurídico, sino más bien una regla social que lo sustenta, constituida por la práctica de los funcionarios que aplican el derecho. La existencia y el estatus jurídico de cada norma del sistema, y la persistencia en el tiempo del sistema jurídico como un todo, dependen de los funcionarios que aceptan y practican la regla de reconocimiento fundante. Como los ciudadanos ordinarios no participan en la práctica constitutiva de la regla de reconocimiento, ellos contribuyen en un mínimo a la existencia del sistema jurídico a través de su conformidad general a las normas, pese a que «en una sociedad saludable» quienes están sujetos al derecho pueden aceptarlas como pautas comunes y públicas.

Por consiguiente, HART reconoce dos condiciones necesarias mínimas para la existencia de un sistema jurídico: 1) la regla de reconocimiento fundante debe ser aceptada y practicada por los funcionarios que aplican el derecho, y 2) la conducta de la mayoría de la población que es gobernada por estas normas debe estar en amplia conformidad con el sistema de normas jurídicas que se remonta a la regla de reconocimiento (HART, 1994: 116-117) [HART, 1963: 145]. HART en gran medida guarda silencio sobre el estatus de la segunda condición y sobre la relación entre ambas, pero está claro que consideraba que la condición de la conformidad general es una condición conceptualmente necesaria para la existencia de un sistema jurídico.

Brian TAMANAHA, no obstante, ha sostenido que HART debería abandonar esta tesis porque va contra lo que de hecho acontece con los sistemas jurídicos, como el de la Micronesia de post-guerra (TAMANAHA, 2001: xi-xii, 145-146). El derecho de Micronesia fue enteramente importado de los Estados Unidos por estadounidenses, y la mayoría de sus participantes activos eran estadounidenses (especialmente, abogados estadounidenses), mientras que los micronesios ignoraban por completo el derecho, temían y evitaban lo que conocían de él, y en general lo consideraban como una presencia extraña y en su mayor parte irrelevante. Su importancia era marginal para mantener el orden social en las zonas rurales y su atención estaba confinada al funcionamiento del gobierno en la capital. Las cuestiones cotidianas de la

gente de Micronesia eran reguladas por normas sociales que no tenían casi ninguna conexión con el derecho formal. TAMANAHA afirma que el sistema jurídico de Micronesia funcionaba, pero no era efectivo y era generalmente ignorado por la población.

Creo que debemos resistir la propuesta de TAMANAHA. El argumento que apoya esta necesidad conceptual de la eficacia del derecho para su existencia es bastante categórico. El derecho es un sistema normativo — un conjunto estructurado de normas — que define un ordenamiento de la vida social. No es meramente un conjunto de normas *para*, esto es, que se ocupa de y, en este sentido, gobierna una sociedad en particular; más bien es un conjunto de normas *en vigor* en esa comunidad. RAZ ha señalado correctamente que «un sistema jurídico existe si y solo si está en vigor» en alguna comunidad (RAZ, 1979: 104). Es capaz de cumplir con su cometido normativo precisamente en virtud del hecho de que se encuentra en vigor en la comunidad. La idea de una proposición normativa abstracta que nunca es usada o seguida, que es válida o verdadera pero que aún no ha sido adecuadamente contemplada o seriamente considerada por ningún agente racional, es seguramente una idea inteligible, pero la idea de un sistema jurídico que nunca se usa o practica, o que no se practica más, resulta prácticamente ininteligible. Es más bien «como una pieza de música nunca ejecutada, una oferta que ha languidecido esperando aceptación» (JONES, 1969: 4). El abstraer un conjunto de normas jurídicas del contexto social de su funcionamiento normal es, en el mejor de los casos, considerar un sistema jurídico posible, hipotético o virtual, pero no uno real. En consecuencia, si un sistema de normas no logra ordenar la vida social de una comunidad en una medida sustancial, debemos concluir que ese conjunto de normas no es el sistema jurídico de esa comunidad, incluso si una elite autodesignada lo trata como tal.

## 1.2. ¿Cuándo está en vigor el derecho en una comunidad?

Este argumento lleva al primer plano una nueva pregunta: ¿qué significa que un sistema jurídico se encuentre en vigor en una comunidad? David LEWIS una vez preguntó qué relación debe existir entre un posible lenguaje y una cierta población para que ese lenguaje sea el lenguaje real de esa población (LEWIS, 1969: 176-177). Y sostuvo que la respuesta obvia, esto es, que la gente debe *usar* ese lenguaje, no es enteramente adecuada porque podrían usarlo en privado para conciliar el sueño, o usarlo juntos para cantar operas (sin entender las palabras). No simplemente cualquier modo de usar el lenguaje lo haría suyo — *como lenguaje*, podríamos decir—. LEWIS resaltaba que deben usarlo *del modo correcto*. Deben usarlo de una forma apropiada a su naturaleza como lenguaje. LEWIS consideraba que el lenguaje se usa del



modo correcto cuando la gente lo usa en conjunto de conformidad con una genuina convención, que es «algo que todos hacen en P porque cada uno espera que sus compañeros conversacionales en P lo hagan también, y porque un interés común en comunicarse los conduce a querer hacer su parte si los demás hacen la suya» (LEWIS, 1969: 177). Usar el lenguaje no es algo que los individuos hacen tomados por separado, sino como miembros de una comunidad de hablantes. La red de expectativas se produce y sostiene a través de la participación en la práctica y a través del reclutamiento y entrenamiento de nuevos miembros en la práctica. Las normas del lenguaje funcionan como normas para los individuos solamente porque son reconocidas como normas para la comunidad de hablantes de la que forman parte.

La pregunta de LEWIS, transpuesta en clave de teoría del derecho, ofrece un punto de partida fructífero para nuestra búsqueda. Para que el derecho esté en vigor en una comunidad debe ser *usado* en esa comunidad *del modo correcto*, dónde hacerlo implica una cierta *convención*, esto es, una red compleja de expectativas de usuarios regulares del derecho. Pero inmediatamente dos cuestiones demandan atención: ¿cuál es el objeto de la convención y quiénes son sus participantes (necesarios)? HART propone que el derecho «es usado del modo correcto» solo cuando las autoridades practican una convención de reconocimiento del derecho y la conducta de la mayoría de los ciudadanos está en su mayor parte en conformidad con las normas del sistema. Pero esta propuesta es equivocada.

El problema fundamental es que la condición de conformidad de HART es demasiado débil para medir la efectividad del derecho. Se considera que dicha condición es satisfecha por descripciones estrictas de comportamientos, determinaciones de si el comportamiento es consistente con las normas que rigen, sin considerar las motivaciones o razones de los agentes que se involucran en él<sup>1</sup>. Puede que no haya nada que pueda decirse *en general* acerca de los puntos de vista internos de quienes están sujetos al derecho (HART, 1994: 117) [HART, 1963: 146]. No obstante, la medida de la efectividad es la medida del éxito *del derecho* en cierto sentido. Por ello, las meras correlaciones fortuitas del comportamiento con las normas jurídicas establecidas no logran poner de manifiesto la efectividad del derecho. Para hacerlo debe ser posible atribuir la conducta a los esfuerzos y al funcionamiento del derecho, que se remontan a las propiedades o potestades del derecho. Además, dado que se estima que la efectividad es esencial para la existencia del derecho, esas propiedades o potestades deben ser parte de la naturaleza

---

<sup>1</sup> HART habla de «obediencia» en lugar de «conformidad», pero sus críticas a AUSTIN dejan en claro que trata a los dos términos como equivalentes y que considera a la conformidad como algo que puede observarse desde el punto de vista «externo extremo».

del derecho. Si la conformidad es un rasgo necesario de la existencia del derecho, la conducta que ella comporta debe tener una relación significativa con las características necesarias del derecho<sup>2</sup>.

Por otra parte, la relación entre el derecho y la conducta que está en conformidad con él debe ser de cierto tipo. Imagínese una sociedad gobernada por un conjunto de normas generales en la cual el comportamiento de sus miembros se encuentra en gran medida de conformidad con ellas, pero únicamente en virtud de los esfuerzos de un vasto ejército de funcionarios encargados de hacerlas cumplir parados junto a cada miembro, emitiendo mandatos particulares (acompañados por incentivos para seguirlos) cada vez que alguna norma se aplica a sus acciones. Si en verdad podemos imaginar una sociedad semejante —hay razones para dudar de esa posibilidad— tendríamos que concluir, sin embargo, que el comportamiento de los miembros, si bien no es inconsistente con las normas jurídicas, no exhibe su efectividad, de manera que no es un indicador de su eficacia. Y ello porque, bajo las condiciones descritas, las normas de ningún modo guían el comportamiento de los miembros de la sociedad, sino únicamente las acciones de quienes las hacen cumplir (si es que lo hacen). El problema en este caso no es que la coerción se despliega para motivar la conformidad, sino más bien que las normas jurídicas no funcionan como normas para —esto es, no son usadas por— aquellos a quienes parecen estar dirigidas. Si las normas jurídicas juegan algún papel en la dirección de la conducta de los miembros ordinarios del grupo, lo es como pautas a través de las cuales quienes las hacen cumplir determinan cómo deberían actuar respecto de esos miembros, del mismo modo en que las reglas de los circos regulan el trato que los entrenadores deben dar a los tigres y a los elefantes.

Podemos explicar este problema en los siguientes términos familiares. El *modus operandi* primordial del derecho consiste en guiar las acciones de agentes inteligentes y autónomos, dirigiéndoles normas generales a las que han de conformarse sus acciones. No siempre es necesario que tales agentes *cumplan* con esas normas, en el sentido de que busquen hacer que su comportamiento se conforme a ellas *actuando específicamente* por las razones que esas normas les suministran. No obstante, debe verificarse la relación correcta entre las normas generales y los comportamientos de sus destina-

---

<sup>2</sup> De hecho, sin una relación interna significativa entre el comportamiento y el derecho que ha de guiarnos, no resulta claro que podamos juzgar inteligentemente que aquel está de conformidad con las normas jurídicas. Visto «externamente», cualquier tramo de conducta puede ser descrito de un número indefinido de formas, de manera que sin información adicional, no hay razón alguna para seleccionar una de tales descripciones presentándola como de conformidad con el derecho. A lo sumo se podría decir de ella que no viola el derecho, pero esa mera expresión negativa no nos brinda ninguna información acerca del derecho, y menos confirma su eficacia.

tarios de conformidad con ellas. Los esfuerzos mediadores del ejército de encargados de hacerlas cumplir, dictando en cada instancia concreta mandatos específicos respaldados por incentivos, no es el tipo correcto de relación porque allí no se encuentran en modo alguno involucradas las aptitudes de sus destinatarios para ejercer una autonomía inteligente. Por consiguiente, las normas generales no están en vigor para ellos, y quienes las hacen cumplir pueden usar el derecho, pero no *como derecho*. Por lo tanto, todavía sigue pendiente la pregunta: ¿Qué significa decir que el derecho está en vigor, que se usa del modo correcto en una cierta comunidad?

### 1.3. Distancia, alienación y derecho moderno

Debemos precisar más esta cuestión. Siguiendo la línea de pensamiento recién introducida podríamos vernos tentados a decir que un cierto derecho está en vigor en una población solo cuando sus gobernados en su mayoría cumplen con él, en el sentido de que buscan hacer que su comportamiento se conforme a él, o que las normas jurídicas figuran de un modo no accidental como premisas en su deliberación práctica. Pero esto tampoco es correcto, por razones que HART comprendía perfectamente y se esforzó en resaltar.

Las razones que ofrece HART al insistir en su débil condición de la efectividad son instructivas e indican los factores que debemos tener en mente cuando buscamos una explicación más adecuada. Del relato heurístico que efectúa en el capítulo V de *El concepto de derecho*, resaltando las características definitorias del derecho, HART extrajo una moraleja aleccionadora. De acuerdo con HART, cada una de las reglas primarias en una sociedad prejurídica existe en su propia base, por así decirlo, en la aceptación general de quienes la practican. Pero, como resultado de la institucionalización, centralización, y formalización características del derecho, se abre una doble brecha entre las normas jurídicas y las personas a quienes gobiernan. Las normas jurídicas son válidas, no en tanto son practicadas, sino solo en tanto satisfacen las condiciones establecidas en la regla de reconocimiento, una regla practicada por los funcionarios que aplican el derecho. Por consiguiente, es probable que las reglas sociales de primer orden no sean meramente *suplementadas* por una estructura de reglas de segundo orden que crean y mantienen instituciones, un patrón trazado sobre una red ya establecida de costumbres y prácticas, sino más bien *suplantadas* por reglas primarias creadas por los propios funcionarios. Las normas jurídicas, incluso las primarias, pueden ser «desintegradas» (BERMAN, 1983: 86) —o quizá debería decir «no-integradas»—, dado que puede que nunca hayan estado integradas en las prácticas sociales ordinarias e informales. «Las normas convencionales no pueden ser muy divergentes respecto de lo que la gente realmente

hace», escribe MACCORMICK, «porque su existencia está determinada por lo que la gente realmente hace. Las normas institucionalizadas pueden ser divergentes de ese modo, incluso si las bases de su institucionalización dependen de un hábito común de respeto por la constitución, e incluso si este último hábito está bastante extendido» (MACCORMICK, 2007: 70).

Si esto es verdad respecto del derecho moderno, podemos esperar que los sujetos de derecho ordinarios no conocerán, o siquiera tendrán una vaga idea, de la regla de reconocimiento del sistema jurídico que los gobierna, y mucho menos que la aceptarán; después de todo, no es su práctica, sino más bien la práctica de una élite jurídica. Por otra parte, podemos esperar que muchos de los sujetos de derecho tendrán solamente un conocimiento rudimentario de las normas jurídicas sustantivas. La «verdad aleccionadora» del derecho, concluye HART, es que las ventajas de la formalización y de la institucionalización del orden social que ofrece el derecho tienen un alto costo, porque el derecho trae aparejado un serio riesgo de que el poder jurídicamente constituido y centralizado pueda ser usado para la opresión de un gran número de personas de cuyo apoyo puede prescindir (HART, 1994: 117, 201-202) [HART, 1963: 146, 248-250]. La *distancia* inevitable entre el derecho y aquellos a quienes gobierna abre la posibilidad adicional de la *alienación* más o menos radical de los segundos respecto de ese derecho.

Aunque HART considera a la alienación radical como un caso extremo, la diferencia entre ella y los casos menos extremos reside en gran medida en el grado de opresión e injusticia del sistema jurídico en cuestión. La «actitud interna» de los ciudadanos ordinarios no será muy distinta en ambos casos, porque en casi todos ellos es poco probable que los ciudadanos ordinarios estén en posición de adoptar el punto de vista interno con respecto al derecho, dado que tendrán únicamente un conocimiento muy rudimentario de él. «El propio hecho de la institucionalización del poder legislativo significa que el ejercicio de ese poder puede dar por resultado textos legales muy imperfectamente observados — si es que son observados — como normas operativas desde el punto de vista de cualquier usuario», observa MACCORMICK; «constituye en gran medida una pregunta abierta cuánto del derecho oficial es parte integrante de la conciencia activa de la gente común» (MACCORMICK, 2007b: 70-71). Scott SHAPIRO argumenta adicionalmente que esto no es sorprendente, dado que el derecho como un todo, no solo la regla de reconocimiento, es fundamentalmente una práctica exclusiva de los funcionarios jurídicos. Incluso los ciudadanos ordinarios que actúan voluntariamente de conformidad con el derecho no son participantes del sistema jurídico debido a que el «cometido del derecho es la creación y ejercicio de la autoridad, y sus participantes son los funcionarios que operan las palancas del poder jurídico. Los ciudadanos obedientes han de ser considerados más como par-

«participantes cooperativos en la vida social de la comunidad» que como participantes en el sistema jurídico (SHAPIRO, 2002: 418).

SHAPIRO ofrece, según mi parecer, una visión seriamente distorsionada del derecho, aunque podría argumentarse que ella se encuentra dentro del espíritu del enfoque de HART. Sin embargo, las deficiencias de esta visión no desmerecen el hecho de que HART haya llamado la atención sobre características familiares de las vidas ordinarias de los ciudadanos vividas a la sombra del derecho. Rara vez los ciudadanos tienen algo más que una comprensión rudimentaria de la mayor parte del derecho, y ciertamente muy poca o ninguna comprensión de sus características más técnicas. Rara vez tienen acceso a materiales jurídicos, y no sabrían cómo manejarlos si lo tuvieran. En consecuencia, es poco probable que entiendan las proposiciones normativas a las que apuntan estos textos y otros materiales jurídicos cuando se los relaciona y comprende adecuadamente. Parecería, entonces, que es difícil sostener que los ciudadanos ordinarios aceptan estas proposiciones normativas y las tratan como pautas comunes para su conducta y las de otros conciudadanos.

Los argumentos de las páginas precedentes provocan una antinomia, o al menos nos ponen frente a un crudo dilema: no puede entenderse que «usar [el derecho] del modo correcto» involucre una extendida aceptación y práctica del derecho, tal como HART entiende estas nociones, debido a la inevitable distancia entre el derecho formal y las prácticas sociales ordinarias, así como la probable alienación de los ciudadanos ordinarios respecto de ese derecho; pero, por otro lado, también es un error limitar el «uso» a la aceptación por parte de los funcionarios respaldada solo por la mera conformidad de la población en general (correlación fortuita de sus conductas y las normas jurídicas formales), como insistiera HART.

Propongo abrir un camino entre los dos cuernos de este dilema. En lo que sigue delinearé un esbozo de una visión de la eficacia del derecho que nos permitirá hacer eso. Mi esbozo procederá en tres etapas. En la primera identificaré algunas características importantes de la modalidad de guía normativa que es distintiva del derecho. En la segunda sostendré que, en vista de esta modalidad de guía normativa, constituye una condición necesaria de la existencia del derecho el que exista un grado sustantivo de congruencia entre las normas jurídicas formales y las costumbres informales y las prácticas de la vida ordinaria en la sociedad gobernada por ellas. Defenderé que la extensión de esa congruencia es la medida de la eficacia del derecho. En la tercera etapa argumentaré que el derecho eficaz no solo presupone esa congruencia, sino también que el derecho cumple su función normativa a través de la mediación de las prácticas sociales informales. Esto nos dará una idea general de lo que significa que una comunidad use su derecho del modo correcto.

## 2. GUÍA NORMATIVA

Comenzaré a partir de lo que asumiré que constituye una base común en la teoría jurídica: la idea de que es un hecho conceptualmente necesario acerca del derecho que éste busca hacer las tareas que se le asignan suministrando una guía normativa a agentes autónomos racionales e inteligentes. Esta característica no es una *función* del derecho, y menos su función más importante —no tiene sentido atribuir al derecho el *objetivo* (más o menos autosuficiente) de asegurar el cumplimiento—, sino que más bien define el carácter instrumental distintivo del derecho, el modo característico en que el derecho asume la ejecución de cualquier función que se le asigne. La clave para resolver la antinomia antes señalada y para explicar qué significa decir que el derecho está vigente en una comunidad —que esa comunidad «lo use del modo correcto»— consiste en comprender cómo pretende el derecho guiar a los ciudadanos ordinarios. No obstante, nuestra idea intuitiva, que toma como modelo al mandato directo, es demasiado simple para captar la forma de guía normativa que es distintiva del derecho. No es posible explorar aquí esta cuestión en detalle, pero para nuestros propósitos pueden ser suficientes las siguientes observaciones.

En el modelo del mandato o directiva dotada de autoridad, las normas jurídicas se *dirigen a* sujetos de derecho individualmente considerados, como si alguien con autoridad emitiera un mandato a otra persona sujeta a esa autoridad. El mandato es efectivo si es obedecido, donde obedecido implica como mínimo que la prescripción figura adecuadamente en el razonamiento práctico del sujeto. Puede que solamente informe al sujeto sobre los requisitos de su acción («guía epistémica») o, más característicamente, que suministre razones para que el sujeto actúe de acuerdo con esos requerimientos («guía motivacional») (SHAPIRO, 1998: 490). En cualquiera de los dos casos, la prescripción juega un papel importante en el razonamiento práctico «en línea» del sujeto, esto es, el razonamiento práctico que conduce a la acción. Esto puede deberse al hecho de que el sujeto acepta la prescripción misma o reconoce alguna razón para seguirla, o porque el sujeto reconoce la autoridad de quien dicta la directiva. En cualquiera de los dos casos, la relación entre la prescripción y el agente es directa en dos sentidos: el sujeto «acepta» la directiva (quizá a través de la aceptación de la autoridad que la dicta) y el sujeto obedece la directiva siguiéndola (su comportamiento se conforma a ella porque integra de manera relevante su razonamiento práctico en línea).

Para comprender la modalidad de guía normativa distintiva del derecho debemos reconocer ciertas características que no se captan explícitamente con el modelo de las directivas dotadas de autoridad. Mencionaré aquí

solamente tres de ellas, aunque una investigación más exhaustiva podría descubrir otras. En primer lugar, el modelo de los mandatos tiende a reconocer que las directivas del derecho son *generales* y prescriben tipos o clases de acciones (quizá también que van dirigidas a clases de sujetos), pero no reconoce explícitamente que están dirigidas a un *público* de sujetos de derecho más o menos bien definido. En otras palabras, las normas jurídicas no se dirigen simplemente a cada sujeto de derecho individualmente sino que normalmente se dirigen a individuos cuya conducta jurídica relevante está conectada con la de otros individuos en formas complejas e interdependientes. El derecho ejerce su función solo en ciertas circunstancias: se dirige a agentes autónomos y racionales cuando, y en la medida en que, son parte de redes densas de interacción social interdependientes. Estas circunstancias —la naturaleza de las partes a las que se dirige el derecho y el contexto social de su actividad práctica— no son características meramente contingentes del modo en el que el derecho normalmente funciona; más bien son esenciales hasta para las operaciones más básicas del derecho. Si los seres humanos fueran fundamentalmente diferentes, ya sea en sus aptitudes psicológicas, cognitivas o prácticas, ya sea respecto de las formas en que viven sus vidas, es decir, si fueran capaces de llevarlas adelante sin interacción social o si esa interacción no se caracterizara fundamentalmente por el tipo de interdependencia con la que estamos familiarizados, entonces la vida social no estaría regulada por el carácter instrumental distintivo del derecho. No tendría sentido hacer uso de ese carácter instrumental. El derecho se dirige a agentes autónomos y racionales individuales, pero no uno por uno, por así decirlo, sino más bien como partícipes de ese público.

En segundo lugar, resulta tentador, especialmente si somos sensibles al punto de vista del positivismo jurídico, pensar al *derecho* como un conjunto o colección de *leyes*, es decir, de normas jurídicas (o directivas dotadas de autoridad) más o menos diferenciables. BENTHAM pretendía comprender al derecho de este modo, y por ello insistía en que para entender qué significa decir que el derecho existe debemos primero considerar qué significa decir que una ley (sola, diferenciable) existe (BENTHAM, 1776; 1970b: 1). Pronto descubrió, no obstante, que remontarse desde cierta directiva públicamente expresada hasta los esfuerzos por crear derecho del soberano, sin perjuicio de lo cuidadosa que pudiera ser su elaboración de las condiciones para ser soberano y la manera, las formas y las condiciones de la creación de normas, no podía captar lo que es una ley individual. Puesto que, como se vio forzado a conceder, necesitamos pensar en las relaciones sistemáticas que median entre los resultados de esos esfuerzos por crear derecho, relaciones que no resultan de conexiones de autorización sino de conexiones de *contenido*. Lo que llegó a comprender BENTHAM, si bien solo débilmente, fue que el derecho no es un conjunto de normas, sino un *sistema normativo*. Comprender el

significado de una proposición jurídica cualquiera requiere que ella esté ubicada en su lugar correcto en ese sistema, ligada por conexiones de contenido a los otros elementos del sistema (BENTHAM, 1996: 2999; 1970b: 233-234). La coherencia sistémica global de un cierto derecho, por supuesto, se concreta siempre de modo imperfecto, pero incluso en un sistema imperfecto las normas se relacionan con sus destinatarios de forma muy diferente al modo en que lo hacen las normas o reglas diferenciables e independientes. El derecho se dirige a sus destinatarios como un sistema, y la guía normativa que suministra adopta la forma de ofrecer un marco de razonamiento práctico más que la de un mandato general diferenciable.

En tercer lugar, el modelo del mandato reconoce en forma explícita solamente una modalidad de guía normativa: la modalidad *directiva*. De acuerdo con ella, el derecho establece clases de acciones prescritas y, o bien (como «guía motivacional») suministra razones sustantivas para actuar de ciertas formas tal como lo especifican sus normas, o bien (como mera «guía epistémica») se encabalga sobre tales razones. Las normas jurídicas son característicamente normas constitutivas de razones prácticas. Pero existen al menos otras dos modalidades de guía, relacionadas estrechamente con la modalidad *directiva* pero diferentes de ella, que son al menos igualmente importantes para comprender el carácter normativo instrumental que distingue al derecho. A una de ellas la podríamos denominar la modalidad *evaluativa*. Ésta es una idea relativamente compleja pero no desconocida. La idea básica es que el derecho suministra pautas en virtud de las cuales sus destinatarios evalúan su comportamiento y el de otros (incluyendo a los funcionarios). Estas evaluaciones son importantes porque en ocasiones permiten a los destinatarios (o a los funcionarios) justificar sus acciones frente a sí mismos, lo que ordinariamente (en las circunstancias sociales presupuestas por el derecho) exige al propio tiempo (al menos fingir) justificarse frente a otros en la comunidad. Paralelamente, suministran pautas para condenar las acciones de otros y atribuirles públicamente responsabilidad. Esta modalidad *evaluativa* agrega una dimensión a la guía normativa del derecho que no es captada adecuadamente por la modalidad *directiva* en todo su valor e importancia.

Finalmente, y lo que es más importante para nuestros propósitos, la guía normativa del derecho tiene una modalidad *constitutiva*. Los sistemas normativos, entre ellos el derecho, con frecuencia guían no solo dirigiendo explícitamente, sino también atribuyendo relevancia normativa a ciertas acciones, actividades y, especialmente, papeles y relaciones. Los sistemas normativos definen los estatus o potestades normativas, y confieren significado a las acciones como reclamos contra o respuestas a las acciones de otros, como ubicadas dentro o fuera de los límites de la relación, exigiendo, autorizando, o bloqueando ciertas reacciones, y cosas semejantes. De esta



forma, los sistemas normativos, más que *dirigir* las acciones, suministran la infraestructura o contexto para interactuar con sentido. El derecho, por ejemplo, constituye las relaciones entre empleador y empleado, entre las partes en el matrimonio, entre los miembros de la familia, entre los ciudadanos de un estado, y otras semejantes, así como redes de tales relaciones, algunas de las cuales se encuentran además integradas en instituciones y sistemas de instituciones diferenciadas. La representación de esa guía constitutiva en el modelo del mandato distorsiona su papel en el razonamiento práctico, puesto que a menudo no funciona como una premisa explícita de la deliberación sino como el contexto dentro del cual tiene lugar la deliberación y a partir del cual adquieren significación práctica los componentes que en ella se destacan.

Se necesitaría decir mucho más acerca de estas tres modalidades de guía, especialmente de la mencionada en último término, pero solamente deseo agregar aquí una cosa más acerca de la actividad constitutiva característica del derecho. Resulta útil distinguir dos ámbitos en los que se desenvuelve la actividad constitutiva del derecho. El más familiar, quizá, es el ámbito político o «constitucional»: el derecho organiza y regula cómo se establece, confiere, revoca, ejercita y limita el poder político. Constituye las relaciones políticas del gobierno y en el gobierno, entre el gobierno y los ciudadanos, y entre los ciudadanos. Simplemente para facilitar la referencia podríamos llamar a esto la dimensión «vertical» de la actividad constitutiva del derecho. También hay una dimensión «horizontal», a la que podríamos denominar como la dimensión civil o *conmutativa*, para evocar el cambio e intercambio de actividades de los ciudadanos en la esfera pública. El derecho en este ámbito constituye las relaciones definidas por los contratos, la propiedad, la responsabilidad por daños, pero también por la familia, el matrimonio, las relaciones entre amo y siervo, entre empleador y empleado, y muchas otras relaciones y redes de relaciones no políticas.

Con esta comprensión más rica de la guía normativa del derecho podemos regresar a nuestro intento por explicar qué significa decir que un sistema jurídico es «usado del modo correcto» en una población. La noción crucial de mi explicación es la de *mediación*. Un sistema jurídico es «usado del modo correcto» si ofrece una guía normativa efectiva a sus destinatarios, pero además la ofrece *indirectamente* a través de la mediación de una red de costumbres, convenciones y prácticas sociales informales que estructuran la vida cotidiana de quienes son gobernados por el derecho. El derecho guía en las tres modalidades mencionadas, sustancial pero no exclusivamente, dando forma a la red de prácticas sociales informales y tomando su forma a partir de ellas; y los destinatarios del derecho individualmente considerados son guiados, sustancial pero no exclusivamente, a través de su participación en esas prácticas. Cuando el derecho es suficientemente congruente

e interactúa recíprocamente con las prácticas sociales subyacentes de una sociedad, y cuando sus destinatarios participan a conciencia en esas prácticas y, de ese modo, si bien en forma parcial e indirecta, siguen y orientan su mundo social con la ayuda del derecho, entonces éste es «usado del modo correcto» en esa comunidad. Lo que resta de este ensayo estará dedicado a explicar la naturaleza de esa mediación.

### 3. LA TESIS DE LA CONGRUENCIA

El primer paso de esta explicación consiste en defender la tesis de la congruencia. Si la tesis de la congruencia es verdadera, podemos explicar la eficacia y la efectividad del derecho en términos de ella. La *eficacia* del derecho puede entenderse como una función de esta congruencia, esto es, la aptitud del derecho para funcionar al menos en un nivel mínimo de adecuación, y así la producción de sus efectos característicos depende de esta congruencia. La efectividad del derecho, que se exhibe en la obediencia general al derecho por parte de la gente gobernada por él, puede entonces entenderse como un indicador confiable de su eficacia.

La *tesis de la congruencia* sostiene que un grado considerable de congruencia entre las normas y las formas de razonamiento de un sistema jurídico y las costumbres sociales e informales, las prácticas y las formas de razonar que predominan en la sociedad gobernada por él es una condición necesaria de la existencia del sistema jurídico. Hay que reconocer que la noción de congruencia es un tanto vaga, pero podemos decir unas pocas cosas para despejar gran parte de la niebla. La congruencia implica al menos la superposición parcial y la interacción entre el sistema jurídico e importantes redes de costumbres y prácticas sociales informales. Por supuesto, la congruencia es una cuestión de grado: una mayor o menor parte del derecho puede ser congruente con las prácticas sociales informales que tienen un alcance más o menos amplio en la comunidad; por otra parte, el derecho y las prácticas sociales pueden estar entrelazados de un modo más o menos riguroso.

La congruencia, tal como se la entiende aquí, no depende de que las normas jurídicas *reflejen* las normas sociales informales. Las normas congruentes no son idénticas en contenido, incluso si se desprecian las muy diversas modalidades normativas que poseen el derecho y las prácticas sociales informales; tampoco deben servir —cada uno a su manera— fundamentalmente a los mismos valores. Es razonable pensar que el sistema jurídico de una sociedad puede asumir tareas bastante diferentes de las que cumplen las prácticas sociales informales, y los valores que lo inspiran pueden discrepar

significativamente de los de las costumbres y prácticas sociales. Además, es improbable que la congruencia importe una correspondencia uno a uno. Ni el derecho ni las prácticas sociales más importantes son conjuntos de reglas diferenciables. Ya hemos advertido que el contenido de las normas jurídicas tiende a ser modelado por el papel que desempeñan en el sistema de normas del cual son miembros. Algo similar ocurre con diversas normas y prácticas sociales informales. En consecuencia, la congruencia que tenemos en mente es la congruencia entre esos sistemas o porciones de ellos, no una simple correspondencia uno a uno entre las normas jurídicas y las normas sociales.

En la siguiente sección diré algo más sobre la naturaleza de esta congruencia, pero con esta idea general en mente podemos pasar a considerar el argumento en apoyo de la tesis de la congruencia. El argumento comienza con las afirmaciones discutidas en la sección anterior acerca de la guía normativa del derecho. En síntesis: el derecho necesariamente proporciona a agentes autónomos e inteligentes, involucrados en fuertes patrones de interacción social, normas que forman un marco sistemático de razonamiento práctico, dirigen sus acciones, constituyen sus relaciones y el contexto de sus acciones, y les permiten evaluar sus propias acciones y las de otros.

A partir de esta tesis relativa al carácter instrumental característico del derecho se pueden derivar cuatro importantes consecuencias. (1) La eficacia del derecho — su aptitud para suministrar al menos mínimamente razones, pautas y relaciones normativas que puedan guiar a sus destinatarios — depende de la captación por sus destinatarios. De manera que (2) las normas a través de las que el derecho intenta guiar el comportamiento social deben ser *inteligibles desde el punto de vista práctico* para sus destinatarios. En otras palabras, lo que las normas requieren debe, al menos en un mínimo grado, tener sentido para ellos, de manera que sepan cómo llevar a cabo sus directivas, utilizar sus pautas u orientar sus relaciones en los casos concretos. Además (3) las normas deben ser *públicamente accesibles*, tanto sincrónica como diacrónicamente<sup>3</sup>. El derecho no puede cumplir su función de guía normativa pública dirigiendo señales privadas a miembros individuales de la sociedad. La razón de esto es que el tipo de interacciones sociales que incumben al derecho depende esencialmente de *comprensiones públicas*, cuestiones que constituyen conocimiento común para quienes participan en ellas. Por consiguiente, cada agente debe tener un grado suficiente de confianza en que cada uno de los otros con quienes interactúa capta la importan-

---

<sup>3</sup> Cuán amplio debe ser el «público» relevante, no obstante, es algo que está determinado por el alcance probable de las interacciones potenciales entre los pretendidos destinatarios. No necesita incluir a la comunidad política íntegra, si es que solo algunos de sus miembros son proclives a involucrarse en las actividades gobernadas por las normas o a interactuar solo con algunos de los que de hecho se involucran regularmente en ellas.

cia práctica de la norma jurídica de un modo que se articula con la suya; y que los otros tienen confianza en que su captación se articula con la de aquél. Finalmente (4) si el derecho está institucionalizado, con autoridades encargadas de crearlo, aplicarlo, hacerlo cumplir y mantenerlo, entonces la propia relación entre las autoridades y los destinatarios del derecho se caracteriza por una forma distintiva de interacción, tal que lo que para las partes de un bando tiene sentido hacer depende de lo que esperan que hagan las partes del otro bando, mientras que, al propio tiempo, lo que para estas últimas tiene sentido hacer depende de lo que esperan que hagan sus contrapartes.

Sentadas estas bases, podemos mostrar por qué es esencial para la existencia del derecho que se verifique un grado sustancial de congruencia entre las normas jurídicas y las costumbres, prácticas y formas de razonar sociales e informales. El argumento en líneas generales es que las normas jurídicas son inteligibles desde el punto de vista práctico y públicamente accesibles para quienes son gobernados por ellas solo si, tomadas conjuntamente (como un sistema), son *normativamente coherentes y congruentes desde el punto de vista práctico*. La coherencia normativa implica que las normas encajen sustancialmente de un modo coherente. No defenderé aquí esta condición ni la discutiré con mayor detalle porque ello nos alejaría del curso establecido. La congruencia práctica que resulta necesaria para la eficacia del derecho adopta dos formas. Una de ellas es conocida a partir de la famosa lista canónica de FULLER de las ocho características esenciales del estado de derecho (FULLER, 1969: 38-41, nota 81). Se trata de la congruencia entre las reglas promulgadas formalmente, las reglas de los libros, por así decirlo, y las acciones de las autoridades consistentes en aplicarlas y hacerlas cumplir. Esto es crucial no solo para el control adecuado y la atribución de responsabilidad por el ejercicio del poder oficial — una preocupación primordial del estado de derecho — sino también para la eficacia del derecho. Pues si existe un grado significativo de incongruencia de este tipo, y si las autoridades intervienen en las interacciones sociales de la gente gobernada por el derecho en un grado significativo, entonces esa incongruencia desplazará necesariamente la atención de las normas generales del derecho hacia las acciones anómalas específicas de las autoridades. En ese punto, el juego del derecho habrá terminado y tomará su lugar un análogo del «arbitrio del tanteador» (HART, 1994: 141-147) [HART, 1963: 176-183].

La segunda forma de congruencia práctica es la que media entre las normas jurídicas y las prácticas y costumbres sociales informales de la vida social ordinaria. Recuérdese que el derecho suministra una guía normativa a través de la promulgación de *normas públicas*, guías públicas para la autorregulación, justificación y orientación de las relaciones sociales. Pero las normas públicas presuponen *comprensión pública*, y la comprensión pública y el razonamiento práctico que se vale de normas

públicas solo son posibles recurriendo a lo que podríamos llamar «ámbitos comunes de información» (POSTEMA, 2008). En otras palabras, las proposiciones normativas solo pueden jugar un papel activo en el razonamiento práctico sobre la base de patrones y ejemplos inteligibles y conocidos. Las normas se comprenden en la medida en que pueden ser ubicadas en una red familiar de inferencias normativas que se concretan en una práctica normativa. Para que la comprensión sea pública, la práctica normativa debe ser pública.

Resulta instructivo examinar el fracaso de HOBBS en entender esta dinámica. HOBBS pensaba que el estado de naturaleza no era solamente anárquico, carente de un poder gobernante común, sino también, como consecuencia de ello, radicalmente anómico, carente de toda pauta o medida pública --en palabras de Nigel SIMMONDS, «un caos de subjetividad». HOBBS equivocadamente pensaba que el derecho podía, por sí mismo, *crear* el lenguaje público, necesario pero ausente. Ante la ausencia de toda práctica normativa en común, «la gente sería completamente cerrada frente a los demás». En ese caso, los mandatos generales de un soberano no podrían suministrar el lenguaje público necesario (SIMMONDS, 1991: 313-314). HOBBS entendía que para establecer a un soberano no era suficiente que cada parte en el estado de naturaleza transfiriera sus derechos de juicio a la misma persona, porque cada uno debía estar seguro de que (un número suficiente de) los demás hubieran hecho lo mismo; esto es, HOBBS reconocía que la autorización del soberano debía ser pública y común. Lo que no logró ver fue que esta transferencia no era suficiente para escapar al «caos de subjetividad», porque el soberano debería entonces crear las normas generales y públicas que están particularmente ausentes en el estado de naturaleza, pero esto no es posible. Los mandatos del soberano tienen relevancia práctica pública solo si sus destinatarios pueden confiar en que la relevancia asignada a ellos por sus compañeros generalmente se articula con la propia, y eso, a su vez, exige un conocimiento común de los recursos a partir de los cuales se aprecia esa relevancia<sup>4</sup>. Este fondo esencial de conocimiento común rara vez proviene de compartir principios y valores generales, sino más bien de participar en prácticas comunes que dan forma y ordenan la vida y las interacciones cotidianas.

---

<sup>4</sup> BENTHAM abrigaba la fantasía de que el problema de asegurar la comprensión pública podía resolverse reglamentando el lenguaje de los instrumentos jurídicos (y la reflexión teórica sobre el derecho). Insistía en que las cuestiones de derecho eran en el fondo cuestiones relativas al significado de las palabras. Pero incluso él reconocía que no simplemente cualquier lenguaje ostensiblemente claro y determinado resolvería el problema. El lenguaje sobre el cual insistía para este propósito era el «lenguaje de la utilidad», que ingenuamente asumía como «natural» y, por ende, un lenguaje enteramente público de todos los gobernados por el derecho (BENTHAM, 1996: 32-33; 1998: 256; 1838-1843, i, 163, vi, 238).

El soberano podría intentar regular las interacciones sociales dirigiendo mandatos específicos a cada sujeto en cada instancia de interacción social que demande su intervención. Pero esta estrategia resulta fatalmente defectuosa porque equivaldría a abandonar el proyecto de HOBBS de remediar el caos anómico del estado de naturaleza a través de la institución de un soberano que gobierna *a través del derecho*. Por otra parte, la estrategia es absolutamente inviable por dos razones. En primer lugar, limita las apuestas del soberano a la guía *directiva*. Pero la guía directiva explícita solo puede funcionar sobre la base de entendimientos implícitos en las competencias y relaciones que dan forma práctica inteligible a las circunstancias y a las acciones disponibles a las que esas directivas se dirigen. La guía normativa directiva presupone la guía constitutiva. En segundo lugar, esa guía debe estar en gran medida (aunque no exclusivamente) en la base deliberativa de quienes son gobernados por el derecho. La guía constitutiva opera definiendo horizontes para la deliberación, parámetros dentro de los cuales se consideran y sopesan las razones y se interpretan y aplican las directivas. No pueden ser puestas explícitamente bajo el foco de atención y sometidas al consejo del experto en cada contexto práctico sin que la guía pierda su esencia.

Por supuesto, incluso cuando se promulgan normas jurídicas generales, la intervención será necesaria para resolver disputas y suministrar interpretaciones de ellas, pero las instituciones encargadas de tales intervenciones pueden cumplir su función incluso mínimamente bien únicamente si los hacen marginalmente. Los mecanismos institucionales resultarían abrumados, paralizados y colapsados si se les pidiera que se ocuparan de todas las cuestiones de interpretación y de todas las disputas que pudieran surgir. La eficacia del derecho depende de un vasto acopio de comprensión pública entre sujetos de derecho inteligentes y autónomos. Este acopio es necesario, como indica WALDRON, si los ciudadanos deben determinar cuándo buscar la asistencia de los expertos jurídicos y, de ser necesario, de las instituciones formales del derecho. «El ciudadano debe estar en posición de conocer por sí mismo qué clase de situaciones exigen asesoramiento jurídico experto y qué clase de situaciones puede manejar en forma confiable sobre la base de su propio conocimiento» (WALDRON, 1989: 91). Sin embargo, esta comprensión solo es posible si las exigencias del derecho son ampliamente conocidas, razonablemente constantes en el tiempo, y generalmente consonantes con las costumbres y prácticas sociales e informales conocidas. El derecho no puede por sí mismo crear ese acopio de comprensión pública: lo presupone (aunque, como veremos, colabora en buena medida para darle forma). La congruencia, por ende, es necesaria para la eficacia del cometido normativo del derecho.

Este, entonces, es el argumento central en apoyo de la tesis de la congruencia; no obstante, se requieren algunas palabras para aclararlo. La con-

gruencia en cuyo favor he argumentado no exige que la gente apoye o concuerde generalmente con las normas jurídicas. No exige convergencia entre los valores del derecho y los valores sociales populares, de modo que los sujetos de derecho sean alentados a respaldar, al menos a grandes rasgos, los esfuerzos del derecho. Se sostiene que la congruencia es necesaria para la inteligibilidad práctica y pública del derecho y, por ende, de su eficacia. Se trata en última instancia de un argumento para establecer una cierta condición de la existencia del derecho. La tesis nada sostiene respecto de las condiciones de legitimidad del derecho, sea *de facto* o *de jure*. La inteligibilidad pública y práctica del derecho es necesaria no solo para el «buen ciudadano» sino también para el «hombre malo», no solo para obedecer el derecho sino también para jugar al juego que él propone. De la demostración de un grado apreciable de congruencia no se sigue que la gente generalmente lo apoye o acepte; tampoco se sigue que esa congruencia sea, o sea ampliamente considerada como, una *razón* para obedecer.

#### 4. LA TESIS DE LA MEDIACIÓN

Hemos visto que la congruencia es una cuestión del grado, y el grado de congruencia necesaria para la eficacia del derecho es menor, quizás mucho menor, que el característico del derecho medieval, que se hallaba profundamente entrelazado con las prácticas consuetudinarias de la vida social medieval. El derecho moderno, más estrechamente vinculado con autoridades políticas centralizadas y formalmente institucionalizadas, se ha vuelto más distante de las costumbres sociales informales. BENTHAM, y muchos después que él, sostuvieron que la profesionalización del derecho puso un enorme poder en las manos de la clase jurídica («Jueces y *cía.*»), inclinándolos a hacer al derecho complejo, ininteligible y distante de las costumbres y las prácticas de la vida social ordinaria a fin de incrementar la demanda por sus servicios (BENTHAM, 1977: 509; TAMANAHA, 2001: 73). La alienación radical de la población respecto de un derecho mantenido por, y únicamente para, la elite jurídica es, de acuerdo con HART, más que meramente concebible. Incluso cuando el derecho busca explícita o implícitamente incorporar estructuras consuetudinarias al derecho, con frecuencia lo que se obtiene no es una convergencia del derecho con la costumbre preexistente, sino una transformación de la costumbre, forzándola a servir a valores ajenos a ella.

Estas consideraciones desafían la tesis de la congruencia y debemos tomar en serio ese desafío, pero algunos de sus aguijones pueden extraerse si tenemos en mente que la congruencia no implica identidad de contenido: el derecho y las prácticas sociales informales pueden ser suficientemente congruentes sin reflejarse uno a otro. Asimismo, aunque la tesis de la con-

gruencia sostiene que la eficacia del derecho depende de prácticas sociales subyacentes, no niega que el derecho pueda tener también un profundo efecto sobre esas prácticas. No está comprometida con la tesis romántica de que el derecho solo puede funcionar en la medida en que siga la corriente de costumbres antiguas e inmutables. La tesis de la congruencia reconoce que la relación entre el derecho y las prácticas sociales informales no importa meramente superposición o intersección, sino más bien interacción de poderosas fuerzas recíprocas. El antropólogo Paul BOHANNAN observó agudamente que constituye un «dilema fértil acerca del derecho el que deba siempre estar fuera de ritmo con la sociedad, pero que la gente deba siempre... tratar de reducir el desfase» (BOHANNAN, 1965: 37). Este «dilema», más que minar la tesis de la congruencia, tiende a confirmarla. Y ello porque el hecho de que el intento del derecho de establecer pautas y controlar la conducta, ignorando o incluso desafiando directamente las prácticas sociales existentes, se encuentre en poderosa tensión con las fuerzas que ejercen esas prácticas sobre él, constituye una medida de la necesidad que tiene el derecho de congruencia. Debido a que la congruencia es necesaria para la eficacia del derecho, éste debe buscar guiar la conducta a través de la asimilación y transformación de las prácticas sociales y, al hacerlo, se vuelve vulnerable a ser adaptado para ajustarse a las dimensiones de la práctica social informal<sup>5</sup>.

Estas reflexiones sobre la congruencia nos permiten comprender mejor lo que significa decir que el derecho está «en vigor», que sea «usado del modo correcto» en una comunidad y cómo lidiar con la posibilidad de una seria alienación de los individuos respecto del derecho. El argumento en apoyo de la tesis de la congruencia sugiere con fuerza que una parte sustancial de la guía normativa que suministra el derecho debe ser indirecta, *mediada* por las costumbres y prácticas sociales informales de las que participan los destinatarios del derecho<sup>6</sup>. Podemos aproximarnos a esta mediación desde dos direcciones. En primer lugar, una medida de que el derecho es «usado» está

<sup>5</sup> HART, como BENTHAM, pensaba que las prácticas y costumbres sociales informales (el «régimen de las reglas primarias») eran estáticas, pero con frecuencia ese claramente no es el caso. Las costumbres sociales (esto es, individuos involucrados en interacciones dinámicas estructuradas por ellos), precisamente porque son informales y cercanas a la base de las interacciones cotidianas, con frecuencia tienen mayor aptitud para responder con agilidad a los cambios en las circunstancias y para volver a cambiar si los cambios iniciales resultan inadecuados. En consecuencia, las prácticas y costumbre sociales informales, más que resistir y retardar los cambios, a menudo pueden ser poderosos agentes de cambios sociales.

<sup>6</sup> Esto es particularmente cierto si la modalidad primordial, si bien menos visible, de guía que ofrece el derecho es constitutiva, dado que podría sostenerse que la presión para la convergencia es más fuerte respecto de la constitución de relaciones y redes de relaciones no políticas. Una prueba de la verdad de esta afirmación reside en el hecho de que los sistemas jurídicos con frecuencia retienen su aptitud para estructurar la vida no-política a pesar de revoluciones políticas radicales (esto es, a pesar de cambios extra-jurídicos de la constitución política, incluyendo a las



dada por su influencia y participación en las prácticas y normas sociales que más directamente modela la vida de los destinatarios del derecho. Esto puede adoptar una gran variedad de formas. Solo mencionaremos unas pocas.

(1) En ciertos casos confiere expresión formal a las normas, articulándolas e incorporándolas al cuerpo del derecho. De esta forma, el derecho formal hace explícito lo que puede estar meramente implícito en las prácticas de los destinatarios del derecho. Esto no solo facilita que se haga cumplir esas normas sino que también, como señala CARDOZO, permite a los ciudadanos reafirmar públicamente su compromiso con las obligaciones que esperan sean honradas tanto por ellos como los demás y reflexionar juntos sobre esas obligaciones y sobre las consecuencias de vivir a la altura de ellas (GOLDBERG, 1990: 1327).

(2) En algunos casos influencia directamente el surgimiento o arraigo de normas sociales particulares. Mediante la expresión de nuevas normas, o asignando incentivos de diversos tipos a las normas sociales emergentes pero aun no establecidas, puede crear nuevos equilibrios de expectativas que con el tiempo pueden alentar un cambio en las actitudes sociales respecto de lo que constituye comportamiento social adecuado. (Los cambios en las actitudes estadounidenses hacia el fumar en espacios públicos, por ejemplo, pueden deberse en parte a influencias jurídicas).

(3) Elevando (o disminuyendo) lo que en líneas generales se percibe como las condiciones mínimas de comportamiento social adecuado, o a través de incentivos anunciados públicamente que confieren seguridad a ciertas regularidades de comportamiento social, el derecho puede afectar la viabilidad de las normas sociales, alentando su desarrollo, aumentando su poder de persistencia o acelerando su declinación.

(4) Las instituciones jurídicas a menudo ponen en contacto directo al derecho y a las prácticas sociales integrando a participantes representativos de las prácticas sociales informales en su funcionamiento. El resultado de ese contacto puede ser que el derecho se refine para adecuarse con mayor comodidad a las prácticas informales o que las prácticas se ajusten a los nuevos esquemas del derecho. El ejemplo clásico de ese contacto está dado por el jurado a través de la historia del derecho angloamericano; y un fenómeno similar se puede encontrar en el derecho comercial continental, donde los tribunales de primera instancia están conformados por jueces legos escogidos de la comunidad de los negocios. La toma de decisiones conducida por los litigantes, típica en el derecho privado o civil, tiene el mismo efecto. Esa

---

reglas de reconocimiento), en virtud de la convergencia del derecho civil y el derecho privado con las prácticas sociales subyacentes.

modalidad de toma de decisiones se circunscribe a las cuestiones planteadas e impulsadas por los litigantes, y las interpretaciones y argumentos considerados por los tribunales están determinados en gran parte (si no exclusivamente) por lo que los litigantes consideran fundamental para su práctica ordinaria.

Si bien podríamos enumerar otras formas en las que el derecho modela (y es modelado por) las prácticas sociales informales, propongo que cambiemos el foco de nuestra atención para considerar la guía normativa mediada por la práctica social que ofrece el derecho desde la segunda dirección, a saber: desde la perspectiva de los destinatarios del derecho. Recuérdese el problema que se identificó en la primera sección de este ensayo: para que un sistema jurídico esté en vigor en una comunidad no es suficiente que la conducta de los destinatarios del derecho se conforme en general con sus normas, pero es excesivo exigir que las acepten (en el sentido que resulta familiar para los lectores de HART). Es incluso excesivo exigir que sus destinatarios ordinarios tengan un amplio conocimiento general del derecho, si con esto queremos significar que lo comprenden, por así decirlo, *in sensu composito*<sup>7</sup>, porque ello requeriría familiaridad con los textos jurídicos y con técnicas para extraer proposiciones jurídicas verdaderas a partir de ellos, disponibles únicamente para un subconjunto (jurídicamente entrenado) relativamente pequeño de ellos. El derecho es, después de todo, un sistema complejo de normas cuyo contenido está determinado por su ubicación en el sistema. Podría ser razonable esperar respecto de los sistemas informales y en su mayor parte consuetudinarios un conocimiento vasto de sus normas *in sensu composito*, pero la complejidad creciente e institucionalización formal del derecho moderno pone a este tipo de conocimiento fuera del alcance de la mayoría de sus destinatarios. Lo que es posible es que los destinatarios del derecho comprendan *in sensu diviso* gran parte del derecho que les concierne, al menos el suficiente como para permitirles juzgar cuándo deberían consultar a expertos jurídicos y cuándo pueden confiar en su propia evaluación de lo que deben hacer (y las consecuencias jurídicas de sus acciones y de las acciones de otros), sin tener que hacerlo en cada

<sup>7</sup> Me baso aquí en la distinción que David Lewis (1969: 64-8), siguiendo a Abelardo, trazó entre proposiciones generales que son comprendidas *in sensu composito* y aquellas que son comprendidas *in sensu diviso*. Si creo *in sensu composito* que todo F es G, entonces el contenido de mi creencia es la proposición general de que todo F es G. Si creo, en cambio, *in sensu diviso* que todo F es G, puede que no comprenda realmente ninguna proposición general, pero puede no obstante ser verdadero que para todo F que encuentre crea que es G. Por extensión quiero sostener que aunque una persona puede no comprender muchas de las normas jurídicas *in sensu composito*, puede no obstante que las comprenda *in sensu diviso*, esto es, que las comprenda en el sentido de que en la mayoría de los casos en los que el derecho la obliga, comprende que está obligada a actuar como se le requiere, y hasta cierto punto comprende también que el derecho, quizás *inter alia*, lo exige.

ocasión práctica. Al hacerlo, también deben estar razonablemente seguros de que su comprensión se entrelaza con la de los restantes destinatarios del derecho con quienes es probable que interactúen. Es necesario entonces, que comprendan las normas jurídicas *in sensu diviso* como pautas públicas para su conducta y para las conductas de los demás en la comunidad<sup>8</sup>.

Para que esto sea así para la generalidad de los destinatarios del derecho, deben llegar a aprender el derecho (en la medida que les compete) a través de sus interacciones cotidianas ordinarias. Y esto solo es posible si el derecho está personalizado respecto de sus destinatarios en dos aspectos. (1) Las normas jurídicas deben ser adaptadas a esquemas que sus destinatarios puedan fácilmente comprender y aplicar a los casos ordinarios de aplicación que encontrarán, o a supuestos a partir de los cuales puedan intuitiva e implícitamente razonar por analogía, y (2) estos esquemas o supuestos normalmente se encontrarán o estarán relacionados con costumbres o prácticas informales que los sujetos de derecho aprenden mediante la participación en ellas, o a través de la observación de la participación de otros en ellas. Los destinatarios del derecho aprenden inicialmente las exigencias del derecho en forma indirecta, a través del aprendizaje de normas o expectativas informales que son más o menos congruentes con esas normas jurídicas. Esta comprensión se refina a través del contacto con exigencias jurídicas específicas que pueden confirmar, extender o, en algunos casos, contradecir esa comprensión inicial y demandar su revisión. De esta manera, los sujetos de derecho llegarán a tener una comprensión aproximadamente adecuada y concreta (esto es, *in sensu diviso*) de las exigencias del derecho y del derecho exigiéndoles (aunque no necesariamente diferenciada claramente de otras fuentes de expectativas normativas) en lo que atañe a sus ordinarias vidas cotidianas. Con esto pueden tener una comprensión en razonable buen funcionamiento de cuándo pueden confiar en su propia visión lega del derecho y cuándo necesitan consultar expertos jurídicos.

La guía normativa del derecho es, entonces, indirecta, mediada por las normas sociales informales y las prácticas en las que se encuentran integradas, normas sociales que modelan y orientan de modo más directo las vidas de los destinatarios del derecho. Los sujetos aprenden de estas prácticas normativas informales cómo comprender y responder a las exigencias normativas en general y a las exigencias normativas del derecho en particular, y adquieren un conocimiento subyacente básico de las exigencias normativas del derecho y recursos para refinar y edificar sobre ese conocimiento básico en la medida en que el tiempo avanza y sus experiencias se amplían. La

---

<sup>8</sup> No es necesario, sin embargo, que estén comprometidos con esas pautas o de otro modo las acepten sobre la base de sus méritos.

relación normativa del derecho con sus destinatarios está mediada por las prácticas sociales normativas informales en las que participan en dos aspectos: (1) es a través de la participación en esas prácticas informales que los sujetos comienzan a desarrollar un conocimiento básico *in sensu diviso* de las exigencias del derecho y (2) apoyándose en recursos extraídos de esas prácticas extienden, refinan y corrigen su comprensión de las exigencias jurídicas, a veces, cuando es necesario (y pueden afrontarlo), incorporando en esa comprensión los consejos de expertos jurídicos y, más raras veces, incorporando conocimiento directo o indirecto de las decisiones y acciones de instituciones jurídicas formales.

Si en términos generales resulta correcto este bosquejo sobre el modo en que las prácticas sociales informales median la relación entre el sistema de normas jurídicas formales y las deliberaciones prácticas y decisiones de los agentes inteligentes y autónomos gobernados por ellas, entonces tenemos cierta idea de lo que significa para conductas que no resultan inconsistentes con las normas jurídicas *cumplir* con ellas y, consiguientemente, manifestar su efectividad como derecho. Respecto de una comunidad gobernada por esas normas y que las cumple de ese modo podemos razonablemente decir que el derecho es usado o practicado en ella «del modo correcto», esto es, de un modo que funda y confirma nuestra afirmación de que allí el derecho existe y es eficaz. Para que esto sea cierto el derecho formal y las prácticas sociales informales deben ser congruentes en un grado sustantivo, y es esa congruencia aquello en lo que consiste la eficacia del derecho.

Si esto es correcto, entonces no solo hemos afirmado que la efectividad del derecho, entendida como el cumplimiento general de sus normas, es una condición necesaria de su existencia en una comunidad, sino que también hemos ofrecido una explicación de por qué este tipo de efectividad es necesaria para su existencia. Hemos hecho eso remontándola hasta una explicación de la eficacia del derecho que está lógicamente ligada a una característica conceptualmente necesaria del derecho, esto es, su aptitud para suministrar una guía normativa a quienes pretende gobernar. La efectividad del derecho es una cuestión compleja de hechos sociales empíricos que se debe confirmar a través de la indagación empírica, pero su relevancia para la teoría jurídica está determinada por su relación con las características necesarias del modo de funcionar distintivo del derecho.

## CAPÍTULO IV

### HART Y LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD

Jeremy WALDRON\*

1

Las contribuciones de H. L. A. HART a la filosofía del derecho son tan considerables, y su revigorización de esta disciplina entera tan amplia e importante, que puede parecer grosero dirigir la atención a —y mucho menos quejarse de— cualquier omisión o inadecuación en su teoría jurídica. Pues, ¿por qué debería esperarse que alguien abarque todo? Y por qué alguien que nos ha dado la teoría práctica de las normas, el aspecto interno de las reglas, un fuerte énfasis en la diferencia entre estar obligado y tener una obligación, la concepción del derecho como unión de reglas primarias y secundarias, el contenido mínimo del derecho natural, el núcleo y la penumbra de las reglas, una nueva concepción de la separación entre el derecho y la moral, y mucho más, ¿por qué alguien que nos ha dado todo eso debería ser criticado por no darnos aún más? La vieja frase del cántico del oficio de Pascua viene aquí a la mente: *Dayenu*. Si Dios nos hubiera dado la Torá y no nos hubiese conducido a la tierra de Israel, ¡*Dayenu!* Si Dios hubiera hecho solo *eso* por

---

\* Una versión ligeramente más corta de este capítulo fue presentada en el Simposio sobre «El legado de H. L. A. HART» en la Universidad de Cambridge en julio de 2007. Una versión mucho más larga fue presentada en una conferencia sobre el «50 aniversario del debate HART/FULLER» en la Universidad de Nueva York en febrero de 2008. Esa versión más larga apareció en *NYU Law Review*, vol. 83, núm. 4, y está disponible en [http://www.law.nyu.edu/ecm\\_dlv2/groups/public/@nyu\\_law\\_website\\_journals\\_law\\_review/documents/web\\_copytext/ecm\\_pro\\_059776.pdf](http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv2/groups/public/@nyu_law_website_journals_law_review/documents/web_copytext/ecm_pro_059776.pdf).

nosotros, hubiera sido suficiente<sup>1</sup>. Si HART nos hubiera dado solo la unión de reglas primarias y secundarias y no el contenido mínimo del derecho natural, ¡Dayenu!

Sin embargo, hay omisiones en la teoría jurídica de HART: dos o tres grandes omisiones desde mi perspectiva, y son para preocuparse, no porque den prueba de que su contribución de apariencia sobrehumana también tiene límites, sino por el efecto que han tenido en la tradición de la filosofía analítica que siguiera los pasos de HART. (Después de todo, el tema de este volumen es el legado de HART). Quienes basan sus propios méritos en la gloria de HART toman con demasiada frecuencia su omisión en abordar un tema como una razón para pensar que no vale la pena abordarlo, más que como un desafío para construir sobre el legado de su trabajo en un área que, casualmente, no estaba entre aquellas en las que hizo su contribución más significativa.

Una de esas omisiones es enorme y, afortunadamente, no es el tema del que me ocuparé hoy. Me refiero a la omisión de HART en decir algo en detalle sobre la cuestión de los precedentes y el *stare decisis*. Hay unas pocas observaciones, esparcidas a lo largo de *El concepto de derecho*<sup>2</sup>; pero nada que indique un interés sostenido en la cuestión de por qué un sistema de gobierno social debe comprometerse con tanta fuerza con un principio de consistencia con las decisiones pasadas, y por qué ello debe considerarse tan característico del método jurídico, al menos en nuestra tradición. Respecto de esto, es al trabajo del sucesor de HART en Oxford, Ronald DWORKIN, hacia donde debemos mirar si queremos una nueva perspectiva respecto de la conexión entre el concepto de derecho y la idea de mantener la fe en decisiones pasadas. Y, sin embargo, es deplorable que quienes se consideran seguidores de HART estén generalmente más interesados en defender su trabajo frente a ciertas críticas que le hizo DWORKIN, que en seguir su ejemplo de dar un paso positivo y hacia adelante en esta área importante aunque descuidada de la teoría jurídica.

Un segundo defecto está dado por el tratamiento de HART del derecho internacional. Aquí tenemos una situación diferente. Hay todo un capítulo dedicado al derecho internacional sobre el final de *El concepto de derecho*<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Si Dios nos hubiera sacado de Egipto y no hubiera dividido las aguas, *Dayenu*.

Si hubiera dividido las aguas y no nos hubiera permitido llegar a tierra firme, *Dayenu*.

Si nos hubiera permitido llegar a tierra firme y no hubiera satisfecho nuestras necesidades en el desierto por cuarenta años, *Dayenu*.

Si hubiera satisfecho nuestras necesidades en el desierto durante cuarenta años y no nos hubiera alimentado con el maná, *Dayenu* ... [etcétera].

<sup>2</sup> Véase especialmente HART, 1994: 134-5 [HART, 1963: 167-168], donde reconoce que no está ofreciendo una perspectiva novedosa sobre este tema.

<sup>3</sup> HART, 1994: 213-237 [HART, 1963: 263-291]. Véase también HART, 1983: 311-334 (sobre el monismo de KELSEN).

pero ese capítulo es, en su mayor parte —hay una excepción que mencionaré al final de mis observaciones— bastante poco fructífero. Los filósofos jurídicos en su mayoría no se preocupan por él; de hecho los filósofos jurídicos de la tradición de HART en su mayoría desatienden el tema del derecho internacional completamente. Los abogados internacionalistas que sí se han ocupado de leer el capítulo de derecho internacional de HART usualmente se quedan con la impresión de que HART, como AUSTIN, no creía que existiera algo así como un derecho internacional<sup>4</sup>. Eso no es del todo correcto, pero HART sí dijo que el derecho internacional es como un sistema jurídico primitivo —todas normas primarias y ninguna secundaria—. Y esa caracterización era equivocada en 1960 y, con seguridad, lo es ahora.

Éste es otro ejemplo de un área en la que el descuido o la indiferencia del propio HART han sido imitados en lugar de compensados por sus seguidores. Quienes consideran que trabajan para proteger y desarrollar el legado de HART han mostrado poco interés en someter las tesis de HART sobre el derecho internacional a escrutinio o revisión cuidadosa. El descuido del derecho internacional en la teoría jurídica analítica moderna no puede sino calificarse de escandaloso<sup>5</sup>. Teóricamente es la cuestión del momento: por ejemplo, se está desarrollando un intenso debate en la academia sobre la naturaleza y

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, BARKER, 2007: 12: «La conclusión del propio HART era que el derecho internacional no podía ser considerado como un sistema jurídico porque carecía de las necesarias reglas secundarias y de la regla de reconocimiento requerida». Pero cfr. ZIPURSKY, 2006: 1250: «Aunque actualmente no está de moda en la escuela hartiana decirlo, HART también pensaba que negar la existencia del derecho internacional era una distorsión de la realidad jurídica. Es fácil leer a partir del lenguaje cauto de HART del capítulo X, combinado con su cálida adopción de la idea anterior del libro que anuncia que los sistemas jurídicos debían ser analizados como la unión de reglas primarias y secundarias, que HART no creía verdaderamente que el derecho internacional calificara como derecho. Pero pienso que esto constituye claramente un error. De hecho, *El concepto de derecho* se puede leer con naturalidad como si expresara una teoría de la obligación jurídica suficientemente rica como para permitir mantener la idea de que el derecho internacional es en realidad una forma de derecho. Existen reglas primarias que pretenden imponer obligaciones, y que son reconocidas desde el punto de vista interno como si impusieran obligaciones. Una de las principales ventajas de desacoplar la noción de obligación de la existencia de un sistema centralizado de sanciones, es que permite mantener la visión —compartida ampliamente por el lenguaje y por los abogados— de que existe algo así como un derecho internacional».

<sup>5</sup> Es casi increíble la poca atención que los filósofos jurídicos especialistas le han conferido a este genuino problema, en tiempos en que se los critica por la esterilidad innata de su trabajo (véase DWORKIN, 2002: 1678-9). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (GOLDING y EDMUNDSON, 2005) no tiene ningún capítulo sobre derecho internacional ni referencia a él en el índice. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (COLEMAN y SHAPIRO, 2002) tiene un ensayo sobre derecho internacional (BUCHANAN y GOLOVE, 2002), pero es, en su totalidad, sobre cuestiones normativas de justicia global e intervención, etc. Los autores desdeñan explícitamente cualquier discusión sobre cuestiones analíticas o filosóficas. La filosofía analítica del derecho tiene desde 1999 su propia publicación, *Legal Theory*, editada por Jules COLEMAN, Brian LETTER y Larry ALEXANDER. Una rápida compulsión de los títulos revela solo tres artículos sobre derecho internacional en sus trece años (es decir, tres de un total de doscientos cincuenta artículos), y todos ellos se refieren a cuestiones normativas más que a cuestiones conceptuales o analíticas. (Dos de ellos son discusiones sobre RAWLS, 1999).

carácter del derecho internacional consuetudinario<sup>6</sup>. Los filósofos jurídicos analíticos parecen en su mayoría no haber advertido esto, incluso cuando es evidente que podrían estar en condiciones de hacer una contribución sustancial al respecto. De hecho, esa contribución podría basarse en alguna de las particularidades de la teoría jurídica de HART. Muchas de las críticas al derecho internacional consuetudinario sostienen que la costumbre es demasiado débil e incompleta como para hallarse en el corazón de un genuino sistema jurídico en funcionamiento; sin embargo, fue HART quien nos ha dado una explicación más sofisticada del derecho consuetudinario que la que pudieron suministrar los positivistas anteriores, y fue HART quien mostró que algo semejante a la costumbre reside en las bases de todo sistema jurídico, en las reglas secundarias fundamentales que generan su estructura. De manera que la teoría jurídica analítica es potencialmente muy relevante para estas discusiones acerca del carácter y la legitimidad del derecho internacional. No obstante, todas las contribuciones filosóficas de importancia sobre el tema las está desarrollando gente ajena al núcleo de la filosofía jurídica positivista moderna<sup>7</sup>. La mayoría de los que se regodean en la gloria de HART prefiere jugar con cuestiones sobre el positivismo jurídico incluyente o excluyente, una discusión que ha venido siguiendo la ley de rendimiento decreciente desde que la inició Jules COLEMAN en 1988, en lugar de abordar estas cuestiones más urgentes e importantes<sup>8</sup>.

La tercera omisión, de la que *sí* quiero ocuparme en este artículo, es la cuestión de la legalidad o el Estado de Derecho y sus relaciones con el trabajo realizado por HART —el trabajo de apariencia sobrehumana al que me referí antes— sobre el concepto de derecho y sobre lo que significa describir algo como un sistema jurídico.

También aquí estamos lidiando con un área de la teoría jurídica que HART abordó aquí y allá, pero que dio por superada con bastante liviandad y descuido. O, más bien, la trató con cuidado, pero en mi opinión con el tipo de cuidado equivocado. Para HART era una cuestión de naturaleza defensiva, centrada en la necesidad de bloquear un ataque real o imaginario a la Línea Maginot de la teoría jurídica positivista: la separación entre el derecho y la moral. El objetivo era bloquear un ataque a la separación entre el derecho y la moral lanzado sobre la base de la importancia para una adecuada com-

---

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, GOLDSMITH y POSNER, 2006; MCGINNIS y SOMIN, 2007 y RABKIN, 2006.

<sup>7</sup> No estoy desconociendo la contribución en FINNIS, 1980: 238-245 (una discusión sobre el derecho internacional consuetudinario). Es una honrosa excepción e ilustra el hecho de que probablemente los abogados iusnaturalistas sean mejores para pensar con provecho sobre el derecho positivo que los positivistas.

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, COLEMAN, 1982; COLEMAN, 2001 y DWORKIN, 2002.



prensión del derecho de lo que HART denominó los principios de legalidad. El trabajo de HART sobre este tema fue casi por completo defensivo. Estaba dirigido contra el desafío de LON FULLER a su trabajo, y la impresión que me deja la lectura de lo que HART escribió acerca de los principios de legalidad es que, una vez que el reto de FULLER fue rebatido, los principios de legalidad resultaban de poco interés, y HART estaba muy feliz de auspiciar su abandono, un abandono que ha sido continuado por muchos de sus seguidores (aunque no por todos) en la filosofía analítica moderna<sup>9</sup>.

Algunas de las cosas que dijo indican que HART no pensaba que, en sentido estricto, la legalidad fuera realmente un tema de la filosofía del derecho. Cuanto mucho, era un tema de la filosofía moral o política: nos alertaba sobre principios que podrían ser importantes para la evaluación del derecho; pero, por esa misma razón, los principios de legalidad debían ser mantenidos firmemente separados de nuestra comprensión — nuestra comprensión positivista — de lo que *el derecho es*. Como veremos, ese es más o menos el alcance de la contribución positiva de HART sobre el tema. Negativamente, se inclinaba a considerar a la preocupación sobre la legalidad y el Estado de Derecho como una fuente de confusión en la teoría jurídica; y con frecuencia da la impresión de que si alguien se ofrecía a hablar acerca de los principios de legalidad o del Estado de Derecho en una clase de filosofía del derecho, lo responsable era terminar esa discusión con la mayor rapidez y contundencia posible. HART da a entender que los principios de legalidad podían ser principios para la evaluación del derecho, pero su estudio no es parte de la disciplina filosófica que intenta decirnos lo que esencialmente es el derecho.

No quiero decir que HART fuera en algún sentido hostil respecto del Estado de Derecho como ideal político. Neil MACCORMICK (1981: 157-158) una vez se indignó mucho por una sugerencia de FULLER de que HART adoptaba un enfoque gerencialista del derecho. El profesor MACCORMICK lo dice en su libro sobre HART:

Nadie que haya dedicado cinco minutos a pensar sobre las diversas pero en general consistentes reflexiones de HART acerca de la relevancia moral del derecho positivo ... podría suponer que es siquiera mínimamente menos entusiasta que L. L. FULLER en promover la visión de una sociedad en la que individuos que se comunican con libertad colaboran voluntariamente en sus emprendimientos sociales comunes y se brindan con libertad una tolerancia amigable en sus actividades más particulares e individuales, y en la que el recurso de las autoridades a medios de mera coerción se ve minimizado. Nadie

---

<sup>9</sup> Dos excepciones están dadas por RAZ, 1979: 210-229 y KRAMER, 2007: 101-186. Véase también MACCORMICK, 2005.

podría negar ni lo genuino de su preocupación por la justicia ni la firmeza de su opinión de que una precondition de la justicia, definida en el marco de su moral crítica, es la existencia de un sistema jurídico en buen funcionamiento y que una consecuencia de la existencia de un sistema jurídico justo es el establecimiento de una red de obligaciones morales mutuas de respeto por el derecho entre los ciudadanos de esa jurisdicción (MACCORMICK, 1981: 157-158).

Pero no es el entusiasmo personal de HART por el Estado de Derecho lo que se echa de menos en su teoría jurídica: es una explicación de éste, y su puesta en marcha entre sus seguidores de la idea de que se trata de un tema merecedor del análisis teórico. Esto es lo que buscamos y lo que realmente no podemos encontrar.

## 2

Comencemos con lo que hay. La discusión más extensa del Estado de Derecho o de la legalidad en los escritos de HART puede encontrarse en un ensayo poco conocido denominado «Problems of the Philosophy of Law» (HART, 1967c), que HART escribió originariamente para la *Encyclopedia of Philosophy* de Paul EDWARDS.

El artículo está dividido en dos partes: la primera trata sobre «Problemas de definición y análisis» y la segunda sobre «Problemas de la crítica del derecho». En la segunda parte se discuten brevemente los criterios sustantivos de evaluación y luego HART continúa diciendo lo siguiente:

Las leyes, sin importar cuán impecable sea su contenido, pueden ser de poca ayuda a los seres humanos y pueden causar tanto injusticia como sufrimiento a menos que se ajusten en general a ciertos requisitos que podrían ser denominados en sentido amplio procedimentales ... Estos requisitos procedimentales se relacionan con cuestiones tales como la generalidad de las reglas jurídicas, la claridad con la que son expresadas, la publicidad que se les confiere, el tiempo de su promulgación y la manera en la que los jueces las aplican a los casos individuales. Las exigencias de que el derecho, excepto en circunstancias especiales, debe ser general (debe referirse a clases de personas, cosas y circunstancias, no a individuos o a acciones particulares); debe estar libre de contradicciones, ambigüedades y oscuridades; debe ser promulgado públicamente y fácilmente accesible, y no debe operar de forma retroactiva, son denominadas usualmente como los principios de legalidad. Los principios que exigen que los tribunales, al aplicar reglas generales a casos particulares, lo hagan sin interés personal en el resultado u otro tipo de predisposiciones y escuchando los argumentos sobre cuestiones de derecho y las pruebas sobre cuestiones de hecho de ambas partes en disputa, son a

menudo denominados reglas de justicia natural. Juntos, estos dos conjuntos de principios definen el concepto de Estado de Derecho ... (HART, 1967c: 273-274).

La taxonomía de HART es un poco confusa. Yo llamaría a los principios que tienen que ver con la generalidad, la proximidad, etc., *formales* en lugar de procedimentales; los procedimentales son los principios a los que HART denomina principios de justicia natural o, como los estadounidenses decimos en forma redundante, el debido proceso procedimental<sup>10</sup>. Pero el panorama general es bastante claro. Existen principios acerca de la forma que deben asumir las normas jurídicas, y existen principios acerca del carácter amplio de los procedimientos que deben usarse en su aplicación a casos individuales, y en conjunto esos principios de legalidad y debido proceso configuran lo que la gente denomina Estado de Derecho.

El primer conjunto de principios —los formales— son a grandes rasgos lo que LON FULLER denominó la «moral interna del derecho». Siempre me pareció extraño que FULLER dijera tan poco sobre el aspecto procedimental del Estado de Derecho en el capítulo 2 de *The Morality of Law* (FULLER, 1969: 33-94), especialmente en vista de su propio interés muy intenso y focalizado en las formas y límites de la adjudicación (FULLER 1978). Y, por cierto, FULLER (1969: 96) también cometió el error de llamar procedimentales a los principios formales, como si todo lo que no fuera sustantivo fuese procedimental. Sea como sea, los principios formales que menciona HART son en términos generales lo que FULLER (1958: 659) denominó la «moral interna del derecho», y estos comentarios en el ensayo de la *Encyclopedia* (HART, 1967c) constituyen lo más cerca que HART llegó de reconocer la importancia de la contribución de FULLER.

HART se ocupó de los principios de legalidad en el ensayo de la *Encyclopedia* con menor vivacidad de lo que lo que lo había hecho algunos años antes en un párrafo muy brusco de *El concepto de derecho* (HART, 1994). Allí, en el curso de su discusión en torno a las diferentes formas en que el derecho puede estar relacionado con la moral, HART nos invitaba a considerar

lo que de hecho va implicado en cualquier método de control social ... que consista primariamente en pautas o criterios generales de conducta comunicados a clases de personas, de quienes se espera que los entiendan y se ajusten a las reglas sin nuevas directivas oficiales. Para que funcione un control social de este tipo, las reglas tienen que satisfacer ciertos requisitos: han de ser inteligibles y poder ser obedecidas por la mayoría y, en principio, no

---

<sup>10</sup> HART, 1994: 160 [HART, 1963: 199-200] también tiene una breve referencia a principios de justicia natural tales como *audi alteram partem*.

deben ser retroactivas, aunque excepcionalmente pueden serlo (HART, 1994: 206-207) [HART, 1963: 255].

HART dice de estos requisitos: «Obviamente estas características del control mediante reglas están estrechamente relacionadas con las exigencias de justicia que los juristas llaman principios de legalidad». Pero en *El concepto de derecho* HART no tenía ningún interés en explicar lo que podría significar «principios de legalidad». Su principal interés era suprimir cualquier posibilidad de inferir de los principios de legalidad una posición como la de FULLER acerca del valor moral general del derecho. HART aludió someramente a la visión de FULLER de estos principios — «un crítico del positivismo ha visto en estos rasgos del control mediante reglas algo que importa una conexión necesaria entre el derecho y la moral» (HART, 1994: 207 y n. 303) [HART, 1963: 207 y n. 322]— pero no hizo por su parte comentario alguno excepto decir, mordazmente, que estos requisitos formales son «por desgracia compatibles con graves inequidades» (HART, 1994: 207) [HART, 1963: 256]. Señaló que eso, más o menos, era todo lo que resultaba necesario decir sobre la cuestión. FULLER estaba equivocado al pensar que la imposición de esos requisitos fijaba necesariamente límites a los males que podían ocasionarse bajo los auspicios del Estado de Derecho. Y los seguidores de HART lo han imitado en esto: todo lo que les interesa es igualmente esa especial posición anti-FULLER. La cuestión crucial es proteger la tesis de la separación. Una vez hecho eso, los principios de legalidad resultan de poco interés para la teoría jurídica.

HART dijo algo similar — «compatible con graves inequidades»— sobre los principios de legalidad también en el artículo de la *Encyclopedia*; pero allí lo dijo con mucho menos desdén. En ese contexto, expresó que aun cuando esos principios sean muy importantes, no debemos inferir que «siempre será razonable o moralmente obligatorio para un hombre obedecer el derecho cuando el sistema jurídico le suministra [los] beneficios [de los principios de legalidad y justicia natural], porque en otras formas el sistema puede ser inicuo» (HART, 1967c: 274). Eso, como dije, es mucho menos despectivo, puesto que se reconoce que *hay* valores morales importantes que apuntalan los principios de legalidad (incluso aunque puedan ser superados por esa omnipresente «inequidad» sobre la que tanto insiste). Volveré sobre esto en un momento.

### 3

Una cosa interesante, tanto de la breve discusión en *El concepto de derecho* como de la algo menos breve discusión en el ensayo de la *Encyclopedia*,

es que HART parece meticulosamente cuidadoso en no emplear él mismo la expresión «principios de legalidad»; la menciona, pero casi siempre atribuyendo su uso en este contexto a otros. Habla de «las exigencias de justicia que los abogados *califican* como principios de legalidad» (HART, 1994: 207) [HART, 1963: 255], y de principios que «*usualmente se denominan* principios de legalidad» (HART, 1967c: 274). No estoy seguro de por qué hace esto. Parece como si no pudiera usar la expresión a título propio, por temor a que «legalidad» pudiera connotar una conexión entre estos principios y la idea misma de derecho más íntima que la que podía tolerar. (En la reseña que HART hizo de FULLER —HART, 1965a: 1284— se dice que «principios de legalidad» es terminología de FULLER, pero HART continúa diciendo que él decididamente la prefiere a la frase «la moral interna del derecho». En breve examinaremos sus razones para esa preferencia).

HART también mencionó los principios de legalidad en su trabajo sobre filosofía del derecho penal<sup>11</sup>, y allí —donde las apuestas de la teoría de derecho eran algo menos fuertes— parecía más feliz en usar a título propio la expresión «principios de legalidad». Así, por ejemplo, en su debate con Lord DEVLIN sobre el uso del derecho penal para imponer la moral (HART, 1963), consideró la decisión de la Casa de los Lores en *Shaw v. DPP* (el caso del «directorio de mujeres», en el que los Lores sacaron a relucir un delito de conspiración para corromper la moral pública no establecido por ley del *common law*). HART dijo acerca de la decisión en *Shaw*:

[La Casa de los Lores] parece estar deseosa de pagar un alto precio en términos de sacrificar otros valores para establecer ... a los tribunales como *custos morum* [guardianes de la moral]. El valor específico que sacrifican es el principio de legalidad, que exige que los delitos sean definidos de la forma más precisa posible, de manera que se pueda saber de antemano qué actos son delitos y cuáles no (HART, 1963: 12).

O considérese lo que HART dijo acerca de lo que pasaría si prevaleciera la propuesta de Barbara WOOTTON de que la responsabilidad objetiva reemplazara por completo a la responsabilidad penal ordinaria<sup>12</sup>:

Entre otras cosas, perderíamos la aptitud que el sistema actual nos garantiza en cierto grado de predecir y planear el curso futuro de nuestras vidas dentro del marco coercitivo del derecho. Pues el sistema que hace depender el ser pasible de las sanciones jurídicas de un acto voluntario no solo maximiza el poder de los individuos para determinar mediante sus elecciones su destino futuro, sino que también maximiza su poder para identificar de antemano

<sup>11</sup> Para una discusión muy útil, véase STEWART, 1999.

<sup>12</sup> Para apreciar sus opiniones, véase WOOTTON, 1981.

el espacio que le quedará libre de la interferencia del derecho (HART, 1968: 181-182)<sup>13</sup>.

Éste es el mismo principio que aparece en su discusión sobre *Shaw*, solo que está caracterizado de una forma levemente diferente: ahora es un principio que nos informa sobre los alcances de nuestra libertad, por oposición al principio que nos informa sobre la especificación de los delitos. Pero éstos son más o menos la misma cosa. Y la cuestión es que en estos dos contextos HART parece tomar en serio ese principio o par de principios.

## 4

Sin embargo, en lo que respecta a la filosofía general del derecho —y, específicamente, al debate con LON FULLER— HART parece determinado a minimizar e incluso a caracterizar incorrectamente esos principios.

En su reseña del libro de FULLER, por ejemplo, HART dice que está intrigado por la asociación que hace FULLER de la palabra «moral» con los principios de legalidad. Dice «la insistencia del autor en clasificar estos principios de legalidad como una “moral” es una fuente de confusión, tanto para él como para sus lectores» (HART, 1965a: 1285). En una vívida analogía, HART expresa que si tuviésemos que idear un conjunto de principios sobre el envenenamiento, eso no sería una «moral» del envenenamiento:

Envenenar es sin duda una actividad con una finalidad, y las reflexiones sobre su finalidad pueden mostrar que posee principios internos. («Evitar los venenos, sin importar lo letales que puedan ser, si provocan que la víctima vomite», o «Evitar los venenos, sin importar lo letales que puedan ser, si es probable que por su forma, color o tamaño atraigan la atención»). Pero llamar a estos principios del arte del envenenador «la moral del envenenamiento» sencillamente borraría la distinción entre la noción de eficiencia en alcanzar

<sup>13</sup> El mismo punto fue presentado en una forma un poco más fundamentada en HART, 1965b: 1330: «En un sistema en el que la prueba de la culpabilidad ya no fuera una condición necesaria para condenar, las posibilidades de interferencia oficial en nuestras vidas aumentarían enormemente ... [C]ualquier golpe, incluso si resultase evidente que fue accidental o simplemente producto de un descuido ... sería en principio pasible de investigación bajo el nuevo esquema. Esto es así porque la posibilidad de cualquier condición susceptible de ser curada debería ser investigada y, de ser posible, tratada. Sin duda bajo el nuevo régimen las autoridades de enjuiciamiento emplearían su sentido común, pero debería confiárseles una enorme discreción para discernir dentro del conjunto de casos aquellos que merecen ser investigados para su tratamiento ya sea penal o terapéutico. Esta expansión del poder de policía traería consigo una gran incertidumbre para el ciudadano concreto, y aunque la interferencia oficial en su vida sería más frecuente, tendría menor capacidad para predecir su incidencia si cualquier violación accidental del derecho penal pudiera constituir una ocasión para su intervención».

una finalidad y los juicios últimos sobre las actividades y finalidades que conciernen a la moral en sus diversas formas (HART, 1965a:1286).

Por supuesto, la analogía depende de considerar a los principios de FULLER simplemente como principios para la persecución eficiente de una finalidad dada. (Algunas de las cosas que dice FULLER sobre la analogía con la artesanía y la carpintería alientan esa lectura: véase FULLER 1969: 96.) Y si *fuesen* únicamente principios de eficiencia -- ¿cómo hacer cosas con reglas?— entonces *sería* inadecuado calificarlos como una moral, al menos (como dice HART) sin mostrar que «el propósito de someter a la conducta humana al gobierno de las reglas, sin importar su contenido» sea «un valor último en la conducción de la vida» (HART, 1965a: 1287).

Pero poco después, cuando HART pretende responder en forma más defensiva a la caracterización de FULLER del positivismo jurídico como insuficientemente comprometido con la legalidad —esto es, cuando quiere responder a la acusación de FULLER de que los positivistas «no pueden siquiera explicar qué tendría de malo un sistema de reglas que fuera enteramente retroactivo», y que no podemos brindar ninguna explicación adecuada de por qué normalmente las normas jurídicas son generales» (HART, 1965a: 1290, citando a FULLER, 1969: 147)—, dice que es perfectamente posible desarrollar una explicación de qué tendría de malo un sistema semejante. Y aunque no lo dice explícitamente, la explicación que insinúa se encuentra firmemente ubicada en el ámbito de la moral. HART dice lo siguiente:

¿Por qué —por tomar los ejemplos más simples— autores como BENTHAM y AUSTIN, quienes definían al derecho como mandatos, no podrían haber objetado un sistema de reglas enteramente retroactivas sobre la base de que no podría contribuir en nada a la felicidad humana y que, en la medida en que condujera a castigos, infligiría un sufrimiento inútil? ¿Por qué Kelsen o yo mismo, que pienso que el derecho puede contemplarse fructíferamente como un sistema de reglas, no podríamos igualmente explicar que la generalidad normal del derecho es deseable no solo por razones de economía sino también porque permite a los individuos predecir el futuro, y que esto constituye una poderosa contribución a la libertad y felicidad humana? (HART, 1965a: 1291).

HART imagina que FULLER podría objetar que el uso de esos principios por el propio HART o por BENTHAM no sería realmente moral, porque estaría solo orientado a la felicidad humana —en otras palabras, que los principios de legalidad «son valorados únicamente en la medida en que contribuyen a la felicidad humana u otros objetivos morales sustantivos del derecho» — (HART, 1965a: 1291), pero que ellos no serían realmente morales en sí mismos. Pienso que HART considera eso correctamente como una distinción sin una genuina diferencia.

A veces HART es de hecho muy explícito acerca del estatus moral de estos principios. En una solución que propone (1958: 618-621) para el caso de la delación rencorosa, que discutiera con FULLER en su intercambio de 1958, HART juega con la idea de una ley retroactiva de la era de posguerra que hiciera que la conducta de la mujer, que era legal en 1944, fuera ilegal. (El caso planteaba la cuestión de si se debía castigar a una mujer en 1949 por haber denunciado a su marido a las autoridades en 1944 bajo leyes nazis absurdamente opresivas promulgadas en 1934 y 1938 respectivamente<sup>14</sup>). HART asumió la posición de que en lugar de declarar nulas las leyes nazis, habría sido mejor promulgar una ley luego de 1945 y aplicarla retroactivamente al caso de la delatora para castigarla. Reconoce que esto violaría el principio de legalidad, que prohíbe la legislación retroactiva, y dice que eso implicaría «sacrificar un principio moral muy valioso incorporado por la mayoría de los sistemas jurídicos» (HART, 1958: 619). «Un principio moral muy valioso»: así es como caracteriza a la legalidad.

Pero si ésa es la posición de HART, entonces no debería haber sostenido la opinión que expuso unas pocas páginas antes en la reseña de que FULLER estaba equivocado al ofrecer una caracterización moral de estos principios. Pues su propia explicación muestra ahora que él, BENTHAM y muchos otros positivistas los consideran efectivamente morales, en el sentido más llano del término. Están orientados a la felicidad y la libertad humana y, como tales, son parte de los principios de la teoría crítica o censora del derecho.

Con seguridad no son únicamente principios de eficiencia o, si lo son, son principios que limitan al gobernante en pos de eficiencia para los súbditos — la persecución eficiente de sus propios objetivos dentro de parámetros claros de libertad —, y eso por sí mismo es una cuestión moral (al menos en lo que concierne al gobernante). La analogía del envenenamiento supone que tales principios se orientan a la eficiencia solo de los propósitos del gobernante o el envenenador; pero los principios de legalidad, tal como HART lo subraya en su discusión de *Shaw v. DPP* (HART, 1963: 12) y en su discusión sobre la responsabilidad objetiva (HART, 1965b: 1330; y HART 1967c: 181-182), no tienen el fin de promover los objetivos propios del gobernante sino de hacer espacio en los cálculos del gobernante — un espacio respetable — para los fines de los individuos que viven bajo su poder. Y todo esto es incompatible con considerar a la caracterización de FULLER de estos principios como «morales» como fundamento para criticarlo. Lo que digo, entonces, es que la crítica de HART a FULLER por enfatizar el carácter moral de la legalidad depende de la circunstancia de estar separada por dos o tres

<sup>14</sup> FULLER, 1958: 652-657, ofrece una buena explicación de este caso; las leyes relevantes son presentadas en FULLER, 1958: 653 y 654.



páginas con argumentos que distraen la atención respecto de los lugares en los que el propio HART dice que *podemos* ofrecer una explicación moral de la importancia de esos principios.

En el artículo de la *Encyclopedia* que mencioné (HART, 1967c), la caracterización de los principios de legalidad es mucho más honesta. HART dice dos cosas acerca de ellos, pero ya no habla con evasivas. Dice, por una parte, que «las reglas generales claramente formuladas y promulgadas públicamente constituyen la forma más eficiente de control social» (HART, 1967c: 274). Eso es eficiencia desde el punto de vista del gobernante. Pero inmediatamente continúa diciendo que «desde el punto de vista del ciudadano individual, son más que eso».

Son necesarios si [el ciudadano] ha de tener la ventaja de conocer de antemano de qué modo será restringida su libertad en las diversas situaciones en las que pueda encontrarse, y necesita ese conocimiento si ha de planear su vida (HART, 1967c: 274).

HART dice también que la generalidad ayuda al ciudadano individual porque le brinda información acerca de a qué se atenderán los otros, lo que «aumenta la confianza con la que puede planear su futuro» (HART, 1967c: 274). Si ésa no es una caracterización moral de estos principios, o de la justificación de estos principios, entonces no sé lo que es. Puede que no sean principios morales fundamentales; no son como el principio de utilidad o el imperativo categórico; puede que funcionen al servicio de la felicidad humana, la dignidad o la autonomía; pero no son por eso menos morales.

## 5

De manera que los principios de legalidad *son* principios morales, o pueden contemplarse bajo esa luz. Quizás lo que HART objeta realmente de la caracterización de FULLER es que constituyan una moral especial *del derecho*. Quizás constituyan simplemente una parte general de la moral política; pero si los calificamos como una moral del derecho, nuevamente nos estamos arrastrando hacia la Línea Maginot de la separación entre el derecho y la moral, que HART piensa que necesita ser defendida a toda costa.

Pero no entiendo por qué HART debería comprometerse con la negación de esto. Considérese el principio de generalidad<sup>15</sup>, que a su juicio es uno de

<sup>15</sup> En HART, 1994: 8, 21-23 [HART, 1963: 10, 26-30], hay una discusión sobre la insistencia corriente en que nada puede ser llamado derecho a menos que tenga carácter general, y HART sugiere (como AUSTIN) que esto se basa en lo impracticable de la alternativa: «[N]inguna sociedad

los principios de legalidad. Al final de la reseña del libro de FULLER, cuando HART es honesto en reconocer el carácter moral de los principios de FULLER, afirma que un positivista puede reconocer que «la generalidad normal del derecho es deseable no solo por razones de economía [creo que se refiere a la economía administrativa], sino porque permite a los individuos predecir el futuro, y ésta es una contribución poderosa a la libertad y felicidad humana» (HART, 1965a: 1291). Pero en HART, 1994, también observa que este requisito de generalidad está profunda e íntimamente ligado al derecho. Sostiene que el derecho tiene algo formal en común con la justicia, ya que ambos proceden de acuerdo con reglas y ambos plasman la idea formal de «tratar igual a los casos iguales» (HART, 1994: 157-167). «Tenemos —dijo— en la nuda noción de aplicar una regla jurídica general al menos el germen de la justicia» (HART, 1994: 206) [HART, 1963: 255]. Ahora bien, no es de la conexión con la justicia de lo que quiero hablar aquí, ya que el carácter moral del principio de generalidad, como principio de legalidad, no consiste en que arrojará resultados justos, sino más bien en que —justo o injusto— al menos la gente tendrá una mejor apreciación de su posición. El principio contribuye a la libertad y felicidad humana a través de la predictibilidad, no a través de la hipótesis del germen de la justicia, lo cual es mucho más fulleriano que lo que HART usualmente está dispuesto a ser<sup>16</sup>. No es de la conexión con la justicia de lo que quiero hablar, sino más bien de que este sentido de la generalidad, como una exigencia propuesta en nombre de la moral política, no es aplicable al derecho solo incidentalmente, sino aplicable debido a lo que el derecho es y a lo que aspira inherentemente a ser: el derecho en sí mismo, en su declarado carácter, espera ser evaluado sobre tales bases. En esa medida, la generalidad sí parece ser un principio de la moral *del derecho* y no solo de la moral política en abstracto.

Lo mismo puede ser cierto respecto de los otros principios de legalidad, como las exigencias de publicidad o predictibilidad. Ciertamente parecen orientados hacia el derecho: el derecho parece ser su blanco especial. No se trata de que sean principios de perfecta aplicación general que simplemente

---

podría sostener el número de autoridades necesarias para asegurar que se informe a cada uno de sus miembros oficialmente y por separado de cada acto que se le exige» (HART, 1994: 21) [HART, 1963: 26-27]. HART infiere que las órdenes particulares (sin un fundamento general) son excepcionales y complementarias respecto del concepto de derecho tal como lo expone.

<sup>16</sup> Cfr. HART, 1958: 624: «De manera que hay, en la propia noción del derecho como consistente en reglas generales, algo que nos impide que lo tratemos como [si] moralmente fuera absolutamente neutral, sin ningún contacto necesario con principios morales». Pero retrocede un poco en HART, 1994: 161 [HART, 1963: 200], donde dice: «Esta conexión estrecha entre la justicia en la administración del derecho y la noción misma de regla ha tentado a algunos famosos pensadores a identificar la justicia con la conformidad con el derecho. No obstante, esto es claramente un error...». Para opiniones críticas de la hipótesis del «germen de justicia», véase LYONS, 1973; KRAMER, 1999, cap. 2; GREEN, 2005.

por casualidad se aplican al derecho entre otras cosas. Constituyen una parte de la moral política que se encuentra especialmente aguardando al derecho. No hay ninguna razón por la que la moral política no pueda tener un subconjunto especial de criterios evaluativos afectados de esta manera; podrían ser parte de lo que BENTHAM (1970a: 294) quiso significar con los principios de la teoría censora del derecho. En un muy buen ensayo, John GARDNER (2001) señaló no solo que los positivistas no están imposibilitados de pensar que «la falta de claridad, la falta de certeza, la retroactividad, la falta de generalidad, la oscuridad y cosas semejantes, constituyen deméritos de las normas jurídicas», sino también que los positivistas jurídicos «no están imposibilitados de concordar con FULLER en que estos valores constituyen la moral interna especial del derecho, que dotan al derecho de sus objetivos e imperativos característicos» (GARDNER, 2001: 210). RAZ dice algo parecido en su discusión acerca del Estado de Derecho (RAZ, 1979: 210-229). Sostiene que el Estado de Derecho tiene la intención de corregir los peligros de abuso que surgen del derecho como tal:

El derecho inevitablemente crea un gran peligro de poder arbitrario —el Estado de Derecho está diseñado para minimizar el peligro creado por el propio derecho—. De manera similar, el derecho puede ser inestable, oscuro, retroactivo, etc., y de ese modo puede infringir la libertad y la dignidad de las personas. El Estado de Derecho también está diseñado para prevenir este peligro. Por consiguiente, el Estado de Derecho constituye una virtud negativa: ... el mal que se evita es un mal que solo podría haber sido causado por el propio derecho (RAZ, 1979: 223-4).

Personalmente pienso que RAZ está equivocado acerca de esto (WALDRON, 2006b). El ideal del Estado de Derecho (o los principios de legalidad) pretende corregir los peligros de abuso que surgen en general cuando se ejerce el poder político, no los peligros de abuso que surgen en particular del derecho. De hecho los principios de legalidad buscan corregir abusos de poder poniendo énfasis en una forma particular de ejercicio del poder político, a saber: el gobierno a través del derecho, al que se considera más apto para protegernos contra el abuso que (digamos) un gobierno gerencial o un gobierno a través de decretos. Desde este punto de vista, *el propio derecho* parece ser prescrito como el remedio, en lugar de ser identificado como el problema (o el problema potencial) que un ideal distinto —el Estado de Derecho— busca remediar.

Se podría pensar que incluso si estuviera aquí en lo cierto acerca de los principios formales de legalidad —que ellos apuntan a que las medidas gubernamentales se parezcan más al derecho, en lugar de apuntar meramente a que ciertas cosas *que pretenden ser derecho* sean derecho—, debo estar equivocado acerca de los principios procedimentales, esto es, los principios

de justicia natural. Estos solo parecen aplicarse inherentemente a los procedimientos jurídicos. Pero en realidad pienso que también estoy en lo cierto sobre esto. Los principios de justicia natural no dicen simplemente que si se tiene un tribunal jurídico, éste debe seguir principios como el de imparcialidad, o *audi alteram partem* (como si fuera perfectamente correcto tener un tribunal parcializado y sordo a uno de las partes en la controversia en tanto no fuera categorizado como un tribunal jurídico). No: los principios de justicia natural buscan que todas las entidades que efectúan determinaciones que impactan adversamente sobre los ciudadanos individuales se comporten más como tribunales jurídicos. El objetivo del Estado de Derecho en general no es hacer que las leyes e instituciones jurídicas sean más similares al derecho; es hacer que el gobierno y las instituciones gubernamentales sean más similares al derecho.

Entonces, el sentido en el que argumentaría que los principios de legalidad constituyen una moral especial *del derecho* no es que el derecho sea su objetivo natural, sino que el derecho es *el resultado de su aplicación exitosa*: estos principios están diseñados para hacer que las medidas gubernamentales se parezcan más al derecho (en aras de la libertad, dignidad y felicidad de los súbditos).

## 6

Esto me lleva ahora hacia una confrontación final con HART. Me inclino a decir que un sistema que comúnmente viola los principios de legalidad puede minar su derecho a ser llamado un sistema jurídico. Puede que sin dudas sea un sistema efectivo de regulación, pero no creo que pueda ser considerado con provecho como un sistema de gobierno a través del derecho.

Si se tiene un sistema de gobierno que ordinariamente toma importantes decisiones *ad hoc* sin hacer referencia a normas generales, o si mantiene las normas generales y las directivas en secreto, o únicamente las idea bajo presión luego de los hechos; si lidia con situaciones individuales e impacta sobre los ciudadanos y las personas jurídicas de una forma imperativa e irrespetuosa desde el punto de vista procedimental y no guarda parecido con ningún tipo de proceso de adjudicación justa; si no existen autoridades establecidas en lo que reconoceríamos como el lugar de un poder judicial independiente, y si el *ethos* general es solo para dirigir a la masa de sujetos gritándole órdenes y haciendo que sean obedecidas a través de cualquier medio que funcione, incluyendo el terror y la manipulación; si ése es el sistema por el cual se gobierna a un pueblo, ¿tendría algún sentido llamarlo sistema jurídico (solo que uno malo)? ¿No sería más esclarecedor decir que

éste es un sistema de regulación, en el sentido de gobernar o dominar, pero no un sistema de reglas, y por cierto no un sistema de regulación a través del derecho? ¿Y no sería el desprecio consistente de los principios de legalidad y de los principios de justicia natural el principal fundamento para inclinarnos a decir eso?

HART por supuesto se mostraría reacio en este punto, y también lo harían muchos positivistas, porque parece ahora que estamos transformando principios morales — que es lo que hemos establecido que son los principios de legalidad — en criterios de validez jurídica. Pero en realidad no creo que sea eso lo que hace mi propuesta. Ella no dice que las medidas que estoy imaginando de este régimen inescrupuloso *no sean derecho válido*; mi propuesta dice en cambio que las medidas y el sistema que las genera no entran realmente en la categoría de ser derecho en absoluto. Es decir, no entran en la categoría dentro de la cual la validez o invalidez serían una cuestión a considerar.

Piénsese por un momento en la sociedad prejurídica, la sociedad «primitiva», descrita en el capítulo V de *El concepto de derecho* (HART, 1994: 91-94) [HART, 1963: 113-117]. Una sociedad semejante puede ser gobernada mediante ciertas reglas primarias, pero no puede ser gobernada por ellas en carácter de derecho, y la cuestión de la validez de una o más de estas costumbres o reglas primarias simplemente no surgiría. *Ex hypothesi*, la sociedad no tiene la clase de estructura en funcionamiento que daría sentido a juicios de validez. Y el efecto de la ausencia de esa estructura no es condenar todas estas medidas como inválidas, sino eliminar uno de los presupuestos de la validez. Me parece que podemos decir algo exactamente semejante acerca del inescrupuloso régimen gerencial o terrorista concebido. En verdad no hay nada aquí a lo cual podamos aplicar los términos «válido» e «inválido». De manera que, en sentido estricto, no estamos cometiendo lo que por supuesto es el pecado mortal a los ojos de HART y sus seguidores, esto es, hacer que un principio moral sea una condición de la validez jurídica. Lo que estamos haciendo es considerar a ciertos principios morales como parte de nuestros criterios generales para categorizar sistemas de gobierno, y ésa —creo— ha sido tradicionalmente una de las principales funciones del discurso de la legalidad, y con seguridad una de las principales funciones del Estado de Derecho.

Ahora bien, por supuesto que la situación que he venido describiendo es muy extrema. Usualmente tratamos con algo menor a eso: con un sistema jurídico de funcionamiento ordinario que ocasionalmente viola normas de legalidad en cierto grado. ¿Qué hemos de decir sobre eso? Bien, diremos dos cosas: en primer lugar, diremos que su funcionamiento normal y su observancia normal de la legalidad en la mayoría de los casos nos proporciona un ámbito donde los conceptos de validez e invalidez pueden operar, y que

no hay ninguna razón para suponer que los principios de legalidad entren en la aplicación de esos conceptos. Pero, en segundo lugar, diremos que los principios de legalidad pueden constituir una suerte de *advertencia* que podemos imaginar dirigida hacia un sistema semejante (si a alguien le interesa) de que sus violaciones a la legalidad, aunque no fatales, están comenzando a minar o erosionar su pretensión de ser considerado un sistema jurídico.

HART podría responder a esto diciendo ¡Qué noticia!, o algún equivalente más caballeroso. El estatus de un sistema de gobierno como sistema jurídico siempre ha sido exagerado de todos modos. Recuérdese que HART expresó que la denuncia de posguerra contra el positivismo efectuada por Gustav RADBRUCH dependía de una enorme sobrevaloración de nuestra aptitud para describir a un sistema como jurídico, como si eso resolviera la cuestión de la obediencia o la cuestión de si era justo o legítimo (HART, 1958: 618). HART está en lo correcto respecto de este restringido punto. La legalidad puede que no defina la cuestión de la obediencia o incluso el problema de la justicia. Pero pienso que la propia y sincera caracterización de HART de los principios de legalidad, junto con su apreciación de que estos principios están particularmente orientados hacia la empresa jurídica, de hecho significa que hay algo aquí que opera casi como FULLER imaginó que lo haría la moral interna del derecho. Y opera de esa manera sea que la calificamos con los términos que empleó FULLER o no. Una vez más, no me preocupa la *otra* tesis de FULLER, a saber: que la legalidad (o como la llamemos) está próxima a garantizar la justicia o la legitimidad (FULLER, 1958: 636-638), y que ella puede desempeñar un importante papel moral incluso si no alcanza ese resultado. (Puede ser una condición necesaria pero no suficiente de la justicia o la legitimidad, o puede tender siempre a mejorar las cosas desde el punto de vista de la justicia o la legitimidad incluso si se encuentran en situación desesperada). Aun así equivale a una dimensión importante y distintiva para la evaluación de los sistemas sociales. Y creo que es una lástima que HART se haya convencido de que era necesario negar esto, inclusive cuando mucho de lo que dijo explica las razones por las cuales resulta verdadero.

## 7

Sería equivocado terminar con un tono tan negativo. Si bien HART no la discutió en esos términos, una de las mayores contribuciones que hizo a la tradición del Estado de Derecho se halla en su crítica a la idea de soberanía, en los primeros capítulos de *El concepto de derecho*.

Puede recordarse que en las discusiones sobre el Estado de Derecho que van desde el medioevo hasta comienzos de la Edad Moderna, siempre

fue una cuestión clave si el príncipe o el soberano de un Estado debía estar sujeto a las leyes, o si era en sentido técnico absoluto —*princeps ab legibus solutus*. El máximo exponente de la tradición absolutista fue el trabajo de Thomas HOBBS (1988), quien sostuvo que era «una opinión repugnante a la naturaleza de un Estado..., que aquel que tiene el poder soberano esté sujeto a las leyes civiles» (HOBBS, 1988: 224). Estaba lejos de ser una doctrina novedosa: una versión de ella puede encontrarse en TOMÁS DE AQUINO<sup>17</sup>. Y encontramos un debate continuo sobre ella a lo largo de la teoría jurídica medieval: ¿cómo podría el creador de las leyes estar sujeto a las leyes que ha creado? Sabemos que para HOBBS la dificultad aquí era en parte política: la idea de que cualquier doctrina que sostuviera que el soberano está sujeto a las leyes socavaría la unidad de la autoridad soberana, generando líneas de responsabilidad jurídica cuyas propias relaciones con el derecho podrían ser problemáticas. Una doctrina semejante, sostiene HOBBS, «porque coloca las leyes por encima del soberano, ubica también sobre él un juez y un poder para castigarlo, lo que equivale a hacer un nuevo soberano y, por la misma razón, un tercero para castigar al segundo, y así continuamente sin fin, hasta la confusión y disolución del Estado» (HOBBS, 1988: 224). Y era en parte una tesis lógica: «[E]star sujeto a las leyes es estar sujeto al Estado, es decir, al representante soberano, es decir, a sí mismo, lo que no es sujeción sino libertad respecto de las leyes» (HOBBS, 1988: 224). Sobre todo constituía una dificultad imaginar que la fuente de todo derecho positivo pudiera también estar limitada por el derecho positivo. Constituía una dificultad imaginar eso, pero también constituía una dificultad imaginar que pudiera haber algo semejante a un sistema jurídico que no exigiera cierta dosis de soberanía en ese sentido fuerte.

Bien, por razones que imagino tuvieron poco que ver con la defensa del Estado de Derecho, HART sencillamente desarticuló las presuposiciones lógicas de la soberanía absoluta hobbesiana. En *El concepto de derecho* hizo lugar para la posición del Estado de Derecho. Mostró que la soberanía — allí donde existe — depende de reglas, está constituida por reglas y, por ello, no puede ser considerada en forma inteligible como la fuente de todas las reglas que conforman el sistema jurídico (HART, 1994: 51-61) [HART, 1963: 64-77]. Las reglas no solo *afectan* al soberano o *pertenecen* al soberano: algunas de

<sup>17</sup> Véase TOMÁS DE AQUINO, 1959: 70: «Se dice que el soberano está "exceptuado del derecho" en lo que respecta a su poder coercitivo; dado que, en sentido propio, ningún hombre se coacciona a sí mismo, y el derecho no tiene poder coercitivo salvo por la autoridad del soberano. Así, entonces, se dice que el soberano está exceptuado del derecho, porque nadie es competente para juzgarlo si actúa contra el derecho. Porque sobre Salmos 50: 6: "Para ti solo he pecado", una glosa dice que "no hay hombre que pueda juzgar los actos de un rey" ... Nuevamente el soberano está por sobre el derecho, en la medida en que, cuando es conveniente, puede cambiar el derecho y prescindir de él de acuerdo al tiempo y lugar».

ellas en realidad *constituyen* al soberano. Son, en ese sentido, reglas constitutivas del sistema jurídico<sup>18</sup>. Ésa fue —entre otras— la lección de la crítica de HART a AUSTIN en el capítulo IV de *El concepto de derecho*.

Ahora bien, una vez que reconocemos que los soberanos son constituidos por reglas, podemos contemplar la posibilidad de que la base de ciertos sistemas jurídicos pueda ser constituida por reglas de una forma fundamentalmente diferente —esto es, de un modo que no genera nada remotamente parecido a un soberano—. Podemos entonces concebir la posibilidad de que un sistema jurídico no necesite tener *un soberano constituido* en su base (aunque algunos lo tienen): puede que solo tenga una constitución. [Así es como creo que debemos considerar al sistema jurídico de los Estados Unidos<sup>19</sup>, por ejemplo. Hannah ARENDT (1973: 153) está en lo cierto: la constitución norteamericana funciona sobre la base de la abolición sistemática de la soberanía, al menos en lo que concierne a las características internas del sistema jurídico].

Por supuesto, el hecho de que el soberano —donde *hay* un soberano— sea constituido por reglas no garantiza que el gobernante vaya a estar sujeto al derecho del modo en que lo exige el teórico del Estado de Derecho. El Parlamento soberano en el Reino Unido en la época de Albert Venn DICEY estaba constituido por el derecho; pero DICEY (1982: 268-273) fue probablemente demasiado optimista al contemplar esto en sí mismo como suficiente para reconciliar la soberanía con el Estado de Derecho. Pero el paso dado por HART abre un espacio para que el soberano pueda estar jurídicamente limitado. HART desarticuló las tesis lógica y jurídica, asociadas con HOBBS, de que el Estado de Derecho sea en este sentido una imposibilidad incoherente.

Es irónico, por cierto, que la versión del Estado de Derecho a la que HART dio espacio con frecuencia se considere como una forma mucho más ambiciosa de Estado de Derecho que la asociada con FULLER. La versión asociada con FULLER y con los principios de legalidad es algo parecido a lo siguiente: si alguien nos va a gobernar, sería mejor que nos gobierne a través del derecho, tal como éste resulta definido en parte por los principios de legalidad. Pero la versión a la que dio espacio el ataque de HART a la soberanía es la vieja ambición de imaginar una sociedad en la que la *gente* no nos gobierna en absoluto, sino que el derecho nos gobierna —el Rey Nomos—. Nos permite imaginar con credibilidad el *gobierno del derecho*, no de los *hombres*. Ésa es la muy ambiciosa posición a la que HART dio espacio con su demolición de la soberanía. Quería rendir tributo a esto, aun en medio de

<sup>18</sup> Véase también la discusión en WALDRON, 2006a.

<sup>19</sup> Sobre el reconocimiento de HART de la importancia de esta consecuencia, véase HART, 1994: 66-78 [HART, 1963: 82-97].



mi severa crítica a los errores en la discusión de HART de otros aspectos del Estado de Derecho y la legalidad.

Si el espacio lo permite, diría también que la discusión de HART sobre la soberanía externa en el que, por lo demás, es el justificadamente criticado décimo capítulo de *El concepto de derecho*, nos ayuda a comprender ese fenómeno también en términos del gobierno a través de reglas: «[S]ólo podemos saber qué estados son soberanos, y cuál es el ámbito de su soberanía, cuando conocemos las reglas» (HART, 1994: 223) [HART, 1963: 275]. No debemos comenzar con una suposición prejurídica de soberanía absoluta en el ámbito internacional y organizar nuestra explicación del derecho internacional de modo que se vea limitada por eso. HART no llega a un equivalente completo de la posición por la que aboga en el derecho nacional, esto es, que la soberanía está constituida por reglas jurídicas. En el ámbito internacional sostiene la posición ligeramente más rudimentaria de que la soberanía de un estado es precisamente aquello que resta cuando se consideran sus obligaciones internacionales (HART, 1994: 224) [HART, 1963: 276]. Pienso que sería mejor sostener que la propia soberanía externa es una construcción jurídica del derecho internacional, no solo la idea de lo que resta una vez las pretensiones del derecho se han reconocido. En este sentido, es posible que la soberanía limite la extensión y el contenido del derecho internacional, pero la naturaleza y las bases de esa limitación estarían dadas por una doctrina jurídica, no prejurídica. No obstante, comenzar a discutir en detalle sobre cuestiones internacionales nos llevaría demasiado lejos.

La moraleja de este trabajo, que espero los lectores encontraran fructífera, es que hay más cuestiones para discutir sobre la legalidad, los principios de legalidad y el Estado de Derecho de las que HART a veces parece dispuesto a reconocer. Como he sostenido, la posición de HART sobre todo esto ha sido sospechosa y equívoca. Pienso que eso deja abierta una oportunidad. Frente a las inconsistencias de HART, sería mejor que tomáramos en serio sus observaciones positivas acerca de la importancia moral y jurídica de los principios de legalidad, en lugar de hacer demasiado espacio para sus intentos esporádicos e injustificados por descalificarlas por carecer de interés real para la teoría jurídica.



CAPÍTULO V  
VALIDEZ, MORAL Y LA FUNCIÓN  
DE GUÍA DEL DERECHO

W. J. WALUCHOW

1. PREGUNTAS NORMATIVAS Y CONCEPTUALES

En su clásico trabajo *The Province of Jurisprudence Determined*, John AUSTIN hizo una famosa proclama de la tesis de la separación: que la existencia del derecho es una cosa, en tanto que su mérito o demérito es otra cosa enteramente diferente. Una lectura simplista de la tesis de AUSTIN podría llevarnos a considerar que lo que dice —tanto él como sus descendientes positivistas— es que la moral y el derecho no tienen absolutamente nada que ver el uno con el otro. Pero, por supuesto, esto no está siquiera cerca de la verdad sobre la cuestión. Los positivistas no solamente están de acuerdo con que el derecho y la moral están íntimamente conectados uno con el otro en una diversidad de formas distintas, sino que adicionalmente muchos positivistas contemporáneos han pasado a afirmar que ello también es verdadero respecto de la relación entre la moral y la teoría jurídica. Desde hace una buena cantidad de años los positivistas han defendido teorías acerca del papel de las normas morales en el desarrollo y evaluación de las teorías jurídicas. Liam MURPHY, por ejemplo, ha sostenido que las discusiones entre los dos principales rivales positivistas, el positivismo incluyente y el excluyente, ha alcanzado las tablas, sin que exista ningún argumento conceptual válido disponible para elegir entre ellos. MURPHY argumenta que, dado este *impasse*, los positivistas deberían aprovechar la oportunidad para desarrollar

o modelar el concepto de derecho de tal manera que su uso, tanto en la teoría como en la práctica jurídica, tenga las mejores consecuencias morales. En su opinión, las mejores consecuencias morales se obtienen si se opta por el positivismo excluyente<sup>1</sup>. Este tipo de argumento es semejante a lo que una vez llamé el «argumento causal-moral de BENTHAM» (WALUCHOW, 1994: 86-98). Éste es el argumento para preferir el positivismo a la teoría del derecho natural que BENTHAM empleó en *Anarchical Fallacies* a fin de desacreditar la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* francesa. De acuerdo con BENTHAM, la adopción del positivismo permite evitar el «lenguaje terrorista» que a su juicio representaba la *Declaración*, así como la teoría del derecho natural que ella encarnaba. En sus primeros escritos HART siguió el ejemplo de BENTHAM al sostener que la adopción del positivismo no solo aumenta nuestras posibilidades de evitar el lenguaje terrorista — que HART con menos colorido denominó «pensamiento anarquista» — sino que también hace menos probable que sucumbamos al extremo opuesto de permitir que nuestro sentido de lo que es moralmente correcto colapse con nuestro sentido de lo que es jurídicamente válido. Se refirió a este otro extremo como el «pensamiento reaccionario» (HART, 1982: 7 y 1983: 53). La mayoría de los positivistas — incluyendo al último HART, quien me lo dijo una vez — se sienten incómodos con los argumentos causales-morales. Prefieren en cambio permanecer más firmemente dentro de los confines de los argumentos conceptuales y las explicaciones descriptivas. Pero incluso estos positivistas están complacidos de sugerir un papel diferente y bastante robusto para las normas morales en el desarrollo de las teorías jurídicas. Jules COLEMAN y Julie DICKSON, por ejemplo, sostienen que no hay ningún inconveniente en proponer que las normas morales suministren el fundamento para una explicación o interpretación de las prácticas jurídicas, por ejemplo el derecho de daños en Estados Unidos (COLEMAN, 2001b: 175-179, y DICKSON, 2001: *passim*). Se pueden proponer ciertas normas morales como aquellas que la práctica jurídica encarna o busca concretar, sin sugerir de ningún modo que la práctica se encuentre por esa razón moralmente justificada, o que se alcanzarán mejores consecuencias morales si se las interpreta de esa manera. Se puede todavía, en otras palabras, mantener una cierta versión de la tesis de la separación en el nivel de la teoría jurídica y el análisis. Stephen PERRY y Ronald DWORKIN sostienen que la distancia conceptual entre los conceptos morales y los jurídicos presupuesta en este tipo de enfoque es un puro mito, que no se puede proponer como objetivo de la práctica jurídica la búsqueda

<sup>1</sup> MURPHY, 2001: 371. Cfr. MACCORMICK, 1985: 1. Brian LEITER ha sostenido que deberíamos dejar de intentar evaluar las teorías del derecho sobre las bases puramente «conceptuales» presupuestas por muchos positivistas. Deberíamos en cambio adoptar un tipo de «teoría jurídica naturalizada», que en la visión de LEITER también favorece al positivismo jurídico excluyente. Véase LEITER, 2007.

por concretar ciertas normas morales sin que ello implique aprobarlas en algún sentido. En otras palabras, los positivistas como COLEMAN se equivocan cuando aceptan el punto de vista de HART de que «la descripción puede seguir siendo una descripción, incluso cuando lo que se describe es una evaluación» (HART, 1994: 244). De acuerdo con PERRY y DWORKIN, no se puede, en efecto, explicar una práctica evaluativa como el derecho de daños como si ella encarnara ciertas normas morales sin de ese modo evaluarla moralmente. Explicar el derecho es interpretarlo, e interpretarlo es mostrarlo bajo su mejor luz moral. Citando a DWORKIN, «Decir lo que es significa, hasta cierto punto, decir lo que debería ser» (DWORKIN, 1996: 38; para el enfoque de PERRY, véase PERRY, 2001: 311).

De manera que los positivistas —incluyendo al primer HART contra el último HART— se dividen respecto del papel de las normas morales en el desarrollo y evaluación de las teorías jurídicas. Otra área en la que los positivistas se han dividido es en lo que respecta a hasta dónde y de qué forma pueden las normas morales figurar, no en el desarrollo y evaluación de las teorías jurídicas, sino en las prácticas jurídicas reales que las teorías positivistas intentan analizar o explicar. En un famoso pasaje de *El concepto de derecho*, HART nos recuerda lo siguiente:

El derecho de todo estado moderno muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral social aceptada como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran en el derecho ya abruptamente y en forma ostensible por vía legislativa, ya en forma silenciosa y de a poco a través del proceso judicial. En algunos sistemas, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos. En otros sistemas, como en Inglaterra, donde no hay [o al menos no había en los tiempos de HART] restricciones formales a la competencia de la legislatura suprema, su legislación puede, sin embargo, conformarse escrupulosamente, en grado no menor, a la justicia o a la moral. Las formas adicionales en que el derecho refleja a la moral son numerosísimas, y todavía no han sido suficientemente estudiadas ... Ningún «positivista» podría negar que estos son hechos, o que la estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de tales tipos de concordancia con la moral. Si esto es lo que se quiere decir al hablar de la conexión necesaria del derecho y la moral, su existencia debe ser concedida (HART, 1994: 203-204) [HART, 1963: 251-252].

Los positivistas modernos están todos de acuerdo con HART en que la moral y la práctica jurídica están conectadas en un buen número de formas diferentes. Pero probablemente hasta allí llega el acuerdo. Cómo entender esas diversas conexiones es una de las principales cuestiones que dividen a los positivistas jurídicos en la actualidad. Especial interés reviste la división

sobre cómo interpretar la provocativa sugerencia de HART de que en ciertos sistemas jurídicos, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos. Cómo interpretar esta idea constituye el principal escenario en el que se han librado los debates conceptuales entre los defensores del positivismo incluyente y excluyente desde que John MACKIE llamó la atención por primera vez sobre la posibilidad de diferentes lecturas (MACKIE, 1977: 3). Los defensores del positivismo excluyente, como RAZ (1979), GREEN (2003), SHAPIRO (1998: 469 y 2000: 127) y GIUDICE (2002:69), sugieren que el concepto de derecho exige que las normas morales nunca puedan figurar en la tarea de identificar las leyes válidas. Los positivistas excluyentes proclaman la «tesis de las fuentes» de acuerdo con la cual la existencia de las normas jurídicas debe depender exclusivamente de la posesión de una fuente apropiada en, por ejemplo, los precedentes o la legislación<sup>2</sup>. Se excluyen los criterios morales porque casi inevitablemente hacen referencia a los méritos de las normas, no a su fuente. Las normas morales tienen, no obstante, un papel importante en la toma de decisiones judiciales de acuerdo con los defensores del positivismo excluyente. Tal como lo explicaré en forma más completa en un momento, las normas morales pueden figurar en argumentos a favor o en contra de cambiar o desarrollar el derecho, y puede que el derecho exija a los jueces consultar directamente normas morales al decidir las controversias jurídicas. Pero las normas morales que se presentan de ese modo no son parte del derecho para la teoría excluyente. Desde este punto de vista, su satisfacción nunca cuenta para determinar el estado actual del derecho, lo que el derecho actualmente *es*.

Esta forma de dar cuenta del papel de las normas morales en la toma de decisiones jurídicas ha sido aprovechada por los positivistas excluyentes para explicar los cuestionamientos constitucionales a la validez a los que aludía HART en el largo párrafo que cité más arriba. Se trata de cuestionamientos a la validez de lo que pretende ser derecho válido sobre la base de que la norma en cuestión —por ejemplo, una ley aprobada debidamente por el Parlamento y que ha recibido asentimiento real— no satisface condiciones morales de validez a las que la constitución o la declaración de derechos hacen referencia. No existe, por supuesto, en principio razón alguna por la cual la norma moral relevante deba estar consagrada en una constitución

---

<sup>2</sup> En lo que sigue hablaré indistintamente de la existencia y de la validez de una norma jurídica. Al hacerlo, seguiré la práctica usual entre los positivistas de asumir que las condiciones de existencia de una norma jurídica son idénticas a las condiciones de validez, es decir, que una norma jurídica no existe a menos que sea válida. Para simplificar el modo de expresión, y a menos que el contexto claramente sugiera otra cosa, también usaré indistintamente los términos «reglas» y «normas». En sentido estricto, las reglas son solo un cierto tipo de normas jurídicas, categoría esta última que incluye, por ejemplo, principios y pautas variables, así como reglas.

escrita. Bien podría ocurrir que se desarrolle una práctica entre los jueces y otras autoridades jurídicas consistente en denegar la validez de directivas y decisiones que abiertamente desobedezcan normas morales específicas y arraigadas que nunca han sido expresadas formalmente. Es posible sostener que, en el Reino Unido, la conformidad con ciertas normas morales fundamentales fue reconocida informalmente por muchos años como una condición de validez vinculante, pese al hecho de que no se encontraban entonces incluidas en ningún documento escrito de rango constitucional. Esas normas morales eran más bien parte de lo que a veces se denomina la «constitución no escrita» del Reino Unido.

En cualquier caso, parece innegable que las cartas y declaraciones de derechos hacen referencia a normas de moral política. Un ejemplo de ello lo constituye el mencionado por HART, esto es, la cláusula del debido proceso de la carta de derechos estadounidense. Podríamos agregar ahora la Sección 7 de la comparativamente nueva *Carta de Derechos y Libertades Canadiense*, que especifica los derechos a la vida, a la libertad y la seguridad de las personas, y el derecho correlativo a no ser privado de ellos excepto de acuerdo con los principios fundamentales de justicia. La Sección 7, como la cláusula del debido proceso estadounidense, claramente invoca normas de moral política. Ahora bien, podría parecer que este hecho innegable fuera fatal para el positivismo excluyente, dado que parece entonces que la validez no depende solo de consideraciones fundadas en fuentes sociales. Pero se dice que las apariencias son engañosas. Los positivistas excluyentes están de hecho muy contentos en reconocer un fuerte papel a las normas morales en los cuestionamientos constitucionales a la validez. Simplemente contravierten la explicación del positivismo incluyente de esta característica común de la práctica jurídica, así como las consecuencias que esa explicación supuestamente acarrea para la teoría jurídica<sup>3</sup>. De acuerdo con los positivistas incluyentes, los cuestionamientos constitucionales de la validez basados en normas de moral política ilustran que la validez jurídica puede depender, y a veces efectivamente depende, de su conformidad con tales normas, socavando así la tesis del positivismo excluyente de que solo las fuentes pueden determinar el contenido del derecho. Los defensores del positivismo excluyente responden rechazando esta inferencia. Las cartas constitucionales y las declaraciones de derechos no requieren, se dice, conformidad con las normas morales relevantes como una condición (suficiente o necesaria) de la validez jurídica. Más bien, establecen condiciones morales bajo las cuales se habilita a los jueces, a través de lo que Joseph RAZ denomina un «poder dirigido» (RAZ, 1996b: 242), a *cambiar* el derecho, fundamentalmente in-

<sup>3</sup> Para una explícita explicación positivista excluyente de la carta canadiense, véase GUDICE, 2002.

validando lo que, hasta el acto del juez que lo fulminara, había sido derecho perfectamente válido: perfectamente válido porque satisfacía todos los criterios relevantes basados en fuentes. En otras palabras, las cartas constitucionales no ayudan a determinar el contenido del derecho existente: especifican condiciones que ponen en funcionamiento el ejercicio por parte de los jueces de su potestad hohfeldiana para librar al derecho de una norma jurídica moralmente indigna (o de una parte de ella). La existencia de las normas jurídicas depende todavía exclusivamente de sus fuentes —incluyendo los actos judiciales que las invalidan—, pese a que las normas morales pueden aparecer, y de hecho aparecen, de manera destacada en las decisiones jurídicas que las eliminan o modifican.

De manera que los defensores del positivismo excluyente disponen en apariencia de una forma prometedora de dar cuenta de los cuestionamientos constitucionales a la validez que invocan normas de moral política. Pero no estoy seguro de que ésta sea una vía que les convenga seguir. Me pregunto si los positivistas excluyentes, al seguir esta línea de respuesta en particular, no han socavado algunos de sus argumentos centrales contra sus primos incluyentes. Para ilustrarlo, me centraré en el argumento de Scott SHAPIRO sobre la «función de guía» esencial del derecho (SHAPIRO, 2000), aunque creo que casi lo mismo podría afirmarse, por ejemplo, respecto del similar argumento de la autoridad de RAZ —el argumento según el cual el positivismo incluyente es inconsistente con la naturaleza autoritativa del derecho (RAZ, 1996c: 210). SHAPIRO sostiene que el problema del positivismo incluyente es que permite que la existencia de una norma jurídica válida dependa de aquellas cuestiones morales controvertidas que la introducción del derecho supuestamente había eliminado. Se supone que las normas jurídicas, y no las normas morales controvertidas que las primeras reemplazan, son las que deberían constituir nuestra guía práctica, tanto en el nivel motivacional como en el epistémico. Pero si la existencia y el contenido de las normas jurídicas solo puede determinarse formulando (alguna de) las mismas preguntas que se supone que ellas venían a desplazar, entonces la pretendida guía sería imposible de concretar.

Los defensores del positivismo incluyente, por supuesto, han respondido al argumento de SHAPIRO de muy diversas formas, y no hay necesidad de repetir esos argumentos aquí<sup>4</sup>. En cambio, me gustaría tratar las dos siguientes cuestiones. En primer lugar, quisiera considerar si el argumento de SHAPIRO no exagera tanto el papel que la guía práctica juega como el que *debería* jugar en la práctica jurídica. En segundo lugar, me gustaría considerar si el argumento no puede de hecho volverse contra aquellas versiones del

<sup>4</sup> Véanse, por ejemplo, COLEMAN, 2001a: 99; KRAMER, 1999: 17-24 y 45-74, y WALUCHOW, 2000: 45.



positivismo excluyente que descansan sobre la explicación en términos de poderes dirigidos de los cuestionamientos constitucionales a la validez. Mi argumento será que cualquier posibilidad de guía que supuestamente resulta sacrificada por los criterios morales de validez del positivismo incluyente también se pierde con los poderes dirigidos del positivismo excluyente, dejándonos así sin razón alguna para preferir a éste último.

## 2. EL SURGIMIENTO DEL DERECHO: UNA ESPADA DE DOBLE FILO<sup>5</sup>

Al igual que HOBBS cuando nos pidió reflexionar sobre la salida del estado de naturaleza, HART nos pide que consideremos la vida sin el derecho, y el modo en que la introducción de un sistema jurídico rudimentario puede ayudar a superar un cierto número de supuestos «defectos» inherentes de una hipotética sociedad prejurídica<sup>6</sup>. Entre ellos se cuenta la falta de certeza acerca de la identidad y contenido de las reglas que rigen el comportamiento social, su inmunidad al cambio deliberado, y la ineficiencia de la presión social difusa como un medio para hacerlas cumplir. HART sugiere que el defecto de la falta de certeza puede superarse introduciendo una regla de reconocimiento. Por supuesto, la superación de este defecto no está en modo alguno garantizada, pero la posibilidad está allí, una posibilidad que no podría existir si no existiera una regla de reconocimiento. Algo semejante puede decirse respecto de las reglas de cambio y de adjudicación. Tampoco aquí está garantizado el éxito: de hecho, sería bastante poco probable si, por ejemplo, las reglas que rigen la introducción y eliminación de reglas legislativas son confusas, vagas o ambiguas, o requieren de un nivel inasequible de consenso entre los cuerpos legislativos. Pero, nuevamente, la posibilidad existe cuando tanto las reglas como las condiciones sociales son las correctas. Al hacernos considerar de esta manera el surgimiento del derecho a partir de una sociedad prejurídica, HART no solo esperaba echar luz sobre las características distintivas de los sistemas jurídicos nacionales modernos, sino también poner de manifiesto su gran importancia social y su valor potencial. La unión de reglas primarias con reglas secundarias fundamentales de reconocimiento, cambio y adjudicación no solo transforma la sociedad, sino que lo hace de tal manera que crea la posibilidad de mejorar radicalmente la condición social.

<sup>5</sup> Las dos secciones siguientes se apoyan en gran medida en WALUCHOW, 2007.

<sup>6</sup> Digo «hipotética» porque el argumento de HART en modo alguno descansa en la tesis histórica de que las sociedades prejurídicas alguna vez existieron (o existen ahora). La sociedad prejurídica sirve como un recurso analítico, no como una realidad histórica.

Sin embargo, HART era muy consciente de que lo prometedor del derecho se compra a un precio potencialmente alto. Las mismas características del derecho mediante las cuales concreta sus promesas también crean la preocupante posibilidad de que el derecho de una comunidad entre en conflicto con su sentido de la moral, con las exigencias de la razón, la moral crítica o el sentido común<sup>7</sup>. Las reflexiones de HART sobre la «patología de un sistema jurídico» constituyen un recordatorio saludable de los peligros siempre presentes consustanciales a las estructuras que el derecho introduce. Una vez que las reglas sociales aceptadas — que no pueden existir en ausencia de una aceptación generalizada entre aquellos a quienes se aplican — se reemplazan con reglas que satisfacen una regla de reconocimiento, surge la posibilidad no desdeñable de un divorcio completo entre la validez y la aceptación, entre las reglas que son válidas y, por ello, deben ser aplicadas al juzgar conductas, y las creencias (e intereses) de aquellos a quienes se aplican. Esto se debe a que la regla de reconocimiento puede no exigir más que la promulgación formal por la persona o cuerpo de personas apropiado para la validez jurídica. En tal caso, nada garantiza que las reglas que se adopten serán aquellas que los ciudadanos encontrarán aceptables. Tampoco nada garantiza que las reglas que se adopten vayan a satisfacer de alguna manera los intereses, reales o percibidos, de justicia, equidad o utilidad. En casos extremos, las reglas rectoras de la comunidad pueden ser tales que realmente nadie, excepto los funcionarios que las adoptan y hacen cumplir, las acepta o cree que están justificadas. HART advierte que en tal caso podemos terminar igual que ovejas conducidas al matadero. De manera que el paso de una sociedad prejurídica a una que posee derecho tiene, como mucho, sus pros y sus contras.

No obstante, hay otro peligro que genera el derecho, resaltado estupidamente por HART, que surge de los medios que típicamente emplea para comunicar sus perspectivas. HART decía que el desconocimiento de los hechos y la indeterminación de propósitos se combinan para crear la posibilidad siempre presente de que las reglas jurídicas generales conduzcan, al ser aplicadas a casos particulares, a resultados absurdos o altamente indeseables. Con frecuencia se trata de resultados que quienes dictan las reglas habrían deseado evitar si los hubieran previsto por anticipado. Pensemos aquí en el ejemplo de HART del automóvil de juguete en el parque. Ordinariamente se considera que el ejemplo pone de manifiesto la promesa vacía del formalismo jurídico y la necesidad de confiar en la discrecionalidad judicial, pero a mi juicio su genuino poder reside en el modo en que resalta los defectos *morales* del ideal formalista. Las reglas diseñadas con una precisión tal que

---

<sup>7</sup> Una de las discusiones más meditadas sobre este componente del pensamiento de HART puede encontrarse en WALDRON, 1999: 169.

no dejan, al momento de su aplicación, espacio alguno para una discrecionalidad informada, representan un ideal completamente disvalioso. En ciertos contextos podemos prever la posibilidad de que surjan situaciones en las cuales comprometerse por anticipado con un cierto resultado jurídico sería insensato o moralmente problemático. Podemos conocer este hecho *general*, aunque no podamos anticipar los concretos resultados indeseados que pudieran surgir. HART aconseja que, en esas circunstancias, sería prudente que quienes tengan la función de dictar reglas generales vinculantes las formulen incorporando términos con textura abierta, tales como «razonable» o «equitativo». Reglas semejantes suministran cierto grado de guía antecedente, a la vez que permiten, tanto a los ciudadanos como a los jueces a quienes luego se convoca para aplicarlas, evitar los resultados manifiestamente indeseados a los que podría haber conducido una regla con textura más cerrada. Sea que se utilice o no ese recurso, el hecho es que no podemos anticipar siempre los resultados que generarán la reglas generales, y éste es un punto que resultaría insensato ignorar al reflexionar sobre el mejor modo de producir regulación jurídica.

### 3. LECCIONES QUE HAY QUE APRENDER

Entre las muchas lecciones valiosas que pueden extraerse de las ideas de HART sobre estas cuestiones se encuentra la siguiente: pese a su innegable potencial para el bien, el derecho es una herramienta social intrínsecamente peligrosa. Por su misma naturaleza, ofrece la posibilidad que resaltara AUSTIN de separar la validez jurídica de una norma tanto de su mérito moral como racional, y —podríamos agregar— de su aceptabilidad general dentro la sociedad sobre la cual rige. La unión de reglas primarias y secundarias crea esta genuina posibilidad. El derecho también puede derivar en el ideal del formalismo y su asociado anhelo de guía certera, ignorándose así los beneficios de permitir un cierto grado de flexibilidad en la aplicación de las reglas generales. Eso es cierto. Pero ahora pasa a primer plano una pregunta importante: ¿no son esos riesgos algo que simplemente debemos soportar si pretendemos cosechar los beneficios de la guía jurídica? ¿No es verdad que el derecho precisamente es, por su misma naturaleza, una práctica social que solo obtiene sus pretendidos beneficios separando la validez y aplicabilidad de las normas jurídicas de cuestiones controvertibles de razón, moral y sentido común? Si es así, ¿no debemos entonces sencillamente vivir con los riesgos que ello conlleva si es que deseamos ser gobernados por reglas? ¿No deberíamos, en otras palabras, seguir a los positivistas excluyentes en su rotundo rechazo de la idea de que el derecho es un tipo de fenómeno compatible con criterios morales de validez y aplicabilidad jurídicas?

No veo por qué. Recuérdense las ideas de HART sobre los factores contrapuestos que entran en juego toda vez que intentamos determinar el nivel adecuado de guía práctica que se espera de nuestras normas jurídicas:

[T]odos los sistemas, de maneras diferentes, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que solo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto ... [E]s menester recordar que la incapacidad humana para anticipar el futuro, que está en la base de esta indeterminación, varía en grados según los diferentes campos de conducta y que los sistemas jurídicos proveen a esta incapacidad mediante una correspondiente variedad de técnicas (HART, 1994: 130-131) [HART, 1963: 162-163].

Constituye una verdad innegable el que el derecho debe de algún modo cumplir lo que Scott SHAPIRO denominó su esencial «función de guía» (SHAPIRO, 2000). No sería derecho a menos que suministre un cierto grado de guía del tipo que describe SHAPIRO. Pero, como HART apunta correctamente, los sistemas jurídicos normalmente advierten que siempre hay factores contrapuestos en juego, y que ignorarlos puede dejarnos vulnerables a los riesgos del formalismo. No hay duda de que una sociedad puede tener a veces sobradas razones para perseguir el ideal formalista tanto como sea posible. No es necesario pensar en la guerra hobbesiana de todos contra todos para reconocer lo sabio que resulta, en ciertos grupos de circunstancias, emplear reglas ágiles y estrictas cuya validez depende exclusivamente de criterios claros basados en fuentes y cuyas exigencias concretas no dejan lugar para evaluaciones —especialmente evaluaciones morales— al tiempo de su aplicación. La sabiduría de un régimen semejante resulta evidente en situaciones menos crudas en las que, por ejemplo, existe un desacuerdo generalizado y profundo sobre las cuestiones relevantes en materia de razón, moral y sentido común, y donde la necesidad de certeza previa sobre la identidad y el contenido de las normas jurídicas relevantes es alta, como podría sostenerse que es el caso cuando el derecho en cuestión se ocupa de cosas tales como la propiedad, los impuestos o el procedimiento penal. En esas áreas del derecho, un nivel adecuado del tipo de guía cuyo valor HART reconoce y SHAPIRO aprovecha bien puede ser casi imposible si las normas morales han de ser incorporadas en las cuestiones de validez o aplicabilidad jurídica.

Pero ¿qué pasa si las cosas son diferentes? Supóngase, por ejemplo, que las perspectivas de acuerdo no son tan sombrías; que hay, o podría haber si la gente pensara más y mejor sobre las cuestiones relevantes, cierto grado

de acuerdo sobre las cuestiones relevantes en materia de razón, moral y sentido común. O supóngase que se adoptan ciertos criterios morales de validez que exigen para un pronunciamiento sobre la invalidez que pueda formularse un argumento *concluyente* respecto de que una regla no cumple con los criterios morales relevantes. Podríamos incluso considerar un sistema en el cual una regla que satisface los criterios adecuados basados en fuentes es, como lo expresa Fred SCHAUER, «presuntivamente válida», una condición que resulta derrotada toda vez que se ofrezca un argumento moral concluyente<sup>8</sup>. A pesar de los temores hobbesianos, no resulta del todo claro por qué deberíamos pensar que el derecho no puede cumplir su función si en ciertos casos conserva un cierto grado de flexibilidad. Tampoco resulta claro por qué deberíamos permitir que la innegable necesidad de una guía previa triunfe siempre sobre todas las restantes consideraciones. Después de todo, los creadores de reglas rara vez se proponen intencionalmente violar lo que casi todos están de acuerdo en considerar como importantes normas de moral y racionalidad, sino que ése es a veces el resultado inesperado de las normas jurídicas que introducen. Su desconocimiento de los hechos e indeterminación de propósitos lo hacen inevitable. Ahora bien, si es acertado crear una regla que prohíba el ingreso de vehículos en el parque de forma tal que no terminemos enviando a niños con automóviles de juguete a la cárcel, entonces seguramente hay buenas razones para considerar seriamente algunas de las opciones que acabo de describir. En particular —y esto nos lleva nuevamente a las ideas de HART sobre la constitución estadounidense y su regla de reconocimiento—, hay buenas razones para justificar un diseño en el cual una condición para la validez o aplicabilidad de al menos algunas de nuestras normas jurídicas sea su conformidad con normas de importancia de moral política. Como HART advirtió con claridad, renunciar a este tipo de opción, al menos en algunas circunstancias, sería tanto como

asegurar un grado de certeza o predictibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuro cuya composición ignoramos. Así habremos conseguido, por supuesto, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que solo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas. Esta técnica nos forzará a incluir en el campo de aplicación de la regla casos que desearíamos excluir para llevar a cabo propósitos sociales razonables ... (HART, 1994: 129-130) [HART, 1963: 162].

Por otro lado, al perseguir la clase de opciones que describí hace un momento es posible reducir la temida brecha entre la validez, por un lado,

---

<sup>8</sup> Lo que tengo aquí en mente es una versión de lo que SCHAUER denomina «positivismo presuntivo». Véase SCHAUER, 1991: 196-206.

y la moral y la aceptabilidad racional, por el otro. Y ello se puede lograr sin al propio tiempo eliminar enteramente la capacidad del derecho para guiar nuestras acciones.

De manera que la guía antecedente no lo es todo cuando se trata del gobierno a través del derecho. Incluso si, como lo sugieren SHAPIRO y otros, la clase de criterios morales de validez propuestos por el positivismo jurídico incluyente en ciertos casos reduce el nivel de guía antecedente que podemos esperar de nuestras leyes, puede que esto no sea malo después de todo. Aun así podemos tener leyes, y aun así podemos tener un grado adecuado de guía práctica. Lo que me lleva a un segundo interrogante: ¿el argumento de SHAPIRO no puede volverse en contra de las versiones del positivismo excluyente que se apoyan en la explicación en términos de poderes dirigidos de los cuestionamientos constitucionales a la validez? Creo que sí, porque todo el potencial de guía que se sacrifica con los criterios morales de validez del positivismo incluyente se pierde igualmente con los poderes dirigidos del positivismo excluyente. De manera que si una teoría —el positivismo incluyente— debe rechazarse porque no logra explicar la aptitud del derecho para guiar nuestras acciones, entonces la otra —el positivismo excluyente— debe rechazarse por los mismos fundamentos.

#### 4. POSITIVISMO EXCLUYENTE, PODERES DIRIGIDOS Y GUÍA PRÁCTICA

Recuérdese que en la versión excluyente, los jueces que presiden un caso tienen en ocasiones el deber, al tiempo de aplicar las normas, de determinar si se cumplen las condiciones que exigen declarar la invalidez, y luego de decidir el caso de acuerdo con ello. En lugar de exigirles que determinen si se satisfacen plenamente las condiciones morales relevantes *de validez*, en la explicación excluyente se les exige determinar si las condiciones relevantes de *invalidación* se cumplen. Si esas condiciones se satisfacen, entonces se exige que el juez ejercite su poder dirigido para cambiar o eliminar la norma y decidir de acuerdo con el nuevo estado del derecho que él ha producido. Sin duda, la decisión del juez en tal caso es concebida en forma diferente de la versión que ofrece el positivismo incluyente. De acuerdo con esta última, se dirá que el juez ha *descubierto* una ausencia preexistente de validez jurídica, mientras que en la versión excluyente se considerará que el juez ha *creado* ese estado del derecho siempre y cuando adopte la decisión de invalidar una norma. Pero —y éste es el punto que quiero resaltar— en la cuestión relativa a la guía antecedente, no parecería haber diferencia práctica alguna. Mis argumentos para sostener esto son los siguientes.

Si soy un ciudadano que busca guía práctica en el derecho —es decir, que quiere saber qué debe hacer, y qué acciones se me exigirá haber realizado si alguna vez me encuentro frente a un tribunal—, entonces la cuestión fundamental para mí es la identidad de las normas jurídicas bajo las cuales se me juzgará en ese contexto. Hasta este punto, me parece, estaban en lo cierto los primeros realistas norteamericanos cuando resaltaban nuestro interés por las predicciones acerca de lo que los tribunales probablemente decidirían si nos encontramos frente a ellos. Para ver este punto con mayor claridad, considérese la siguiente situación. Supóngase que se puede argumentar razonablemente que una ley que me resulta aplicable en cierto caso de hecho contradice una norma moral controvertible que se halla en la constitución o en una carta de derechos. En la versión excluyente el juez debe considerar si debe invalidar la ley cuando ella se aplica a mi caso. Si, a su juicio, la ley viola la norma moral, debe ejercitar su poder para anularla, para declarar que ella deja de ser válida. En la explicación incluyente, en cambio, el juez debe considerar, no si debería invalidar la ley, sino si ésta ya es inválida debido a un conflicto con la norma moral superior. Ahora cabe la siguiente pregunta: ¿suministra la ley una mayor guía bajo la concepción excluyente que bajo la explicación rival incluyente? No logro ver por qué. No puede guiarme mejor una ley que un juez puede terminar invalidando sobre bases morales controvertibles cuando considere si debe aplicarla a mi caso (la versión excluyente) que una ley que un juez puede en cambio declarar que ya era inválida sobre la base de esos mismos fundamentos (la versión incluyente). Lo que me interesa, en lo que respecta a la cuestión de la guía práctica, será siempre el siguiente interrogante: ¿en virtud de qué normas seré considerado jurídicamente responsable por haberlas observado o violado toda vez que mi caso llegue a los tribunales? Y la respuesta a esa pregunta no parece más obvia ni mejor resuelta en la explicación excluyente que en la del positivismo incluyente.

Quizás vale la pena hacer una pausa para advertir hasta qué punto el argumento puede generalizarse para cubrir otras situaciones en las que las normas morales aparecen en los casos jurídicos. Considérense, por ejemplo, los numerosos casos en los que a partir del proceso de adjudicación surge un derecho nuevo o significativamente modificado por el juez. Los jueces del *common law* poseen típicamente la potestad de efectuar distinciones o revocar precedentes relevantes, y a veces lo hacen sobre la base de fundamentos morales tales como la equidad, el absurdo, o la «repugnancia». Siendo ello así, se plantea un interrogante similar: ¿cuál es mi situación con respecto a la guía práctica del derecho en los casos regidos por un derecho creado por los jueces? Si mi objetivo consiste en guiarme por normas por cuya violación puedo en última instancia ser considerado responsable, estaré mucho menos interesado en saber qué normas satisfacen *actualmente* los criterios

de validez relevantes basados en fuentes que en conocer la identidad de aquellas normas que tienen probabilidad de sobrevivir al proceso de adjudicación, donde pueden entrar a jugar con facilidad otras consideraciones además de las basadas en fuentes. ¿Las normas que surjan serán las mismas que aquellas que actualmente satisfacen los criterios basados en fuentes? ¿Serán las mismas normas pero con una forma ligeramente diferente, por ejemplo, con una nueva condición de aplicación agregada para dar cuenta de un resultado moralmente absurdo ahora evidente, o sujetas a una interpretación completamente novedosa de alguna frase o cláusula clave? Quizás las normas según las cuales se decida mi caso serán completamente diferentes, como ocurre cuando un tribunal superior revoca una línea de decisión previa y la sustituye por una forma completamente nueva de ver al paisaje jurídico relevante. Debería pensar que si lo que me interesa es la guía práctica, sería un tonto si me guiara por normas que *actualmente* satisfacen los criterios de validez basados en fuentes, pero que podrían ser modificadas, eliminadas o reinterpretadas por los jueces en ejercicio de sus poderes dirigidos. Mi interés debería centrarse en aquellas normas que probablemente emerjan del proceso de adjudicación y sean aplicadas a mi caso. Y para identificar *esas* normas tendré que ocuparme de las cuestiones morales que pueden desencadenar el ejercicio de los poderes dirigidos del juez, es decir, de las mismas cuestiones morales que, en la interpretación incluyente, debo indagar para determinar la validez jurídica. En resumen, el derecho no me ofrece una guía menor en lo que respecta a los deberes, derechos y privilegios jurídicos *relevantes* en la explicación incluyente de la modificación judicial del derecho que la que ofrece la explicación alternativa. Sea que se considere que en tales casos ciertas normas válidas han sido eliminadas o modificadas por los tribunales en ejercicio de sus poderes dirigidos, o que se estime que en ellos ciertas normas que se creían válidas han sido declaradas como previamente inválidas, o sujetas a reinterpretación debido a lo que ahora se considera un evidente conflicto preexistente entre las normas jurídicas tal como actualmente se las interpreta, por un lado, y las normas morales reconocidas jurídicamente, por el otro, la cuestión sigue siendo la misma: las normas jurídicas cuya validez o interpretación se determina de la forma propuesta por la explicación incluyente no suministran una guía menor que las sujetas a los poderes dirigidos que invocan los positivistas excluyentes. Puede que haya razones de peso para preferir esta última teoría a su prima incluyente, pero el argumento de la guía no se cuenta entre ellas.

Para concluir me gustaría considerar brevemente una respuesta a mis argumentos que podría tentar a un positivista excluyente. Un defensor de ese punto de vista podría desear responder del siguiente modo. Con independencia de lo que un juez decida en última instancia hacer con el derecho preexistente relevante al decidir un caso, el hecho es que el derecho, en



la versión excluyente, suministra un tipo de guía que simplemente no es posible en la explicación incluyente rival. Es cierto que el derecho puede cambiarse, reinterpretarse o invalidarse al momento de la aplicación. Pero puedo no obstante guiarme por el derecho preexistente tal como éste resulta determinado por los criterios relevantes basados en fuentes, *hasta tanto un juez no lo cambie, invalide o reinterprete al resolver un caso*. No solo me es posible hacer eso: se trata de la única cosa racional que puedo hacer. Los jueces rara vez cambian el derecho, y cuando lo hacen, lo más frecuente es que resulte bien claro que se requiere un cambio o que desde hace tiempo se lo requería. A la luz de estos hechos, es perfectamente racional que me guíe siempre por normas que actualmente satisfacen los criterios de validez relevantes basados en fuentes, a menos que resulte claro cómo ejercitará el juez sus poderes directivos para cambiar el derecho, en cuyo caso no debería guiarme por el derecho sino por lo que sé que constituirá el nuevo derecho que surgirá de la decisión del juez. Pero nada de esto es verdad si la explicación incluyente es correcta. Dado que en tal caso el contenido del derecho preexistente estará determinado en parte por consideraciones morales, no habrá nada en lo que pueda confiar.

Pese a lo tentadora que puede resultar esta línea de argumentación, no es para nada claro que pueda salvar al argumento de la guía. Y la razón es la siguiente: nada impide a un defensor del positivismo incluyente suministrar exactamente el mismo consejo práctico, aunque desde luego lo formulará en términos ligeramente diferentes. Un positivista incluyente puede con facilidad instarnos, como cuestión de pura racionalidad práctica, a suponer, al menos en lo que respecta a nuestras actividades cotidianas, que son válidas y debemos actuar de acuerdo con todas y cada una de las normas que han superado los criterios de validez relevantes basados en fuentes, por ejemplo, aquellas que han sido aprobadas debidamente por el Parlamento, que han recibido el asentimiento real, que se fundan en precedentes consolidados, etc. Debemos seguir esta estrategia hasta que llegue el momento — si es que eso ocurre alguna vez — en que el conflicto entre una regla determinada y una norma moral reconocida deviene obvio o es reconocido formalmente por un tribunal. A la luz de la naturaleza en general polémica de los casos en los que surgen cuestionamientos morales a la validez, casi siempre será una auténtica locura confiar en mi creencia posiblemente errada, y sin duda controvertible, de que la regla relevante, quizás entendida del modo en que ha sido interpretada hasta la fecha, realmente no supera los criterios morales relevantes de validez, y que seré (o alguien más será) capaz de convencer a un tribunal de ese hecho. Por el contrario, casi siempre tiene sentido guiarse por una norma posiblemente inválida hasta tanto se dicte una resolución oficial de invalidez o sea muy probable que ella se dicte. De hecho, nada impide que el derecho en realidad me exija ese comportamiento, esto es, que

me exija actuar bajo la suposición de que las normas que satisfacen todos los criterios de validez relevantes basados en fuentes son válidas, aunque el derecho reconozca plenamente la posibilidad de que esa suposición sea falsa y sujeta a refutación ante los tribunales. Puede sonar extraño sugerir que el derecho pueda exigirme observar lo que abiertamente reconoce que podría luego ser considerado derecho inválido. Pero el derecho con frecuencia funciona sobre la base de presunciones, y no veo razón para que esta estrategia sea descartada en este tipo de casos. No llego a ver por qué debería ser descartada más de lo que lo sería si la explicación excluyente de esos casos fuera correcta. En esta última, el derecho puede exigir que actúe de acuerdo con lo que *actualmente* satisface todas las condiciones relevantes basadas en fuentes, aun cuando tenga una extrema confianza en que el juez que va a ejercer su poder dirigido para modificar el derecho de acuerdo con el cual se supone que debo actuar. No encuentro ninguna razón para descartar estas estrategias porque así lo exige el derecho o lo recomiendan las normas de la racionalidad práctica.

Si las reflexiones anteriores son correctas, entonces los defensores del positivismo excluyente no pueden mantener consistentemente *tanto* su explicación de los cuestionamientos constitucionales a la validez *como* su tesis de que el argumento de la guía suministra una razón concluyente para rechazar el positivismo incluyente. Como consecuencia de ello, los positivistas excluyentes parecen estar atrapados en una suerte de dilema. O bien deben aceptar que las normas morales juegan en efecto un papel vital en los argumentos vinculados a las cuestiones de validez y aplicabilidad jurídica, en cuyo caso reconocen lo que parece ser un hecho evidente, pero debilitan seriamente su objeción contra el positivismo incluyente; o bien muerden el polvo y niegan que las normas morales puedan figurar en los argumentos vinculados a esas cuestiones de validez y aplicabilidad jurídica, en cuyo caso podrían salvaguardar la validez de su argumento contra el positivismo incluyente, pero solo al precio de negar un hecho evidente remarcado por DWORKIN y reconocido por todas las teorías jurídicas razonables, incluyendo, como vimos, la desarrollada por el hombre a quien honramos en este libro: H. L. A. HART. Las normas morales con frecuencia *juegan* —y, por diversas razones, con frecuencia *deberían jugar*— un cierto papel en los argumentos relativos a la validez y aplicabilidad de las normas jurídicas en muchos casos. Esto incluye aquellos casos en los cuales las normas morales aparecen de manera destacada en los cuestionamientos constitucionales a la validez.

SEGUNDA PARTE  
**RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y CASTIGO**



## CAPÍTULO VI

# RESPONSABILIDAD Y PUNIBILIDAD EN DERECHO PENAL

R. A. DUFF\*

El libro de HART *Punishment and Responsibility* fue publicado en 1968 (HART, 1968), y su persistente importancia se evidencia en el hecho de que cuarenta años después se haya publicado una nueva edición (HART, 2008), con la introducción del actual titular de la cátedra de teoría del derecho que fuera ocupada por HART. Cuando se mira en retrospectiva *Punishment and Responsibility*, dos características de la recopilación resultan sorprendentes.

La primera característica sorprendente es el grado en el que esos ocho ensayos, más un *postscriptum*, han fijado los términos de los debates teóricos en torno a la responsabilidad criminal y el castigo durante las décadas subsiguientes. Dejando de lado los méritos sustantivos de las posiciones que sostuvo, HART sugirió formas de pensar, por ejemplo, sobre la estructura de las teorías justificatorias del castigo penal, sobre los diferentes tipos de responsabilidad y su importancia, sobre el concepto de acción tal como aparece en el derecho penal, sobre la culpabilidad y sus diversas formas, que sus sucesores fueron capaces de desarrollar fructíferamente, ya sea siguiendo sus tesis sustantivas o reaccionando contra ellas. El impacto que tuvo *Pu-*

---

\* Este artículo se basa en el trabajo realizado durante mi ejercicio de una beca de investigación Leverhulme; una discusión más completa de las cuestiones que en él se trataban puede encontrarse en DUFF, 2007. Mi agradecimiento a la Fundación Leverhulme por su apoyo y a los participantes del simposio sobre HART por sus útiles comentarios.

*nishment and Responsibility* en el establecimiento de la agenda de discusión nos dice algo, por cierto, sobre el estado de la filosofía del derecho penal en la década de 1960, pero también atestigua la originalidad y la importancia del enfoque filosófico de HART sobre temas de la teoría del derecho penal.

La segunda característica sorprendente, que puede advertirse haciendo un análisis retrospectivo menos considerado, tiene que ver con las omisiones de *Punishment and Responsibility*. Una omisión está dada por el tipo de reflexión crítica sobre la estructura del derecho penal que ha sido una característica distintiva de la filosofía del derecho penal angloamericano desde el libro de FLETCHER *Rethinking Criminal Law* (FLETCHER, 1978), publicado diez años después de *Punishment and Responsibility*. ¿Cómo deberíamos entender y, en todo caso, deberíamos mantener, la tradicional distinción entre «injusto» y «culpabilidad»<sup>\*\*</sup> como los dos componentes o dimensiones de los delitos (véase, por ejemplo, SMITH, 1978; LYNCH, 1982; ROBINSON, 1993)? ¿Deberíamos también reconocer una distinción sustantiva entre «delitos» y «defensas»<sup>\*\*\*</sup>, o deberíamos tratar esa distinción como un mero recurso de presentación (véase, por ejemplo, WILLIAMS, 1982; CAMPBELL, 1987; GARDNER, 2004; TADROS 2005: cap. 4)? ¿Cuán clara, útil y exhaustiva es la distinción entre defensas justificatorias y defensas excusatorias (véase, por ejemplo, GREENAWALT, 1984; GARDNER, 1998; BERMAN, 2003; BARON, 2005; TADROS, 2005: caps. 9-13)? ¿Se debe distinguir entre «reglas para los ciudadanos» y «reglas para los tribunales» y, de ser así, qué tipos de regla deben aparecer en cada categoría (véase, por ejemplo, DAN-COHEN, 1984; ALLDRIDGE, 1990; ROBINSON, 1997)?

La segunda omisión que llama la atención (aunque ésta es también una característica de gran parte de la discusión filosófica subsecuente) se refiere al proceso penal. En *Punishment and Responsibility*, como en los escritos filosóficos subsiguientes sobre derecho penal, se dice mucho sobre el derecho penal sustantivo y los principios de la punibilidad, se dice mucho sobre el castigo penal, pero se dice sorprendentemente poco sobre el proceso penal que conecta al delito con el castigo y, en particular, sobre el juicio penal como foro en el cual se determina formalmente la punibilidad y se asigna el castigo penal<sup>1</sup>. No es éste el lugar para especular acerca de las posibles razones de este relativo descuido —al menos por parte de los filósofos del derecho penal— del juicio penal, pero una razón podría ser que muchos de

<sup>\*\*</sup> «Actus reus» y «mens rea» en el original (N. de los T.).

<sup>\*\*\*</sup> «Offences» y «defences» en el original (N. de los T.).

<sup>1</sup> Una destacable excepción está dada por BURNS, 1999. Tres colegas y yo también hemos intentado cubrir esa laguna en DUFF *et al.*, 2007, sobre el cual me apoyaré bastante en lo que sigue. Mi agradecimiento a mis coautores —Lindsay FARMER, Sandra MARSHALL y Victor TADROS (y al Consejo de Investigación en Artes y Humanidades que financió el proyecto).

ellos comparten la opinión (o la presuposición) de que «el derecho penal ... se reduce a una única pregunta básica: ¿quién es punible por qué?» (DUBBER, 2002: 5) o, siendo más explícitamente normativos, «¿quién debe ser punible por qué?». Si esta es la «única pregunta básica» de o sobre el derecho penal, es fácil considerar que el proceso por el cual se determina la punibilidad tiene una importancia puramente instrumental y, por ende, escaso interés teórico en sí mismo: el juicio apunta (sujeto sin duda a diversas exigencias colaterales establecidas por otros valores) a determinar quién debe ser considerado punible y castigado por qué.

Sugiero que estas dos omisiones de *Punishment and Responsibility* están conectadas; pero también que, desarrollando la propia discusión de HART sobre la responsabilidad, es posible apreciar cómo ambas se encuentran conectadas y por qué importan. Al poner atención en la lógica del juicio penal se gana una visión más clara de ciertos aspectos importantes de la responsabilidad penal y de la relevancia de algunas de las dimensiones estructurales del derecho penal ya señaladas.

No obstante, antes de tratar de probar esta tesis debo decir algo brevemente sobre la concepción relacional de la responsabilidad de la que depende.

## 1. RESPONSABILIDAD Y PUNIBILIDAD

Sostendré que deberíamos prestar mayor atención de la que ordinariamente prestan los teóricos a la distinción entre responsabilidad y punibilidad<sup>2</sup>, y a las dimensiones relacionales de la responsabilidad.

Mi interés aquí se centra en la responsabilidad por acciones o estado de cosas perjudiciales, no por actos que son buenos o correctos; y en la punibilidad que conduce a la condena y al castigo penal, y su análogo moral de la sujeción a la culpa y la crítica, no en la punibilidad «civil» (ya sea moral o jurídica) que implica el pago de una compensación o que requiere que uno haga lo que prometió o a lo que se obligó contractualmente. Mi interés se centra en la responsabilidad y la punibilidad tal como resultan determinadas por los tribunales penales y por los agentes morales que elogian y critican su propia conducta y la de los demás.

La punibilidad presupone responsabilidad: soy punible solo por aquello por lo que soy responsable. La punibilidad puede imponerse sin que exis-

<sup>2</sup> Quizás debería decir «una distinción» en lugar de «la distinción», ya que no pretendo afirmar que ésta sea la única forma de usar apropiadamente los términos «responsabilidad» y «punibilidad»; todo lo que necesito sostener es que la distinción que trazo aquí es sustantiva e importante, cualquiera sea su denominación.

ta responsabilidad *moral*, como cuando es *vicaria*, esto es, que se impone por las acciones de otros sobre las cuales el acusado no tuvo control. Pero aun así presupone responsabilidad penal: soy vicariamente punible solo si el derecho penal me considera vicariamente responsable (y no puedo ser moralmente punible si no soy moralmente responsable).

Sin embargo, la responsabilidad no implica punibilidad: puedo admitir responsabilidad (penal o moral) por una acción, y no obstante evitar la punibilidad ofreciendo alguna defensa. Podría ofrecer una justificación: rompí deliberadamente tu puerta, pero ésa era la única manera de prestar ayuda a tu madre que se hallaba desmayada dentro de la casa cerrada con llave. O podría ofrecer una excusa: incurri en falso testimonio, pero solo como resultado de cierta clase de coacción, que si bien no fue suficiente para justificar mi acción, sí fue lo suficientemente intimidante como para hacerme no culpable por haber cedido frente a ella. En ambos casos acepto responsabilidad por mi acción, lo que equivale a decir que reconozco que debo responder por ella; pero ofrezco una respuesta exculpatoria que, de ser aceptable, bloquea el paso de la responsabilidad a la punibilidad y, por ello, evita tanto la sujeción moral a reproche como la sujeción penal a condena y castigo<sup>3</sup>.

Ser responsable es tener que responder. Se me puede llamar y debo estar preparado para responder por aquello por lo cual soy responsable; y estaré entonces sujeto a crítica moral y condena penal si no puedo ofrecer una respuesta exculpatoria adecuada<sup>4</sup>. La responsabilidad con frecuencia crea una presunción de punibilidad, pero esa presunción es derrotable: soy punible a menos que pueda ofrecer una respuesta exculpatoria, pero puedo evitar la punibilidad ofreciendo una respuesta semejante.

Cuando se pone atención en la distinción entre responsabilidad y punibilidad, se pueden distinguir con mayor claridad dos tipos bastante diferentes de cuestiones acerca del alcance y el contenido del derecho penal. La primera se relaciona con aquello por lo que somos, o deberíamos ser, penalmente responsables: ¿por qué clase de conductas (o condiciones, o estados de cosas) podemos o debemos responder, bajo pena de condena y castigo de acuerdo con el derecho penal? La segunda se relaciona con el paso de la responsabilidad a la punibilidad: ¿qué clase de petición puede o debe excluir la punibilidad por aquello por lo que aceptamos responsabilidad? No obstante, también podemos prestar atención a los diversos aspectos relacionales de la responsabilidad como deber de responder.

<sup>3</sup> La distinción que se traza aquí se relaciona con la distinción de HART (HART, 1968: 212-222) entre «responsabilidad por el rol» y «responsabilidad como punibilidad».

<sup>4</sup> Sobre la responsabilidad como deber de responder, véanse LUCAS, 1993; WATSON, 2001; contrástese con TADROS, 2005: 24-31.



Existen por supuesto nociones no relacionales de responsabilidad.<sup>5</sup> Se puede hablar de autoría responsable, de lo que significa ser un agente responsable; también se puede hablar, en términos elogiosos, de padres responsables o maestros responsables o ciudadanos responsables. Estas dos nociones pueden explicarse en términos de una concepción relacional de la responsabilidad. La autoría responsable consiste en tener las características y capacidades que resultan necesarias para ser considerado responsable (es decir, para tener el deber de responder) por las propias acciones. De ahí proviene el atractivo de las explicaciones de la responsabilidad como sensibilidad a razones<sup>6</sup>: un agente responsable es aquel que es capaz de responder a las razones relevantes que se relacionan con sus acciones, y de responder por esas acciones haciendo referencia a esas razones y a sus razones para actuar como lo hizo. Un padre o maestro responsable es aquel que toma en serio sus responsabilidades y las cumple a conciencia: presta la debida atención y cuidado a aquellas cuestiones por las cuales es responsable y se encuentra así en buena posición para responder por sus acciones en relación con esas cuestiones<sup>6</sup>.

La concepción relacional de la responsabilidad en la que me quiero aquí concentrar no es meramente diádica, sino triádica: soy responsable *por X frente a S* —frente a alguna persona u órgano que tiene el derecho, que se encuentra en posición, de requerirme que responda por X. Además, como veremos, soy responsable por X frente a S como  $\Phi$  —en virtud de que cae bajo una descripción cargada normativamente, cuya satisfacción me hace responsable por X frente a S tanto prospectiva como retrospectivamente —.

La dimensión «por X» de esta relación triádica es suficientemente familiar y obvia: puedo ser considerado responsable por una amplia gama de «objetos de responsabilidad», incluyendo acciones, omisiones, pensamientos, sentimientos, condiciones y estados de cosas. Un importante interrogante, que aquí no intentaré profundizar, tiene que ver con las condiciones generales de la responsabilidad: si soy declarado responsable por X, sin importar qué sea X, ¿debe ser verdad, por ejemplo, que X está o estuvo en algún sentido bajo mi control?; ¿debe ser verdad que supe o pude haber sabido que podía afectar a X y cómo?<sup>7</sup> No me interesan aquí esas condiciones genera-

<sup>5</sup> Para diferentes versiones de la responsabilidad como sensibilidad a razones, véanse por ejemplo SCANLON, 1988; WALLACE, 1994; FISCHER y RAVIZZA, 1998; MORSE, 1998.

<sup>6</sup> Las responsabilidades que toma con seriedad son sus responsabilidades prospectivas: aquellas cuestiones o asuntos a los que le corresponde prestar atención y de los que debe encargarse, y por relación con los cuales será luego retrospectivamente responsable (deberá responder). Compárese HART, 1968: 212-214; también CASEY, 1971.

<sup>7</sup> Sobre la condición de control, véanse, por ejemplo, FISCHER y RAVIZZA, 1998, y (en relación con la responsabilidad penal); HUSAK, 1987: cap. 4; sobre la condición epistémica, véase, por ejemplo, FEINBERG, 1986: 269-315, y ZIMMERMAN, 1988: 74-91. Sobre por qué la condición

les, sino más bien el modo en que los objetos, las direcciones y las bases de la responsabilidad difieren entre distintos contextos; el modo en que puedo ser responsable como  $\Phi$  por  $X$  pero no por  $Y$  (aunque la condición de control y la condición epistémica se satisfagan tanto en relación con  $X$  como con  $Y$ ); o responsable frente a  $S$  por  $X$  pero no por  $Y$ ; o responsable por  $X$  frente a  $S$  pero no frente a  $T$ .

Para ilustrarlo mejor: es posible tratar de especificar las responsabilidades que tengo como profesor universitario. Esa especificación consistirá en parte en una explicación de mis responsabilidades prospectivas: como profesor es mi responsabilidad, por ejemplo, estar al día en mi materia, planificar cursos que contribuyan adecuadamente a la currícula, preparar y llevar adelante mis clases a través de estrategias pedagógicas efectivas, calificar el trabajo de los estudiantes, cumplir con mi parte en las tareas colectivas del departamento, etcétera. Puede que se discrepe acerca de lo que cae o debería caer bajo mi responsabilidad como profesor, pero cualquier explicación le fijará ciertos límites: como profesor de una institución secular, por ejemplo, no forma parte de mi responsabilidad concurrir a servicios religiosos; como profesor de filosofía no forma parte de mi responsabilidad jugar al fútbol los sábados para el equipo amateur local — aunque tales actividades podrían estar entre mis responsabilidades como miembro de la iglesia o como miembro del equipo de fútbol local —. Decir que esas son mis responsabilidades prospectivas como profesor equivale a decir que se me puede requerir que responda, y debo estar dispuesto a responder, como profesor por mi conducta en relación con esas cuestiones, por mi cumplimiento o falta de cumplimiento de tales responsabilidades.

Esa especificación de mis responsabilidades, para que sea completa, debe también incluir una especificación de la gente u órganos frente a los cuales soy responsable como profesor, lo que también implicará especificar aquellos frente a quienes no soy responsable como profesor. Soy responsable como profesor frente a mis estudiantes, frente a mis colegas, frente a mi empleador: ellos tienen el derecho, están en posición, de exigirme que rinda cuentas del modo en que cumplo o no con mis responsabilidades pedagógicas; pueden, por ejemplo, requerirme con razón que responda por no acudir a una clase, o por ofrecer una conferencia mal preparada. No obstante, en primer lugar, no soy responsable como profesor frente a un extraño, o frente a mi tía, o frente a otros miembros del equipo de fútbol, o frente al Papa, lo cual significa que no tienen derecho a exigirme que responda por faltar

---

de control es realmente una condición general de la responsabilidad, mientras que la condición epistémica puede reputarse, no como una condición de la responsabilidad, sino de la punibilidad, véase DUFF, 2007: cap. 3.3.

a clase o dar una mala conferencia: si de hecho me cuestionasen por ello, o me exigieran que les dé explicaciones, les podría responder con razón que no es asunto de ellos<sup>8</sup>. En segundo lugar, no soy responsable frente a mis estudiantes, frente a mis colegas (en tanto colegas académicos) o frente a mi empleador por mi conducta como miembro de una iglesia o de un equipo de fútbol. Habrá también alguna persona u órgano frente al cual soy responsable como miembro de una iglesia, por mis creencias o prácticas religiosas: según cuál sea mi religión podría ser el sacerdote, los miembros de mi congregación, o solamente Dios. Habrá también gente frente a la que soy responsable como miembro del equipo de fútbol: mis compañeros, los seguidores, si es que tenemos alguno; dependiendo de qué clase de equipo se trate podría ser responsable frente a ellos no solo por como juego (y por presentarme o no a jugar) sino también por mantenerme en forma, por participar de las prácticas y entrenar. Pero no soy responsable frente a mis compañeros de equipo de fútbol por mi desempeño como profesor, ni tampoco soy responsable frente a mis colegas académicos o frente a mi empleador por mi desempeño como futbolista.

Las descripciones que conllevan una carga de responsabilidad (profesor, padre, amigo, colega, miembro de esta iglesia o de aquel grupo deportivo...), que ayudan a estructurar nuestras vidas, determinan el contenido y la dirección de nuestras responsabilidades: determinan aquello por lo que somos responsables y frente a quién (o qué). Esas determinaciones extienden nuestras responsabilidades: como miembro de este equipo de fútbol tengo responsabilidades que no tendría de otro modo, y soy responsable frente a gente frente a la cual, de otro modo, no tendría el deber de responder. Pero también limitan nuestras responsabilidades: hay cuestiones que caen bajo mi control y mi conocimiento, incluso cuestiones relacionadas con el bienestar de mis estudiantes, por las cuales podría negar que soy responsable como profesor (podría sostener, por ejemplo, que no es mi responsabilidad ofrecerles consejo sobre sus relaciones sexuales, o asegurarme de que asistan a clases); y solo hay un número limitado de personas u órganos frente a los cuales soy responsable como profesor<sup>9</sup>.

(La tesis fuerte acerca del carácter relacional de la responsabilidad, que estoy tentado a sostener, afirma que la responsabilidad se tiene *siempre* fren-

---

<sup>8</sup> Compárese con GARDNER, 2003: 165, donde se sostiene que la «responsabilidad básica» no está limitada a ningún «interlocutor particular», dado que puedo «sostener mi responsabilidad básica ofreciendo la misma explicación sobre mi conducta a cualquiera que encuentre»; en respuesta, véase DUFF, 2007: 25-26.

<sup>9</sup> Podemos, por cierto, disentir acerca de aquello por lo que soy responsable y frente a quién soy responsable como profesor, o bajo cualquier otra descripción cargada normativamente: no hay nada en mi argumentación que dependa de sostener que el contenido o la dirección de nuestras responsabilidades puede ser especificada sin controversias.

te a una persona u órgano — aunque a veces podría tenerse solo frente a uno mismo, o frente a Dios: si no hay un *S* frente al cual *A* es responsable por *X*, *A* no es responsable por *X*—. La tesis más débil, que es todo lo que este artículo requiere, afirma que siempre podemos preguntar adecuadamente «¿frente a quién o a qué es responsable *A* por *X*?», y que podemos normalmente esperar una respuesta que especifique un *S* adecuado; pero esto es compatible con que haya casos excepcionales en los que *A* es responsable por *X*, pero no es responsable frente a ningún *S*. Todo lo que necesito sostener a los fines de este trabajo es que el derecho penal no es uno de esos casos excepcionales).

Una vez que se reconoce que la punibilidad depende de la responsabilidad, así como las dimensiones relacionales de esta última, puede advertirse que en el contexto del derecho penal se debe en consecuencia preguntar no solo en virtud de qué se es punible según el derecho penal, sino también en virtud de qué se es penalmente responsable, en qué carácter y frente a quién. Este interrogante equivale, en parte, a preguntar quién está en posición o tiene el derecho de exigir que respondamos por nuestras faltas penales, y cuál es la descripción normativa relevante bajo la cual se debe responder.

El comienzo de respuesta a esta pregunta consiste en sostener que en una democracia que aspira a ser liberal debemos ser penalmente responsables como ciudadanos frente a nuestros conciudadanos bajo un derecho penal que constituya nuestro derecho «común»<sup>10</sup>; debemos ser penalmente responsables por la comisión de injustos que cuenten como «públicos», en el sentido de que incumben con propiedad a nuestros conciudadanos simplemente en virtud de nuestra ciudadanía compartida —en el contexto de la empresa cívica con la que estamos comprometidos colectivamente como ciudadanos—<sup>11</sup>. Por supuesto, ése es solo el comienzo de la respuesta, en parte debido a que las ideas relevantes de derecho común, ciudadanía e ilícitos públicos deben ser explicadas (y su uso en este contexto justificado), y en parte debido a que la respuesta también necesita ser calificada y extendida para dar cuenta del modo en que el derecho penal obliga a la vez que protege a los visitantes ocasionales del territorio de una comunidad política pese a no ser ciudadanos de ella, así como de los reclamos del derecho penal internacional y de jurisdicción universal que a veces formulan los tribunales penales nacionales<sup>12</sup>. Pero esas explicaciones, justificaciones y calificaciones adicionales no pueden ofrecerse aquí. Lo que quiero discutir, en cambio,

<sup>10</sup> Sobre la idea de un derecho «común», véase POSTEMA, 1986: caps. 1-2; también COTTE-RELL, 1995: cap. 11.

<sup>11</sup> Sobre esta concepción de los injustos «públicos», véase MARSHALL y DUFF, 1998.

<sup>12</sup> Sobre el derecho internacional, véase ALTMAN y WELLMAN 2004, LUBAN 2004, MAY 2005, BESSON y TASIOLAS 2008.

es cómo se determina y asigna la responsabilidad penal entendida de ese modo.

## 2. EL JUICIO PENAL: LLAMAR A RESPONDER Y NEGARSE A RESPONDER

Un juicio penal emplaza al acusado a responder frente a una acusación formal por la comisión de un injusto público<sup>13</sup>. Se espera (aunque ya no se fuerza) que el acusado se declare «culpable» o «inocente»: esta es la primera manifestación de una característica crucial del juicio penal, que no es simplemente una investigación sobre si (puede demostrarse que) cierta persona es culpable del presunto delito, sino un proceso en el cual se lo llama para que participe como sujeto que debe responder a la acusación y que debe responder por la comisión del presunto delito si se prueba que lo cometió.

Cuando el acusado se declara culpable o inocente, reconoce la autoridad del tribunal para juzgar su caso y para dictar sentencia a su respecto en relación con la acusación; reconoce formalmente que el tribunal es un foro frente al cual ha sido correctamente llamado para responder. Por eso, en ocasiones, el acusado insiste en negarse a formular tal declaración, a fin de dejar en claro que no acepta la autoridad del tribunal, y que no participará en lo que considera un proceso ilegítimo. Por eso también importa que el acusado sea «apto para estar en juicio» —que sea capaz de comprender el juicio y participar en él, ya sea por sí o a través del abogado que designe—. El juicio se dirige al acusado como agente responsable: todavía no como responsable *por* la comisión de un delito (se presume por el momento que es inocente), pero sí como alguien de quien se puede esperar que responda a los cargos que se le formulan, y que responda por la comisión del delito si ello se prueba. Si al ser citado a juicio el acusado se encuentra tan alterado mentalmente que no puede responder con entendimiento a la acusación o no puede responder por su propia conducta, no es posible juzgarlo legítimamente, aunque haya estado sano y fuera competente al momento en que se cometió el presunto delito, e incluso si su culpa pudiera probarse más allá de toda duda razonable sin su participación<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Mis comentarios aquí se basan en la estructura formal de los juicios penales «acusatorios», y necesitarían ser adaptados para aplicarse a sistemas más «inquisitivos». También debería quedar claro que estos comentarios son normativos y no descriptivos de cómo realmente se llevan a cabo (o, con mayor frecuencia, cómo no se llevan a cabo) los juicios penales dentro de nuestros sistemas vigentes de justicia penal, aunque apelan a normas propias de la estructura y retórica del juicio.

<sup>14</sup> Sobre la «aptitud para estar en juicio», véanse SPRACK, 2006: 287; ROBINSON, 1984, vol. II: 501-508.

La falta de aptitud para estar en juicio constituye solo uno de los muchos «obstáculos procesales» posibles. Los obstáculos procesales no son defensas que el acusado puede ejercitar para lograr una absolución, porque una defensa constituye una respuesta exculpatoria frente a la acusación penal, y una absolución presupone que el acusado fue correctamente emplazado para responder por los cargos, mientras que un obstáculo procesal constituye una razón legítima para rehusarse a responder por una cierta acusación o ante un cierto tribunal y, por ello, vuelve al juicio ilegítimo. El acusado puede alegar que tiene inmunidad diplomática y, por lo tanto, que el tribunal no tiene jurisdicción sobre él<sup>15</sup>, o que el supuesto delito no es de la competencia del tribunal, por el lugar o el tiempo en el que se cometió<sup>16</sup>, o podría sostener que ciertas acciones previas del propio estado, como una promesa de inmunidad hecha por la fiscalía, ahora impiden el juicio<sup>17</sup>, o que una conducta previa en relación con el presunto delito o su investigación harían que el juicio constituya un «abuso del proceso»<sup>18</sup>. Ninguna de estas declaraciones o peticiones constituyen una negativa de culpabilidad o una defensa frente a la acusación: ellas niegan la legitimidad del propio juicio. Por consiguiente, tienen más que ver con la responsabilidad penal que con la punibilidad, esto es, no tienen que ver con las condiciones bajo las cuales un acusado debe ser condenado al finalizar el juicio, sino con las condiciones previas de las que el propio juicio depende, como proceso que emplaza a un cierto acusado a que responda por un cierto cargo.

Me he referido hasta aquí a diversos obstáculos procesales legamente reconocidos obstáculos que también están moralmente justificados si hacen que el juicio sea moralmente ilegítimo. Pero también debemos preguntarnos si no podría haber obstáculos procesales morales, esto es, condiciones que, sean o no reconocidas jurídicamente como obstáculos procesales, convierten al juicio en ilegítimo desde el punto de vista moral. Esto permite ofrecer un enfoque fructífero a la cuestión, siempre controvertida, de si se puede hacer justicia en materia penal en una sociedad injusta y, en todo caso, de qué manera.

<sup>15</sup> Véase la Ley de Privilegios Diplomáticos de 1964, s. 2(1) y la Ley de Relaciones Consulares de 1968.

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, el Código Penal Modelo §§ 1.03 (1) (f), 1.06.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, LAFAVE ET AL. 2004: caps. 8, 11, 21.2.

<sup>18</sup> Véanse ASHWORTH, 2002; DENNIS, 2007: cap. 2 (E). También *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court, ex p Bennet* (1994) 98 Cr App R 114. Véase, en general, ROBINSON, 1984, vol. I: 55-57, 102-114, 179-187 y vol. II: 460-543. Se podría explicar de este modo la relevancia de la inducción estatal a la comisión de un delito (*entrapment*): debería impedir la condena, no por tratarse de una defensa (porque no hace que el acusado que fue objeto de la incitación sea menos culpable, o su acción menos incorrecta), sino como un obstáculo procesal, sobre la base de que el estado no está en posición de emplazar a alguien para que responda por un delito al que fue inducido por sus propios funcionarios. No obstante, véase SQUIRES, 2006; DUFF *et al.*, 2007: 242-247.

Supóngase que se reconoce que muchos de quienes comparecen ante nuestros tribunales penales, que efectivamente han cometido delitos sin que haya mediado ninguna de las defensas que el derecho reconoce, han sido sistemáticamente (aunque no intencionalmente) excluidos de diversas maneras del goce de una participación plena o adecuada de las diferentes dimensiones de la ciudadanía: han sido y continúan siendo objeto de diversas clases de injusticia social sistémica; no han sido tratados —hemos fracasado colectivamente en tratarlos— como miembros plenos de la comunidad política. ¿Esto debería sembrar dudas sobre la legitimidad de su condena y castigo? Algunos sostienen que sí, porque deberíamos tratar a la injusticia que padecieron como fundamento de, al menos, una eximente parcial —de «estado de necesidad», por ejemplo<sup>19</sup>. Existe, sin embargo, otra explicación quizás a veces más plausible de la incomodidad que podríamos de hecho sentir: que la legitimidad, no solo de su condena y castigo, sino del propio juicio está puesta en tela de juicio, porque nuestra pretensión colectiva de hacerlos comparecer para que respondan por sus delitos resulta controvertida debido a las injusticias que continúan sufriendo. La cuestión no es simplemente que nuestras manos están manchadas por nuestra complicidad en esa injusticia («el que esté sin pecado...»). Se trata más bien de que el juicio penal emplaza al acusado a responder como ciudadano frente a sus conciudadanos por un ilícito que supuestamente ha cometido contra los valores que definen a la comunidad de la que supuestamente todos son miembros. Pero si sus conciudadanos han fracasado completamente en otorgarle el respeto y la consideración que se le debe como miembro de la comunidad, si no lo han tratado como un conciudadano, no se encuentran en posición de hacer valer su calidad de conciudadanos para exigirle que responda de ese modo.

Esto no significa decir que simplemente debemos reconocer a la seria injusticia social como un obstáculo procesal, porque eso equivaldría a traicionar a las víctimas de esos delitos, a quienes también colectivamente les debemos que se emplace a responder a los que les han provocado daños. Pero sí sugiere que deberíamos reconocer que esa injusticia social sistemática siembra dudas sobre la legitimidad de llevar a sus víctimas a juicio, incluso por los ilícitos que han cometido, sin admitir justificación o excusa; y que si vamos a reclamar el derecho a juzgarlos (además de intentar remediar esas injusticias sociales) debemos encontrar la forma de responder ante ellos por los males que han sufrido de nuestras manos (colectivas y con frecuencia

---

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, HUDSON, 1995; véanse también BAZELON, 1976; DELGADO, 1985. Para un conjunto de discusiones generales útiles y críticas, véase HEFFERNAN y KLEINIG, 2000. Una barrera para aceptar tales argumentos demasiado rápido es que las víctimas de los delitos de los desaventajados se encuentran a menudo en la misma situación: ¿vamos realmente a decirle a esas víctimas que el acto ilícito que sufrieron es excusable en virtud de las condiciones que las oprimen tanto a ellas como a los delincuentes?

pasivas), del mismo modo en que los emplazamos a que nos respondan por los ilícitos que ellos han cometido. Si eso no se puede hacer dentro del mismo proceso del juicio<sup>20</sup>, entonces debe ser parte del proceso de sentenciar e imponer castigo que sigue a la condena<sup>21</sup>.

Al centrar más la atención sobre la responsabilidad penal que sobre la punibilidad, y al interpretar que la responsabilidad supone tener el deber de responder frente a una persona u órgano que tienen el derecho de exigirlo, es posible arrojar luz sobre la importancia del juicio penal como foro en el cual se nos emplaza a responder ante nuestros conciudadanos por supuestos ilícitos penales, y sobre las condiciones que pueden minar la legitimidad del juicio penal como proceso en el que se nos emplaza a responder. También es posible arrojar luz sobre algunas de las características estructurales del derecho penal sustantivo que han resultado salientes en los debates teóricos recientes y que reflejan aspectos estructurales del juicio como proceso que nos emplaza a responder. Las dos secciones siguientes se centrarán en estas cuestiones.

### 3. DELITOS, DEFENSAS Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Dada la presunción de inocencia<sup>22</sup>, el acusado no debe formalmente responder *por nada* en tanto y en cuanto la fiscalía no pruebe, más allá de toda duda razonable, que cometió el delito por el cual se lo acusa. Se espera que responda a la acusación contestándola con una declaración; si la fiscalía puede presentar pruebas que resultarían suficientes, si no se las refuta, para acreditar su culpabilidad, el acusado deberá ofrecer una respuesta más sustantiva a la acusación si desea evitar la condena, y esa respuesta debería incluir una explicación de la conducta que la fiscalía presenta como culpable, respondiendo así a ella (se prueba que en el transcurso de una acalorada discusión *D* apretó el gatillo de su escopeta cargada, que apuntaba a *V*, resultando en la muerte de *V*; la prueba podría resultar suficiente para permitirle al jurado concluir que *D* actuó con la intención de herir a *V*, a menos que *D* pueda explicar que, por ejemplo, pensaba que el arma estaba descargada)<sup>23</sup>. Pero mientras la fiscalía no pruebe todos los extremos del delito, no hay nada por lo que pueda atribuírsele formalmente responsabilidad penal.

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, NORRIE, 2001 (especialmente capítulos 2-3, 8, 10) y CHRISTODOULIDIS, 2004, acerca de algunos de los problemas en la forma en que esas cuestiones se plantean en el juicio.

<sup>21</sup> Véase más sobre esta cuestión en DUFF, 2001: 179-201.

<sup>22</sup> Sobre la presunción de inocencia y su importancia, véase especialmente ROBERTS, 1995, 2002; TADROS y TIERNEY, 2004.

<sup>23</sup> Compárese con *Moloney* [1985] 1 All ER 1025.



No obstante, si la fiscalía cumple efectivamente con esa carga de prueba concluyente, la situación se modifica: el acusado debe ahora responder por la comisión del delito. Eso no significa que sea condenado, ya que puede evitar la punibilidad alegando alguna defensa. Pero ahora tiene la carga formal de presentar pruebas de cualquier defensa que ofrezca, pruebas que sean suficientes, si no se las refuta, para crear al menos una duda razonable respecto de si se verificaron o no los extremos de esa defensa<sup>24</sup>. Se puede decir que la prueba de la comisión de un delito constituye una prueba de la responsabilidad penal, de que hay algo por lo cual se debe responder ante un tribunal penal, bajo pena de condena si no se puede ofrecer una respuesta exculpatoria. Pero no es todavía prueba de la punibilidad, dado que aún se puede evitar la punibilidad ofreciendo una respuesta exculpatoria.

En consecuencia, la distinción entre delitos y defensas no es meramente una cuestión de conveniencia expositiva de la cual no dependa o deba depender nada sustancial<sup>25</sup>. Más bien, marca una diferencia sustantiva entre aquellas cuestiones que tienen que ver con la responsabilidad y aquellas que se vinculan con el paso de la responsabilidad a la punibilidad: la tipificación de los delitos especifica aquello por lo cual el imputado debe responder ante un tribunal penal, mientras que las defensas justifican respuestas que sirven para exculpar al acusado. Un acusado que niega haber cometido un delito niega su responsabilidad penal; el que ofrece una defensa admite su responsabilidad (al menos implícitamente), pero pretende evitar la punibilidad ofreciendo una respuesta exculpatoria que bloquea el paso normal o presuntivo de la responsabilidad a la punibilidad.

¿Cómo debe entonces trazarse la distinción entre delitos y defensas?<sup>26</sup> En particular, ¿es posible trazarla de un modo tal que esa atribución indiciaria de la carga probatoria sobre el acusado sea consistente con la presunción de inocencia, entendida en el sentido de que la fiscalía debe probar la culpa del acusado más allá de toda duda razonable? Ese desplazamiento de la carga de la prueba se puede compatibilizar con la presunción de inocencia solo si la prueba de que el acusado cometió el delito es suficiente para desplazar esa presunción a favor de una presunción de culpabilidad, facultando al tribunal a condenar al acusado a menos que presente pruebas adecuadas para fundar una defensa. Dado que la condena debe, según el enfoque que aquí se ofrece del derecho penal, individualizar el juicio de que se ha probado que el

<sup>24</sup> Véase SIMESTER y SULLIVAN, 2003: 53-55. La defensa tiene la carga de probar concluyentemente la enajenación, pero el estándar de prueba es aquí el de «haciendo un balance de las probabilidades» y no el de «más allá de toda duda razonable».

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, WILLIAMS, 1982.

<sup>26</sup> Para una fructífera discusión, véase FLETCHER, 1978: 552-579 y 683-758; CAMPBELL, 1987; TADROS, 2005: capítulo 4.

acusado ha cometido un ilícito, la prueba de la comisión del delito debe por consiguiente constituir prueba de que se ha cometido al menos un presunto ilícito. Un «presunto» ilícito penal a veces será un ilícito real, cuya comisión deja todavía espacio para una excusa o incluso para una justificación — matar intencionalmente, por ejemplo—, o puede consistir en una conducta que pueda correctamente presumirse como ilícita hasta que se ofrezcan pruebas de que estaba justificada y, por lo tanto, no era ilícita todas las cosas consideradas<sup>27</sup>. Pero en ambos casos se puede decir que se trata de una conducta que a los ojos del derecho normalmente tenemos razones categóricas y concluyentes para evitar, una conducta que garantiza una presunción derrotable de la existencia de un ilícito culpable: la carga puede entonces desplazarse correctamente al acusado para que ofrezca prueba que derrote esa nueva presunción. No obstante, la originaria presunción de inocencia todavía conserva su fuerza, dado que lo que se requiere para derrotar la nueva presunción de culpabilidad no es una prueba de la inocencia, sino meramente prueba que resulte suficiente para crear una duda razonable acerca de la culpabilidad<sup>28</sup>.

La tipificación de los delitos debe por consiguiente definir presuntos ilícitos. Si así lo hace, la prueba de la comisión de un delito alcanza para derrotar, al menos presuntamente, la presunción de inocencia: se puede entonces exigir con razón que el acusado ofrezca prueba de sus defensas si pretende evitar una condena. Existe algo —el ilícito presunto— por lo cual podemos con razón exigirle que responda formalmente ante sus conciudadanos, bajo pena de condena y castigo si no puede ofrecer una explicación que lo exculpe.

Es posible ilustrar mejor la relevancia de esta cuestión advirtiendo el contraste entre la responsabilidad moral extrajurídica y la responsabilidad penal, tal como se la define usualmente. Mientras la responsabilidad moral por un daño que causo es normalmente objetiva, la responsabilidad penal es normalmente —aunque no siempre— subjetiva.

Vuelco y rompo un valioso jarrón de V y se me acusa del delito de daño a la propiedad. Por supuesto, se espera que responda a esa acusación, declarándome «culpable» o «inocente». Pero en virtud de la presunción de inocencia, y de la carga de la prueba que ella atribuye a la fiscalía si me de-

<sup>27</sup> Esto significa rechazar tanto la posición corriente de que la conducta justificada no puede constituir un ilícito, como la posición de GARDNER de que la ilicitud «básica» es «objetiva» (GARDNER, 2004: 824-825; véase además DUFF, 2007: 217-224).

<sup>28</sup> Compárense las discusiones sobre si asignar a los acusados una carga de prueba concluyente y no meramente indiciaria es consistente con la presunción de inocencia consagrada en el art. 6 de la Corte Europea de los Derechos Humanos: por ejemplo, *Lambert* [2001] 3 All 577, *Sheldrake* [2003] 2 All ER 497; véanse ROBERTS, 2002; SIMESTER y SULLIVAN, 2007: 32-37 y 53-61.

claro «inocente» no hay nada *por* lo que deba responder hasta que la fiscalía no pruebe que cometí el delito —no solo que dañé el jarrón, sino que lo hice intencional o temerariamente—<sup>29</sup>. Soy penalmente responsable, debo responder, no simplemente por dañar el jarrón, sino por hacerlo intencional o temerariamente. La responsabilidad todavía no implica punibilidad, porque puedo tener una defensa —quizás actué bajo una coacción suficiente como para justificar o excusar mi acción—. Pero la cuestión clave aquí es que la responsabilidad penal en tales casos no es objetiva, ya que requiere probar no solo el injusto sino también la culpabilidad<sup>30</sup>.

Por el contrario, si bien estoy *sujeto a reproche moral* por dañar su jarrón solo si lo hice intencional o temerariamente, soy moralmente *responsable* de manera objetiva tan solo por haberlo dañado. Es decir, debo estar preparado para responder moralmente frente a usted simplemente en la medida en que de hecho lo haya dañado: no sería correcto que rehúse a responder por ello en tanto no se establezca que lo hice al menos temerariamente. Usted puede esperar con razón que responda por ello en cuanto esté claro que fui yo quien lo dañó. Puede ocurrir que tenga una explicación exculpatoria —quizás lo dañé sin culpa, inadvertidamente o por accidente<sup>31</sup>, pero la cuestión es que usted tiene derecho a exigirme que responda —de atribuirme responsabilidad, de emplazarme a que responda— por el daño que causé<sup>32</sup>.

Podríamos entonces preguntarnos por qué la responsabilidad penal no debería ser en general objetiva, al igual que lo es la responsabilidad moral. Si la fiscalía puede probar el injusto (por ejemplo, en casos simples, probar que la conducta del acusado causó algún daño o mal del tipo relevante para el derecho penal), ¿por qué no debería el acusado ser entonces punible a menos que pueda ofrecer una explicación exculpatoria adecuada de cómo llegó a causarlo —por ejemplo, una explicación que niegue la culpabilidad?<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Véase la Ley de Daños a la Propiedad de 1971, s. 1.

<sup>30</sup> Véase *Woolmington v. DPP* [1935] AC 462, en 481. La responsabilidad, como la punibilidad, es «objetiva» si no requiere probar una adecuada culpabilidad u otro «elemento subjetivo» con relación a todo aspecto del delito en cuestión.

<sup>31</sup> Por supuesto, estoy sujeto a reproche moral si dañé el jarrón por negligencia, mientras que la punibilidad exige daño intencional o temerario. No obstante, esta diferencia no es importante aquí.

<sup>32</sup> Vale la pena advertir que es por esta razón que factores no culpables como actuar inadvertidamente o por accidente constituyen «excusas» en contextos morales, no así en el derecho penal. Una eximente en derecho penal es una defensa por la cual se admite la responsabilidad pero se niega la punibilidad, al rechazarse la culpabilidad (véase, por ejemplo, GARDNER, 1998; TADROS, 2005: cap. 11): el hecho de que sin culpa no haya advertido su jarrón es una excusa moral, pero en derecho penal es un supuesto de negación de la responsabilidad, porque se niega un elemento del delito. (Una respuesta exculpatoria evita la sujeción a reproche moral, pero puede que todavía esté moralmente sujeto a pagar por un nuevo jarrón).

<sup>33</sup> Éste fue el principio que se rechazó con un fervor tan resonante en *Woolmington v. DPP* [1935] AC 462.

Debemos responder moralmente frente a nuestros amigos por los daños que efectivamente causamos. ¿Por qué entonces no deberíamos también responder ante nuestros conciudadanos, de acuerdo con el derecho penal, por los daños penales que causamos, en tanto el derecho prevea adecuadamente la posibilidad de respuestas exculporias que excluyan la punibilidad?

Las respuestas corrientes a esta pregunta (las alegaciones corrientes de la presunción de inocencia y de la exigencia de que la acusación pruebe tanto el injusto como la culpabilidad) usualmente aluden a la importancia superior de evitar que se condene al inocente frente a asegurar la condena del culpable, y los costes sustanciales que ese desplazamiento de la carga de la prueba supondría para los acusados. Éstos son factores muy significativos, pero podemos presentarlos de una manera más clara preguntando por qué cosas deberíamos responder frente a nuestros conciudadanos en una práctica que se centra en los ilícitos públicos. Hacer objetiva a la responsabilidad penal equivaldría a decir que la mera producción de un daño, incluso si no constituye en sí mismo un ilícito, crea una presunción tan fuerte de ilicitud que razonablemente cabe esperar que su autor responda por él, bajo pena de condena y castigo, si no puede ofrecer una respuesta exculporia. Pero ello supondría imponernos una carga irrazonable sobre cada uno de nosotros como ciudadanos, especialmente debido a los costes necesarios para asegurar que uno pueda ofrecer tales respuestas, y porque éstas podrían revelar datos personales que normalmente serían privados. Desde luego que les debo a mis conciudadanos, no solo el abstenerme de provocarles daños intencionales, sino también el tomar las debidas precauciones para no dañarlos accidentalmente; pero no debería considerarse que les deba ofrecer una respuesta ante un tribunal penal, bajo pena de condena y castigo, por daños que he causado por un accidente inculpable. Podríamos agregar una consideración adicional: la imposición de responsabilidad penal objetiva implicaría una clase de desconfianza cívica mutua que colisiona con la idea de ciudadanía. Esperar que la gente responda ante un tribunal penal por los daños que efectivamente causa es tanto como presumir que causaron esos daños en forma ilícita, a menos que puedan mostrar que no lo hicieron; es tanto como presumir que nuestros conciudadanos son, si no maliciosos, al menos carentes de la consideración básica por los otros que el derecho penal demanda. La presunción de inocencia, en cambio, encarna una expectativa de confianza cívica mutua: debemos presumir que nuestros conciudadanos no son autores de ilícitos en tanto y en cuanto no se pruebe lo contrario<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Esto equivale a sugerir que la presunción de inocencia tiene fuerza no solo dentro de la estructura del derecho penal sino, de modo más general, en nuestras relaciones mutuas como ciudadanos. No es posible profundizar aquí sobre la cuestión de hasta dónde y con cuánto poder debería extenderse su autoridad.

A veces, no obstante, la responsabilidad penal es objetiva. Si se prueba que un comerciante ha vendido comida que no satisface los requisitos de seguridad alimentaria, el comerciante no es objetivamente punible por vender comida en mal estado: de acuerdo con el art. 21 de la Ley de Seguridad Alimentaria de 1990, tiene la posibilidad de defenderse si prueba que «tomó todas las precauciones necesarias y ejercitó la debida diligencia para evitar la comisión del delito». No obstante, es objetivamente responsable por vender comida en mal estado: habiéndose probado solamente que vendió comida que efectivamente estaba en mal estado, debe ofrecer una explicación exculpatoria adecuada si pretende evitar una condena; debe responder por haber vendido efectivamente comida en mal estado, mientras que si la responsabilidad fuese subjetiva solo debería responder en la medida en que se haya probado que se trató de una venta negligente de comida en mal estado. En forma similar, el delito de posesión de drogas prohibidas fue transformado por el derecho inglés en 1971 de un delito de punibilidad objetiva a uno de responsabilidad objetiva: si se prueba que una persona está en posesión de una droga prohibida puede ahora evitar la condena probando que «no sabía, ni sospechaba, ni tenía razones para sospechar» que se trataba de una droga prohibida, pero será condenado si no puede ofrecer una explicación exculpatoria semejante de su posesión<sup>35</sup>. Se puede alcanzar el mismo efecto creando presunciones legales. Si un funcionario público acepta un presente de un contratista del gobierno, el regalo «debe considerarse que ha sido ... entregado y recibido corruptamente ... a menos que se pruebe lo contrario»<sup>36</sup>: el funcionario público es considerado objetivamente responsable por aceptar el presente (así como el donante es considerado objetivamente responsable por dárselo); debe responder por ello, en el sentido de que tiene que ofrecer prueba concluyente del carácter inocente de la transacción si pretende evitar una condena.

¿Qué es lo que podría justificar — si es que pueden justificarse — esas imposiciones de responsabilidad penal objetiva? A primera vista, violan la presunción de inocencia, pues la fiscalía ya no tiene la carga de probar la culpabilidad: una vez que ha probado algo sensiblemente inferior a la culpabilidad (ya que la conducta acreditada podría haber sido enteramente intachable), se exige al acusado probar su inocencia, e incluso si su carga se reduce a ofrecer prueba indiciaria en lugar de ofrecer prueba concluyente, esa exigencia está en conflicto con la presunción de inocencia. Sin duda muchos

<sup>35</sup> Véase la Ley sobre Uso Indebido de Drogas de 1971, ss. 5 (1)-(2), 28 en comparación con la Ley de Prevención del Uso Indebido de Drogas de 1964, s. 1 (1). Para un ejemplo atroz de responsabilidad penal objetiva, véase la Ley de Terrorismo de 2000, s. 57. Ambas leyes ponen sobre el acusado una carga de prueba concluyente y no meramente indiciaria. Véase *supra*, nota 29.

<sup>36</sup> Ley de Prevención de la Corrupción de 1916, s. 2.

casos de responsabilidad objetiva son injustificables y ponen de manifiesto un intento ilegítimo de facilitar la obtención de condenas. Pero es posible desarrollar una justificación teórica para ciertas imposiciones de responsabilidad penal objetiva, reflexionando con mayor detenimiento sobre qué cosas puede esperarse razonablemente que los ciudadanos respondan frente a sus semejantes bajo la protección (y la amenaza) del derecho penal. Considérense dos tipos de casos.

El primero puede ejemplificarse con el comerciante, quien se dedica a una actividad optativa que, si bien es beneficiosa para la comunidad, también crea riesgos característicos de daños graves. Al comerciante le resulta relativamente fácil tomar precauciones adecuadas para evitar causar esos daños (mediante la forma en que obtiene, revisa y guarda los bienes perecederos que vende) y para mantener registros que muestren las precauciones que adoptó. Es razonable esperar que conserve esos registros, tanto para garantizar, como para asegurarse a sí mismo y a sus conciudadanos, que está adoptando los cuidados necesarios. Podríamos decir que lo que le debe a sus conciudadanos no es solo ocuparse de no causar daños, sino asegurarles que se está ocupando de ello<sup>37</sup>. Quien ha conservado esos registros se encuentra entonces en buena posición para ofrecer prueba (de hecho, usualmente para probar) que «tomó todas las precauciones razonables y actuó con la debida diligencia». No es, por lo tanto, irrazonable esperar que responda ante un tribunal penal por el peligro que efectivamente creó al vender comida en mal estado.

El otro tipo de casos se ejemplifica con el funcionario público. Aquí el peligro que está en juego no es el de un daño físico sino el de un ilícito penal. El aceptar un presente de un contratista es — como debería saberlo — una conducta que razonablemente dará lugar a sospechas de corrupción, y crea un riesgo cierto de corrupción; también se trata de una conducta que resulta fácil de evitar. Si bien podría ser irrazonable esperar que quien recibe el presente pruebe que no hubo corrupción si pretende evitar una condena, ¿es irrazonable exigir que cualquiera que acepte un presente semejante asegure que puede ofrecer indicios (por ejemplo, la falta de conexión con el contratista, o la carencia de influencia sobre los negocios del gobierno con el contratista) de que no hubo corrupción si pretende evitar una condena? Podría ser irrazonable si esa condena fuese por corrupción efectiva: aunque la aceptación de un presente de hecho crea tanto una sospecha razonable como un riesgo, con toda seguridad no es suficiente para crear una presunción de corrupción. Pero esa presunción, que desplaza la carga de la prueba,

<sup>37</sup> Compárese BRAITHWAITE y PETTIT, 1990: 63-68, sobre la importancia no solo de la libertad sino de la libertad garantizada, la garantía de ser y seguir siendo libre. Existe un conjunto de delitos «reguladores» que puede considerarse que se vinculan no simplemente con la seguridad sino más bien con el garantizar la seguridad.

podría ser justificable si la condena fuese por el delito más leve de aceptar un presente en circunstancias tales que crean una sospecha razonable de corrupción: en lugar de considerar delito el que los funcionarios públicos acepten cualquier tipo de presentes de los contratistas en toda circunstancia, el derecho les exige que ofrezcan explicaciones por aceptarlos, dado que el público debe tener la garantía de que los negocios del gobierno se conducen con honestidad<sup>38</sup>.

Si se examina a la responsabilidad en términos de deber de responder es posible así arrojar luz sobre la relevancia de la distinción entre delitos y defensas, así como sobre el modo en que el derecho penal a veces —y a veces quizás justificadamente— introduce la responsabilidad objetiva (la responsabilidad objetiva es una característica tan extendida en nuestro derecho penal como la punibilidad objetiva, pese a no haber recibido la atención teórica sistemática que merece).

#### 4. «ACTOS» *VERSUS* «RAZONES»

Finalmente, si se examina la responsabilidad en términos de deber de responder, podemos mostrar que la controversia entre los teóricos de los «actos» y los teóricos de las «razones» acerca de las condiciones de justificación en el derecho penal ha sido equivocada: los teóricos de las «razones» están claramente en lo cierto sobre la cuestión de la justificación; la verdadera cuestión concierne a qué es lo que debe considerarse un componente del delito.

Don se acerca a Victoria desde atrás, pone sus brazos a su alrededor y la aprieta fuerte. Lo que intenta hacer, por pura maldad, es asustarla. De hecho, no obstante, le salva la vida, porque Victoria se estaba asfixiando con un bocado de comida, y la maniobra de Heimlich (que fue lo que constituyó la acción de Don) resultaba necesaria y suficiente para removerlo. Si Don hubiera conocido estos hechos y hubiese actuado como lo hizo para salvarla, habría por supuesto tenido una defensa contra una acusación por agresión y malos tratos; sin embargo, no los conocía. Algunos teóricos sostienen que Don debería de todos modos ser absuelto por agresión y malos tratos, dado que «hizo lo correcto», si bien por la razón equivocada<sup>39</sup>; otros argumentan

---

<sup>38</sup> Una disposición semejante podría ser un caso legítimo de la clase de delito injustificadamente ejemplificada en la s. 57 de la Ley de Terrorismo de 2000, que impone responsabilidad objetiva por poseer «un artículo en circunstancias que dan lugar a una sospecha razonable» de que la posesión es para propósitos conectados con el terrorismo.

<sup>39</sup> Véanse, por ejemplo, MOORE, 1997: 65-66; ROBINSON, 1997: 95-124; SCHOPP, 1998: 29-38. Entre quienes lo absolverían por el delito consumado, algunos lo condenarían por tentativa; ignoraré aquí esta cuestión.



que debería ser condenado, dado que ni siquiera conocía los hechos que podrían haber fundado la justificación, y mucho menos actuar por (la razón que constituyen) esos hechos<sup>40</sup>.

Ahora, si se acepta que la necesidad de la acción de Don justifica una defensa, entonces los teóricos de las «razones» están en lo cierto. Depende del acusado (Don) el ofrecer una defensa, pero ofrecer una defensa es responder por mis acciones, y responder por mis acciones es responder por esas acciones como propias — como llevadas a cabo con las intenciones y por las razones en virtud de las cuales las hice —. Explico por qué actué como lo hice: si sostengo una justificación, explico mi acción por referencia a razones que considero que fueron buenas razones para actuar como lo hice — razones suficientes para derrotar a aquellas contrarias a como lo que hice —. Pero que Don puntualice el hecho, que solo descubrió después de lo acontecido, de que su acción salvó la vida de Victoria, no es explicar o responder por su acción: el hecho, al ser desconocido para él, no puede jugar ningún papel en la explicación de por qué actuó como lo hizo.

Esto todavía no significa decir, no obstante, que Don debería ser condenado por agresión y malos tratos. Significa decir que no dispone de una defensa contra esa acusación. Pero para los teóricos de los «actos» sería mejor sostener que Don no necesita una defensa: que el carácter necesario de su acción para salvar la vida de Victoria debería en cambio ser tomado como la negación de un componente del delito, esto es, que el delito debe definirse como si exigiera algo semejante a una aplicación o amenaza *innecesaria o irrazonable* de ejercer la fuerza. Pues si el mero hecho de que su acción era necesaria para salvar la vida de Victoria garantizara su absolución, ello debería ser así porque no ha cometido ningún ilícito penal en la situación concreta y, en consecuencia, no hay nada por lo cual debe responder frente a un tribunal penal. Los teóricos de las «razones» están en lo cierto respecto de las defensas justificadoras; pero el debate genuino entre ellos y los teóricos de los «actos» es, o debería ser, relativo a qué factores que tienen incidencia sobre la culpa deben ser definidos como componentes del delito y cuáles pertenecen más bien a las defensas<sup>41</sup>.

Lo mismo ocurre con el tipo de caso que con mayor frecuencia aparece en los debates sobre la «justificación desconocida» (una denominación que,

<sup>40</sup> Véanse, por ejemplo, FLETCHER, 1978: 555-566; CHRISTOPHER, 1995; GARDNER, 1996; BARON, 2005; TADROS, 2005: 273-280.

<sup>41</sup> Adviértase que si *D* ha de ofrecer una justificación, lo que debe sostener, y por lo que debe presentar pruebas, no es simplemente que era consciente de los hechos relevantes, sino que actuó por las razones adecuadas (véase DRESSLER, 1984: 78-81; GARDNER, 1996; TADROS, 2005: 274-280). No obstante, la prueba de conocimiento generalmente alcanzará de hecho para crear una duda razonable acerca de la intención.



si el argumento que se esbozó arriba es correcto, resulta completamente inadecuada, dado que lo que no se conoce no puede constituir una justificación —el caso en que *D* mata a *V* cuando *V* de hecho (algo que *D* ignora) está tratando de matar a alguien más (o al propio *D*), de forma tal que *D*, de haber conocido la situación, podría en todo caso haber matado justificadamente a *V*, ya sea en legítima defensa o en defensa de otros. Pero en este tipo de casos también es posible advertir que los teóricos de las «razones» suministran una explicación más plausible de lo que debería figurar en la definición del delito.

Tal como lo he sostenido, para que *D* justifique su acto de matar a *V* no puede apelar al simple hecho de que *V* estaba a su vez intentando cometer un homicidio: si, tal como sostienen los teóricos de los «actos», *D* debe ser absuelto por homicidio, ese hecho debe ser considerado como la negación de un componente del delito en lugar de fundar una defensa. Necesitaríamos, por lo tanto, definir el homicidio no simplemente como causar intencionalmente la muerte de un ser humano, sino como causar intencionalmente la muerte de un ser humano *inocente* —donde «inocente» se definiría, a grandes rasgos, como «que no está atentando contra la vida de otro» —<sup>42</sup>. Pero la adopción de una definición semejante del delito implicaría, de hecho, considerar a quien no es inocente como un extraño al derecho<sup>43</sup>: al involucrarse en un atentado contra la vida de otro, se colocaría fuera de la protección del derecho. Matarlo no sería un ilícito por el cual su autor deba ser emplazado a responder ante un tribunal penal; ni siquiera está claro que desde este punto de vista la muerte deba resultar necesaria para que sea lícita. Ahora bien, es cierto que nuestra legislación vigente en materia de homicidio no protege a todos los seres humanos: la víctima debe estar «bajo la protección del rey», de manera que un soldado que mata a un soldado enemigo «en el fragor de la batalla» no comete el delito de homicidio y no necesita una defensa<sup>44</sup>. Sin embargo (y dejando de lado el hecho de que los soldados enemigos todavía gozan, hasta cierto punto, de la protección del derecho de guerra), no podemos dejarnos engañar por la retórica de la «guerra contra el crimen» y ver a los infractores, incluso a los potenciales homicidas, como enemigos o extraños al derecho que han perdido la protección que éste confiere<sup>45</sup>: usar la

<sup>42</sup> Sobre la «inocencia» en el contexto del ejercicio de violencia defensiva, véase McMAHAN, 1994; NORMAN, 1995: cap. 5.

<sup>43</sup> Compárese con BLACKSTONE, 1765-9, vol. I: cap. 5.iii, 71 sobre el pirata como un extraño al derecho, o «*hostis humani generis*»: «Como ha renunciado a todos los beneficios de la sociedad y del gobierno, y se ha reducido de nuevo a un estado de naturaleza salvaje al declarar la guerra contra toda la humanidad, toda la humanidad debe declarar la guerra contra él».

<sup>44</sup> Véase COKE, 1628, vol. 3, 47 (citado en ORMEROD, 2005: 429); ORMEROD, 2005: 433-434.

<sup>45</sup> Aunque así es como ciertos filósofos, así como ciertos políticos y la prensa sensacionalista los retratan: véase MORRIS, 1991.

fuerza contra ellos sigue constituyendo la comisión de al menos un presunto ilícito por el cual se debería tener que responder — y por el cual se merece condena si no se puede mostrar que la fuerza utilizada fue tanto necesaria como proporcional —. El agresor sigue teniendo una pretensión contra nosotros, como conciudadano protegido por el derecho (incluyendo las leyes que el agresor viola), incluso si se justifica que usemos hasta una violencia fatal en su contra: mostramos nuestro reconocimiento de esa pretensión al admitir la necesidad de justificar nuestro uso de esa violencia (frente al agresor y frente a nuestros conciudadanos); la comunidad política muestra su reconocimiento de esa pretensión al exigir a quien usa esa fuerza que ofrezca una defensa si pretende evitar una condena.

Si *D* dispara sobre *V* con la intención de matarla y sin advertir que ya estaba muerta, claramente no es culpable de homicidio, no porque tenga una defensa, sino porque no ha matado a un ser humano (un componente esencial del delito de homicidio) y, por ende, no debe responder por ello<sup>46</sup>. La única forma viable de sostener que en los casos de «justificación desconocida» *D* debe ser absuelto, al menos por el delito consumado, sería argumentar que en tales casos también se encuentra ausente un componente esencial del delito (la «inocencia» de la víctima, por ejemplo). Pero, tal como he sugerido, no deberíamos definir al homicidio de esa manera. El matar a un agresor es un ilícito presunto por el cual el homicida debería tener que responder, y una respuesta exculpatoria necesitará apelar no simplemente a la existencia de los hechos relevantes, sino a las razones adecuadas para actuar como lo hizo.

Lo que interesa para mis propósitos actuales, no obstante, no es si tengo razón respecto de cómo deberíamos definir el homicidio, sino la cuestión más general de la naturaleza de las defensas justificatorias y la relevancia de la distinción entre delitos y defensas: una vez que comprendemos el juicio penal como un proceso que consiste en emplazar a ofrecer una respuesta y hacemos corresponder la distinción entre delitos y defensas con aquella que media entre responsabilidad y punibilidad, podemos apreciar por qué los teóricos de las «razones» están en lo cierto acerca de lo que se necesita para ofrecer una defensa justificatoria, y por qué tiene relevancia si tomamos a un cierto factor potencialmente exculpatorio como la negación de un componente del delito o como fundamento de una posible defensa.

(También podemos ver ahora — aunque no puedo profundizar sobre ello aquí — por qué necesitamos distinguir las «excusas» de las «exenciones»<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Una cuestión diferente es si *D* debe ser condenado por tentativa de homicidio: véase *Dlugash* 363 North East 2d 1155 (1977, Nueva York).

<sup>47</sup> Véanse, por ejemplo, GARDNER, 1998; HORDER, 2004: 8-10, 103-106; TADROS, 2005: 124-129.

Ofrecer una excusa es responder por mis acciones, explicando mis razones para actuar como lo hice, así como mi imposibilidad de reconocer o reaccionar adecuadamente frente a las razones en contra de actuar como lo hice. En consecuencia, ofrecer una excusa es admitir responsabilidad, en tanto se busca evitar la punibilidad sosteniendo que, en virtud del particular contexto de la acción, sería irrazonable condenar al sujeto por su admitido fracaso en actuar de acuerdo con las razones que el derecho establece. En cambio, quien por ejemplo se encontraba tan trastornado mentalmente en el momento del presunto delito que no podía ser considerado en ese momento un agente responsable, esto es, sensible a razones, no puede en ese sentido responder por sus acciones, dado que no se hallaba dentro del reino de las razones: si está en condiciones de afrontar un juicio<sup>48</sup>, debe poder ofrecer una respuesta a la acusación; pero su respuesta debe consistir en sostener que debería ser eximido de responsabilidad penal por sus acciones porque no se trata de acciones por las cuales pueda responder.)

He sugerido que se pueden aclarar ciertos aspectos centrales tanto del derecho penal sustantivo como del proceso penal distinguiendo entre responsabilidad y punibilidad, y atendiendo a las dimensiones relacionales de la responsabilidad; incluso podemos así de hecho apreciar cuán próximos e interconectados se encuentran el proceso y el derecho sustantivo. He ilustrado esa sugerencia mostrando cómo resalta la importancia de los impedimentos procesales (ya sea jurídicos o morales) y de las condiciones de responsabilidad que esos impedimentos niegan; cómo permite destacar y explicar la relevancia de la distinción entre delitos y defensas; cómo centra nuestra atención no simplemente sobre la punibilidad objetiva sino también sobre el fenómeno de la responsabilidad penal objetiva (y sobre el papel y las consecuencias de la presunción de inocencia, y de las diversas presunciones que pueden socavarla); y cómo nos permite repensar el debate sobre las defensas justificatorias entre los teóricos de los «actos» y los teóricos de las «razones». Aunque desde luego se necesita decir mucho más para poder explicar esa sugerencia y sus consecuencias (y para poner de manifiesto otras maneras en las que puede esclarecer la estructura lógica del derecho penal), espero haber dicho lo suficiente como para mostrar que esa sugerencia es digna de ser continuada.

---

<sup>48</sup> Véase *supra* nota 15.



## CAPÍTULO VII

### **HART Y FEINBERG SOBRE RESPONSABILIDAD\***

JOHN GARDNER

En la década de 1960 H. L. A. HART y Joel FEINBERG hicieron intentos independientes de catalogar diversos sentidos de la palabra «responsable» y de explorar las relaciones entre ellos<sup>1</sup>. Ambos proyectos oscilaban entre la filosofía y la lexicografía. FEINBERG distinguió diez u once sentidos en los que se puede calificar a una persona como «responsable». Una aplicación

---

\* Este trabajo proviene de un material que se presentó en abril del año 2005 en la Universidad del Estado de Georgia en la Conferencia en Memoria de Joel FEINBERG. Una versión más reciente de parte de él (a grandes rasgos, la sección 1 a continuación) se presentó en el Simposio de la Academia Británica sobre «El legado de H. L. A. HART» en julio del año 2007 en la Universidad de Cambridge. Agradezco a toda la gente que participó en las discusiones de ambos encuentros, especialmente a Jules COLEMAN, mi comentarista en Atlanta, y a Philip PETTIT y James PENNER, quienes en Cambridge me formularon preguntas que me dieron mucho que pensar cuando tuve que redactarlo nuevamente.

<sup>1</sup> El tratamiento característicamente económico de HART aparece en «Varieties of Responsibility» (HART, 1967a), que fue reimpresso como parte del *postscriptum* a HART, 1968. Por su parte, FEINBERG escribió tres ensayos que aportaban (a su juicio) una «explicación completa del lenguaje de la responsabilidad». Su ensayo «Responsibility for the Present and Past» nunca fue publicado, pero según FEINBERG sus contenidos fueron en su mayor parte incorporados en «Action and Responsibility» y «Sua Culpa», ambos incluidos en FEINBERG, 1970. Los ensayos complementarios «Responsibility *Tout Court*» (FEINBERG, 1988a) y «Responsibility for the Future» (FEINBERG, 1988b) aparecieron impresos, si bien mucho después de haber sido escritos en 1988. FEINBERG aparentemente no corrigió estos dos ensayos para su tardía publicación y, por ello, no hizo ninguna referencia a HART, 1967a (ni a nada publicado después de 1966). Los comentarios de FEINBERG sobre cómo se supone que sus ensayos encajan mutuamente se encuentran en FEINBERG 1988b: 110.

sensata de la navaja de OCCAM le habría permitido limitarse, como lo hiciera HART, a una lista más manejable de cuatro o cinco sentidos. Al decir esto no pongo en duda que la palabra «responsable» tenga todas las posibles diferencias de matices que FEINBERG le asignara. Pero solo algunos de esos sentidos revisten interés filosófico; solo algunas de las distinciones, como lo advirtiera HART, incrementan nuestra comprensión del mundo y de nuestro lugar en él<sup>2</sup>. El proyecto de FEINBERG, al trazar un mapa del lenguaje de la responsabilidad con escaso cuidado por el criterio de selección, fue más lexicográfico y menos filosófico que el de HART. Sin embargo, en otro aspecto el proyecto de FEINBERG fue más filosófico y menos lexicográfico que el de HART. Ambos autores encontraron conexiones entre los diferentes sentidos de «responsable». Ambos dieron prioridad explicativa a uno de los sentidos (o a un núcleo de significado) de la palabra. No obstante, solo FEINBERG consideró a esa prioridad como una prioridad lógica, esencial para la comprensión de los otros sentidos. Para HART, las conexiones y prioridades eran cuestiones de asociación contingente, que explicaban cómo había llegado a usarse el lenguaje en tantos sentidos, pero aun así consistente con que cada uno de ellos pudiera comprenderse por separado.

A pesar de estas diferencias, los dos autores dieron algunos pasos importantes en el mismo sentido. Mostraron que la bibliografía existente sobre la responsabilidad, tanto jurídica como moral, estaba sumida en la confusión. Los participantes con frecuencia se contradecían, incluso con ellos mismos, acerca de cuál de los sentidos de la palabra estaban usando, lo que permitía que ciertas tesis implausibles pasaran desapercibidas<sup>3</sup>. Fue más difícil que esas tesis pasaran desapercibidas después de HART y FEINBERG. No obstante, los dos escritores también compartieron ideas equivocadas. En particular, ambos cayeron en la trampa que fuera luego puesta al descubierto por J. R. LUCAS. LUCAS observa que:

Las explicaciones tradicionales de la responsabilidad están demasiado centradas en la culpa. Se exige que la gente reconozca sus males a fin de que

<sup>2</sup> «Creo que la confusión de sentidos distinguibles de la palabra «responsabilidad» y sus variantes gramaticales emparentadas puede reducirse mediante división y clasificación ... Espero que al trazar estas líneas divisorias ... haya podido evitar las pedanterías arbitrarias de la sistemática clasificatoria, y que mis divisiones esclarezcan las principales variantes de la responsabilidad a las que constantemente hacen referencia los teóricos morales, los abogados, los historiadores y otros» (HART, 1967a: 346).

<sup>3</sup> Desgraciadamente, las sugerencias de HART y FEINBERG cayeron en general en oídos sordos, y muchas de las invocaciones a la responsabilidad en la bibliografía filosófica continuaron apoyándose indiscriminadamente en diferentes sentidos de la expresión en la medida requerida por la argumentación. Un cuerpo de bibliografía posterior muy afectada por esta confusión se vincula con la justificación de la desigualdad. Véanse, por ejemplo, RAWLS, 1982: 168-169; KYMLICKA, 1989: 37-40; COHEN, 1989: 922.

puedan ser culpados por ellos. Pero esto es una distorsión. Naturalmente, somos muy enérgicos en negar nuestra responsabilidad cuando corremos el riesgo de ser desaprobados y, por ello, los abogados se ganan sus honorarios controvirtiendo las adscripciones de conductas incorrectas, pero en la vida ordinaria no nos preocupa tanto culpar como comprender. Quiero saber quién es responsable, quién debe responder, a fin de que conteste mi pregunta «¿Por qué lo hiciste?» (LUCAS, 2007).

En este trabajo volveré sobre algunas de las cuestiones de la teoría de la responsabilidad que fueron investigadas por HART y FEINBERG. Lo haré de un modo que reitera y expande la crítica de LUCAS. Sugeriré que los problemas de HART y FEINBERG comenzaron con sus respectivos —y opuestos— errores sobre lo que denominaré «responsabilidad básica» (sección 1). Estos errores sobre la responsabilidad básica llevaron a ambos a sobreestimar la importancia relativa de una idea diferente, que denominaré «responsabilidad consecuencial» (sección 2). Los dos propusieron, o al menos prestaron apoyo a la idea de que la responsabilidad básica debe su importancia a la relación que posee con la responsabilidad consecuencial. Esto es solo una parte —y la más superficial— de la verdad. En un nivel más profundo, la responsabilidad consecuencial debe su importancia a la relación que posee con la responsabilidad básica. Por «importancia» entiendo aquí su importancia moral. No me ocuparé, salvo incidentalmente, de las prioridades lógicas y lexicales que preocuparon a FEINBERG y a HART.

## 1. LA RESPONSABILIDAD BÁSICA

En un sentido —al que denomino «responsabilidad básica»— la responsabilidad consiste en lo que suena: una clase de aptitud para responder. Más precisamente, es la aptitud de explicar la propia conducta, de ofrecer una explicación inteligible de uno mismo, de responder por uno mismo como ser racional. Como ser racional, uno se encuentra preparado para la explicación. Hay muchas cosas para explicar y (dependiendo de la sofisticación de la propia racionalidad) muchas formas de explicarlas. De todas maneras, como agente racional uno tiene únicamente dos formas de explicarse. La primera consiste en ofrecer una justificación; la segunda consiste en ofrecer una excusa.

La justificación es una explicación racional directa. La pregunta es «¿por qué hiciste eso?» La respuesta justificatoria es: «Porque tenía razones no derrotadas para hacerlo; porque era lo correcto todas las cosas consideradas». La excusa, en cambio, es una explicación racional indirecta. La pregunta sigue siendo «¿por qué hiciste eso?», pero la respuesta es ahora más compleja.

«Es verdad: no actué en virtud de razones no derrotadas, pero tuve razones no derrotadas para tener tanto miedo, o para estar tan furioso, confundido, o disgustado, que actué tal como lo hice. Mi acción fue injustificada, pero mi disposición a actuar como lo hice estuvo justificada». No es necesario aclarar que no toda justificación o excusa es exitosa. Con frecuencia hacemos intentos desencaminados de justificación o excusa, citando razones que ingenuamente creemos que tienen más fuerza de la que realmente tienen. También podemos ofrecer lo que ahora admitimos que son justificaciones o excusas inadecuadas, citando razones que ahora reconocemos que no tenían la fuerza que creíamos que tenían al momento de actuar. Todo esto es consistente con ser agentes básicamente responsables. En este sentido, la responsabilidad no reside en nuestra aptitud para suministrar justificaciones o excusas exitosas o incluso creíbles. Reside en nuestra aptitud para suministrar justificaciones y excusas. Punto. Los agentes básicamente responsables no pueden suministrar siempre una explicación racional *aceptable* de sí mismos, pero siempre pueden dar una explicación racional *inteligible*.

Se podría pensar que esto restringe excesivamente el abanico de explicaciones que deberían contarse como explicaciones de la propia conducta. ¿Seguramente también se pueden ofrecer explicaciones neurofisiológicas de uno mismo (parpadeé porque tengo disquinesia tardía), físicas (el viento me empujó a un lado), psiquiátricas (la depresión me llevó a dañarme a mí mismo), psicoanalíticas (tenía una ira reprimida hacia mi padre y la saqué a la luz contra mis hijos), y muchas otras? Se puede efectivamente. Pero en estos casos —la explicación psicoanalítica es quizás un caso dudoso— uno no explica su conducta como un ser racional: lo que hace es *minimizar* su conducta como un ser racional. Uno se pone en el papel de objeto en vez de sujeto; explica la propia conducta (incluyendo las propias razones) en términos de hechos que no son razones, o que no figuran en nuestra explicación como razones. No son razones, o no figuran como razones porque no nos guiamos por ellas en tanto hechos<sup>4</sup>. Nos influenciaron, pero no en virtud de nuestra apreciación de ellas. Quizás fuimos inducidos por ellas, pero no fuimos motivados por ellas.

Permítaseme ilustrarlo. Supóngase que *A* le pegó a *B* de modo tal que *B* derribó a *C*. Una interpretación sería que *A* le pegó a *B* de modo tal que *B* cayó, y al caer derribó a *C*. Una interpretación alternativa sería que *A* le pegó a *B*, provocando que *B* derribara a *C*; por alguna razón confundió a *C* con *A*. *B* tiene una explicación racional por haber derribado a *C* en la segunda versión de la historia pero no en la primera. En la primera versión aparece *B*, pero no como agente racional: bien podría haber sido igualmente un re-

<sup>4</sup> Para un desarrollo de la cuestión véase GARDNER y MACKLEM, 2002.



frigorador. ¿Se sigue de ello que, en la primera versión, *B* no es básicamente responsable? Sí y no. Por lo que sabemos de la historia, él es en términos generales un agente básicamente responsable; pero no es básicamente responsable por haber derribado a *C*. Al menos, no es básicamente responsable por haber derribado a *C* salvo que la historia de su caída tenga una complicación oculta: salvo que haya habido alguna acción  $\Phi$  tal que, si solo *B* hubiese ejecutado la acción  $\Phi$  en su caída, habría evitado que *C* fuese derribado por él<sup>5</sup>. Si hubiera existido esa acción — tal como empujar a *C* fuera del camino, o gritar «¡cuidado *C!*», o bloquear su propia caída— entonces *B* estaría todavía, al (no evitar) derribar a *C*, ocupando su papel de agente racional, un agente sujeto a razones. Podemos preguntar entonces que razones tenía para, o lo llevaron a (no haber evitado) derribar a *C*. Podemos exigir una justificación o una excusa. Al exigir esa justificación o excusa se está tratando a *B* como básicamente responsable por (no haber evitado) derribar a *C*. El (no haber evitado) derribar a *C* fue una manifestación de su accionar racional aun cuando su previa caída no lo fuera.

Ordinariamente, si somos derribados por otro ser humano, lo trataríamos como básicamente responsable por derribarnos. Comenzamos preguntando: «¿por qué hiciste eso?». Ello es así porque (salvo circunstancias especiales) los seres humanos son agentes básicamente responsables. Ésta es una tesis conceptual. Ser básicamente responsable no es condición necesaria ni suficiente para ser humano. Pero es una condición necesaria derrotable: es necesaria sujeta a excepciones. Quien piense que esas excepciones son algo diferente de excepcionales, incluso si se trata de excepciones muy frecuentes, no comprende por completo lo que es ser humano<sup>6</sup>. De manera que preguntar «¿por qué hiciste eso?» (cuando se lo hace con la expectativa de recibir una respuesta justificatoria o excusatoria) es la reacción adecuada y usual a ser derribado por otro ser humano<sup>7</sup>. Sigue siendo una pregunta adecuada incluso si el ser humano en cuestión fue empujado. Pero hay dos clases de circunstancias especiales en las que, aunque la pregunta sea ade-

<sup>5</sup> Esta condición se presenta a veces como «a menos que *B* hubiera podido actuar de otro modo que derribando a *C*». Pero esto puede llevar a confusión. Para que *B* sea básicamente responsable por haber derribado a *C* no es necesario que  $\Phi$  sea una acción que *B* haya tenido la capacidad u oportunidad de ejecutar. Todo lo que se necesita es que se cumpla que, si *B* hubiera realizado  $\Phi$  (incluso *per imposible*), *C* no habría sido derribado.

<sup>6</sup> Véase la discusión de HART sobre la derrotabilidad en HART, 1948, un artículo que más tarde (a mi juicio demasiado precipitadamente) repudió.

<sup>7</sup> Compárese mi discusión sobre la derrotabilidad en el concepto de derecho en GARDNER, 2007a. Allí sostuve que el hecho de que el derecho cree derrotablemente obligaciones morales no debería llevar a pensar que crea presuntamente obligaciones morales. Ello es así porque el derecho es un instrumento, cuyo valor depende del uso que se le dé. Los seres humanos, en cambio, tienen un valor último y respetar ese valor significa tratarlos, pre-untivamente, como plenamente humanos, esto es, como si no pertenecieran a una de las excepciones en las que su humanidad, o cierto aspecto de ella, es derrotada.

cuada, una respuesta justificatoria o excusatoria no es adecuada. Hay dos clases de casos excepcionales en los que la condición necesaria derrotable para ser humano es derrotada. A veces, como vimos, el destinatario no es básicamente responsable *por* haber derribado a alguien. A veces, por otra parte, no es básicamente responsable *tout court*. Algunos seres humanos no son agentes responsables porque —por un cierto período de sus vidas, o a todo lo largo de ellas— carecen de la aptitud para suministrar explicaciones racionales de todo lo que hacen.

Es tentador pensar que, en la medida que carecen de responsabilidad básica, los niños y los enfermos mentales pertenecen a la segunda categoría. Carecen de responsabilidad básica *tout court* en tanto su condición persista. Sin duda esto es verdad en el caso de los bebés y los niños pequeños, pero desde una edad temprana los niños normales comienzan a preguntar «¿por qué?», y poco después aprenden a esperar que se les formule la misma pregunta como forma de solicitarles o exigirles que expliquen su propia conducta. Ésta es la etapa en que adquieren un sentido de sí mismos. A partir de esta etapa, lo que está en discusión es solo por cuanto de lo que hacen son básicamente responsables, no si son básicamente responsables *tout court*. A medida que crece su comprensión del mundo, del mismo modo lo hace el repertorio de acciones que comprenden que están ejecutando y, con ello, el abanico de acciones respecto de las cuales se les puede exigir que ofrezcan justificaciones o excusas<sup>8</sup>.

Las enfermedades mentales normalmente afectan a la responsabilidad básica de un modo localizado bastante similar. No cabe duda de que algunos desórdenes psicóticos extremos excluyen a la responsabilidad básica *tout court* en tanto persisten. Pero quienes sufren desórdenes menos extremos, que comprenden delirios localizados y compulsiones, carecen de responsabilidad básica —si es que carecen de ella— únicamente por aquellas acciones que se deben a sus delirios o compulsiones<sup>9</sup>. Solo cuando actúan como esclavos de sus delirios y compulsiones pierden su aptitud para ofrecer explicaciones racionalmente inteligibles de lo que hicieron. No hay hechos que puedan invocar como razones para hacer lo que hicieron o como razones para tener la disposición para hacerlo: solo hay hechos imaginados. *D* no dejó la puerta sin llave y no tenía ninguna razón para suponer que lo había hecho. Ya había revisado veinte veces. Sin embargo, siguió regre-

<sup>8</sup> Por supuesto, podría ser mejor, por razones independientes, no institucionalizar esto sometiendo a los niños a tener que presentarse ante los tribunales y cosas por el estilo. El hecho de que una cierta reacción sea adecuada no determina todavía que el derecho (o cualquier otro agente concreto) esté en la posición adecuada para tener una reacción. Para una discusión detallada, véase DUFF, 2007.

<sup>9</sup> Este punto es correctamente explicado por Anthony KENNY, en KENNY, 1978: 82-83.

sando a echar un nuevo vistazo. Nada podía cambiar su creencia de que la puerta estaba sin llave. Nadie estaba espiando a *E*, quien tampoco tenía ninguna razón para suponer que alguien lo hacía. Las cámaras del circuito cerrado de televisión no estaban siguiendo sus movimientos. No obstante, *E* insistió en que lo espiaban, e insistió en usar un disfraz en la calle. Nada podía convencerla de salir sin disfrazarse. Estos ejemplos deberían terminar con la impresión (que podría haber dado el ejemplo de la caída de *B*) de que las preguntas acerca de la responsabilidad básica por lo que uno hizo solo surgen si, como en el caso de *B*, existe alguna duda acerca de si uno realmente lo *hizo*. Las acciones compulsivas y delirantes recién mencionadas son indudablemente acciones de *D* y *E*, respectivamente. No obstante, *D* y *E* no son, tal como se presentan sus historias, básicamente responsables por esas acciones. Los únicos hechos en cuyos términos serán alguna vez capaces de explicar lo que hicieron no son razones que justifiquen haberlos hecho («Era presa de delirios»), mientras que las únicas «razones» que pueden invocar —y son razones solo en un sentido periférico— no son hechos sino productos de sus afiebradas imaginaciones («las cámaras seguían mis movimientos»)<sup>10</sup>.

He seguido conscientemente a FEINBERG al trazar la distinción entre ser responsable *tout court* y ser responsable *por* alguna acción en particular. FEINBERG trata de clasificar bajo estas dos categorías muchos de los numerosos sentidos de la palabra «responsable». La mayor dificultad de este enfoque debería ya resultar manifiesta a partir de lo que he dicho. La responsabilidad básica es responsabilidad en un sentido que atraviesa la división entre responsabilidad *tout court* y responsabilidad *por*. No puede ser clasificada bajo una u otra de estas dos categorías. Al tratar de hacerlo, FEINBERG termina discutiendo la responsabilidad básica dos veces, sin darse cuenta que está discutiendo la misma cosa. La discute primero bajo el título de «responsabilidad *tout court*», donde se vuelve una clase de *competencia*. Y luego la discute nuevamente bajo el título de «responsabilidad *por*», donde deviene (o se asimila a) un tipo de *sujeción*. Las dos discusiones se ven severamente distorsionadas por esta separación forzada. En la próxima sección diré algo acerca de la mutación que hace FEINBERG de la responsabilidad básica en una clase de *sujeción*. Aquí quiero mostrar cómo se distorsiona la responsabili-

<sup>10</sup> A veces (por ejemplo, en los textos de derecho penal) la falta de la responsabilidad básica con fundamento en la minoría de edad o enfermedad mental se confunde con una excusa. No es difícil apreciar por qué: tanto las excusas como los supuestos de falta de responsabilidad, si resultan exitosos, son exculpatorios, y el distinguir las dos clases de exculpación puede resultar difícil en los casos de aplicación. Conceptualmente, no obstante, las dos clases de exculpación no podrían ser más diferentes: formular una excusa exitosa es una forma de exculpar la propia conducta mediante la afirmación, como opuesta a la negación, de la propia responsabilidad básica. Véase GARDNER, 2007b: 131-132 y 177-182.

dad básica — y cómo parece menos básica de lo que realmente es — debido a la otra mutación: su mutación en un tipo de competencia.

Las competencias, en el léxico de FEINBERG, son aptitudes de un tipo especial. Son aptitudes para ejecutar acciones con un significado normativo (o, para abreviar, «aptitudes normativas»). Por ejemplo:

el jefe de policía (a diferencia del juez de paz) carece de competencia para celebrar matrimonios ... [N]o se trata simplemente de que el jefe de policía carece de la pericia, de la habilidad, o de la técnica para casar personas; más bien carece de las características calificadoras que, de acuerdo con el derecho, darían efecto jurídico a sus palabras (FEINBERG, 1988a: 88).

El casar personas implica el ejercicio de una potestad normativa, de manera que se carece de la aptitud para casar personas si se carece de esa potestad normativa. Esa potestad, a su vez, es conferida por una norma. La norma crea la competencia. Todas las competencias son relativas a las normas que las crean. No todas las normas que crean una competencia son, no obstante, normas que confieren potestades. Como lo señala KELSEN, y FEINBERG concuerda con él, se puede también carecer de competencia de acuerdo con una norma que impone un deber (KELSEN, 1945: 90-91). Se carece de competencia porque, pese a que se tiene la aptitud para hacer lo que la norma exige o prohíbe, el que uno lo haga no califica como conformidad o violación de la norma y, por lo tanto, no tiene ninguna de las consecuencias normativas de la conformidad con las normas o la violación de normas. De ahí que:

Los perros, los niños y los locos carecen de competencia para cometer homicidio de la misma manera en que ... un ciudadano puede carecer de la «posición» jurídica para convertirse en parte demandante cuando su interés personal no ha sido directamente dañado (FEINBERG, 1988a: 88).

Los perros, los niños y los locos tienen la aptitud para matar, y quizás para hacerlo deliberadamente. En otras palabras, pueden tener la aptitud para actuar de formas tales que, si no fueran perros, niños o locos, calificarían como homicidio. Pero no obstante carecen de la aptitud para cometer homicidio, que es una aptitud normativa. Y ésta, según dice FEINBERG, es la misma clase de aptitud de la que se carece si uno no tiene responsabilidad *tout court*:

No se trata simplemente de que la persona no responsable [*tout court*] sea inadecuada para que se formulen a su respecto juicios de responsabilidad [esto es, juicios de «responsabilidad por»]; más bien, resulta totalmente descalificada de ellos. Las reglas hacen imposible para cualquiera que sea susceptible de tal descripción «jugar el juego» en absoluto (FEINBERG, 1988a: 87).

Adviértase que, si FEINBERG tiene razón sobre esto, la responsabilidad *tout court* se vuelve una responsabilidad en sentido derivado. Se necesita un análisis independiente de qué significa ser responsable *por algo* (por ejemplo, un tipo de sujeción a ser reprochado o castigado) a fin de identificar las normas de acuerdo con las cuales se es incompetente si no se es responsable *tout court*. La competencia que se confiere es competencia para ser responsable por cosas (sea lo que sea lo que esto signifique). Este rasgo de lo que dice FEINBERG puede llevar a sospechar que en esos pasajes no está tratando en absoluto de comprender la responsabilidad básica. Porque la responsabilidad que está discutiendo es responsabilidad solo en un sentido derivado, no en el sentido básico que nos interesa. Pero creo que FEINBERG está tratando de entender la responsabilidad básica. Su error al caracterizarla como una competencia explica su error al concluir que no es básica.

Cuando alguien tiene competencia en el sentido de FEINBERG, el ejercicio de esa competencia superviene sobre el ejercicio de alguna otra aptitud o aptitudes (no normativas)<sup>11</sup>. Para cometer homicidio se debe (*inter alia*) matar; para celebrar un matrimonio se debe (*inter alia*) llevar a cabo una ceremonia; para hacer un contrato se debe (*inter alia*) comunicar una intención, y así sucesivamente. El análisis de FEINBERG deja abierta la pregunta acerca de cuál debería ser la aptitud o aptitudes no normativas relevantes en el caso de quienes son responsables *tout court*. Y hace eso deliberadamente. De acuerdo con FEINBERG, al igual que con KELSEN, las aptitudes no normativas que deben ejercerse para ejercer una aptitud normativa pueden incluir cualquier aptitud no normativa posible que especifique la norma que crea esa competencia. El análisis de la responsabilidad *tout court* (o, de hecho, el de cualquiera de los restantes sentidos de responsabilidad que FEINBERG discute) no nos dice nada sobre quién de nosotros es responsable *tout court* y en virtud de qué aptitudes no normativas. De manera que nada excluye la posibilidad de que una norma establezca, por ejemplo, que solo los bebés y los psicóticos graves son responsables *tout court*. Después de todo, tiene aptitudes de las que el resto de nosotros carece, en particular la aptitud de ser serio y persistentemente insensibles a la razón. ¿Por qué no podría asociarse la responsabilidad *tout court* con esas aptitudes? ¿Por qué no podría haber una norma que confiriese a los bebés y a los psicóticos graves — y no al resto de nosotros — el estatus de responsables *tout court*?

La respuesta natural es: porque los bebés y los psicóticos graves, a diferencia del resto de nosotros, no son responsables *tout court*. A diferencia del resto de nosotros, no son el tipo de seres a los que las normas pueden

<sup>11</sup> Puede hacerlo indirectamente. A veces se ejerce una competencia ejerciendo otra competencia.

conferir competencias, porque no son el tipo de seres cuyas acciones pueden ser reguladas por normas. Las acciones de una persona pueden regularse a través de normas solo si ella es el tipo de ser que puede ser guiado por ellas. La guía mediante normas requiere guiarse por razones. Requiere que se tenga la aptitud de justificar u ofrecer excusas por las propias acciones, lo que significa al menos la aptitud infantil de señalar a una norma como una razón para hacer lo que se hace, si no la aptitud más madura de señalar razones adicionales que justifiquen el uso de esa norma. Los bebés y los psicóticos graves carecen incluso de esa aptitud infantil de ofrecer una justificación o excusa. Y no hay nada que una norma pueda hacer para conferirselas.

Si esta respuesta es sensata, entonces la responsabilidad *tout court* no es, básicamente, una competencia. Más bien se trata de una aptitud que se requiere poseer si se ha de tener alguna competencia. Constituye una objeción poderosa contra la explicación de FEINBERG de la responsabilidad *tout court* el hecho de que no podamos siquiera conferir sentido a la respuesta natural, y mucho menos justificarla, usando su análisis de la responsabilidad *tout court*. Porque en su análisis no tiene sentido ofrecer el hecho de que los bebés y los psicóticos graves no son responsables *tout court* como la razón por la cual ninguna norma puede hacerlos responsables en tal sentido. Porque en su análisis, el ser responsable *tout court* es simplemente una competencia conferida por una norma.

Existe, no obstante, una forma posible de reconstruir la respuesta natural que parecería conferirle sentido en los términos de FEINBERG. Se podría señalar — como lo hace el propio FEINBERG — que la responsabilidad *tout court* aparece tanto en el pensamiento moral como en el jurídico (o, en sentido más amplio, institucional). Desde el punto de vista moral, los bebés y los psicóticos graves no son agentes responsables porque las normas morales que confieren la competencia relevante — sea cual sea esa competencia — no se la confieren a los bebés ni a los psicóticos graves. No podemos cambiar esas normas porque no podemos cambiar la moral. Estamos atados a ella. Las normas jurídicas y otras normas institucionales, no obstante, pueden ser cambiadas por los seres humanos. Posiblemente esas normas institucionales pueden conferir la competencia relevante — sea cual sea ella — a cualquiera, basándose en cualquier posible aptitud. ¿Por qué no podría haber una norma jurídica que confiriese a los bebés y a los psicóticos graves, y no al resto de nosotros, el estatus de agentes responsables?

Bueno, por cierto que hay sobradas razones de por qué no podría haberlas. Entre ellas se cuentan, por ejemplo, razones morales. Cuando la gente brinda la respuesta natural — «porque los bebés y los psicóticos graves, a diferencia del resto de nosotros, no son responsables *tout court*» — quieren decir *moralmente* responsables. Están brindando una razón moral de por qué



los bebés y los psicóticos graves no deberían ser considerados responsables *tout court* de acuerdo al derecho. Están presuponiendo una razón moral adicional de acuerdo con la cual solo quienes son moralmente responsables deben ser considerados jurídicamente responsables. No están sosteniendo una tesis conceptual que implique la idea misma de responsabilidad *tout court*. La tesis no consiste en sostener que no es posible que los bebés sean responsables *tout court*, sino solo que es una muy mala idea hacerlo. Ello es así porque la responsabilidad es una competencia y puede ser conferida por una norma. Y, por supuesto, una norma puede aún ser criticada por su inmoralidad.

Ésta es una mala reconstrucción de la respuesta natural porque la pone de cabeza. Atribuimos responsabilidad a la gente en dos sentidos de «atribuir». Con frecuencia, de hecho, seleccionamos la palabra «atribuir» precisamente para poder ser ambiguos entre estos dos sentidos. A veces atribuimos responsabilidad a una persona en el sentido («constatativo») de llegar a la conclusión de que es responsable. A veces atribuimos responsabilidad a una persona en el sentido («performativo») alternativo de hacerla responsable: le conferimos responsabilidad mediante un ejercicio de nuestros poderes normativos<sup>12</sup>. Como se verá en la próxima sección, en ciertos sentidos de la palabra la responsabilidad puede seguramente ser conferida. La responsabilidad básica, sin embargo, no puede ser conferida. No es posible asumirla, imponerla, ser relevado de ella, ser eximido de ella, o someterla de alguna otra forma al ejercicio de un poder normativo. Esto es así tanto respecto de la responsabilidad básica *tout court* como de la responsabilidad básica *por algo*. Se trata de una limitación conceptual. Ninguna norma y, por lo tanto, ninguna persona dotada de un poder normativo, puede conferir una aptitud no normativa. El derecho no goza de ninguna exención respecto de esta limitación. Puede haber normas jurídicas que instruyan a otros (funcionarios, por ejemplo) a tratar a ciertas personas que no son básicamente responsables como si fueran básicamente responsables. Pero estas normas no hacen a esas personas básicamente responsables. En cambio, crean una ficción jurídica de responsabilidad básica. ¿Por qué se la debe considerar una ficción? Ya conocemos la respuesta natural: las normas —jurídicas, morales o de otro tipo— no pueden regular las acciones de quienes no pueden ser guiados por normas<sup>13</sup>. En tanto normas, deben interpretarse como si regularan las acciones de posibles usuarios de normas, y en este caso los usuarios de normas

<sup>12</sup> La distinción performativo/constativo fue introducida por J. L. AUSTIN en AUSTIN, 1962: 5. A AUSTIN le resultó difícil mantener la distinción y más tarde la abandonó. Este colapso provino de un error en la forma en que originariamente trazó la distinción. Véase la nota 18 *infra*.

<sup>13</sup> Ésta es una de las pequeñas verdades que a menudo se sobredimensionan para producir la gran falsedad de que «debe» implica «puede», esto es, que ninguna norma puede exigir que uno haga algo para lo cual carece de aptitud.

en cuestión deben ser aquellos que tienen la oportunidad de tratar a ciertas (otras) personas como si fueran básicamente responsables, dado que quienes son tratados de esa forma *ex hypothesi* no son posibles usuarios de normas pues no son básicamente responsables.

A menudo se presupone que, como el derecho es un producto de los seres humanos y, por ende, es capaz de generar graves inmoralidades, es capaz de generar absolutamente cualquier cosa ridícula. Pero esto es una confusión. El derecho no tiene mayor capacidad para desafiar su propia naturaleza que cualquier otra cosa. Los sistemas jurídicos son por naturaleza sistemas de normas, y algo que pretende regular las acciones de alguien que carece de responsabilidad básica no es (en lo que a eso respecta) una norma, y por eso no puede ser una norma jurídica. El derecho, al estar conformado por normas, solo es capaz de regular las acciones de quienes son básicamente responsables. Por ello, no existe nada semejante a una responsabilidad básica *jurídica*. Cuando hablamos de responsabilidad básica como «responsabilidad moral» (como a veces lo hacemos), eso no debería tomarse como una sugerencia de que existe cierta contraparte jurídica denominada «responsabilidad jurídica». En todo caso, deberíamos entender que ello implica precisamente lo opuesto. «Moral» significa aquí simplemente «lo que sea que el derecho (o cualquier otro) podría tratar de decir», porque la incidencia de esta responsabilidad es una cuestión sobre la cual el derecho, sean cuales sean sus pretensiones, no tiene ningún control posible.

¿Se trata de un prejuicio legalista en su pensamiento acerca de la responsabilidad lo que lleva a FEINBERG a confundir la responsabilidad básica con una competencia? Quizás. Hay algunos indicios de ese prejuicio en su trabajo. Pero pienso que existe también otro factor que influye. Al representar a la responsabilidad básica como una competencia, FEINBERG se esfuerza — y, al hacerlo, se esfuerza en demasía — para evitar el error opuesto y no menos grave en el que incurre HART en su explicación de la responsabilidad básica. «En la mayoría de los contextos», dice HART,

la expresión «él es responsable por sus acciones» se usa para afirmar que una persona tiene ciertas **capacidades normales** ... Tales capacidades son las de entender, razonar y controlar la conducta: la aptitud de entender qué conducta exigen las normas jurídicas o la moral, de deliberar y tomar decisiones de acuerdo con esas exigencias y de comportarse de conformidad con tales decisiones una vez tomadas. Dado que «responsable por sus acciones» en este sentido no se refiere a un estatus jurídico sino a ciertas características psicológicas complejas de las personas, puede decirse inteligiblemente que la responsabilidad de una persona por sus acciones se ve «disminuida» o «dañada», o se encuentra ausente por completo (HART, 1968: 227-228).



Con seguridad HART tiene aquí en mente a la responsabilidad básica. La denomina «responsabilidad como capacidad», y capta correctamente algunas de sus características. Tiene razón al concebirla como una aptitud. Tiene razón al pensar que se trata de una aptitud para usar razones (incluyendo normas), y tiene razón al pensar que ello implica una aptitud para guiarse por esas razones. Pero el contraste que se plantea en el final del párrafo —entre la responsabilidad como estatus jurídico y la responsabilidad como un conjunto de características psicológicas— es gravemente engañoso. Es correcto que la responsabilidad básica no es un estatus jurídico. Pero se trata, en cierto sentido, de un estatus moral. Como el propio HART lo advierte, la moral no puede sino dar prominencia a dicha aptitud. ¿Por qué ha de ser así? HART dice, sin mucha convicción, que es así debido al modo en que «se entiende en el presente a la moral» (HART, 1968: 230). Pero de hecho la explicación va mucho más a fondo. Permítaseme explicarlo.

Un agente básicamente responsable no solo tiene la aptitud de ofrecer justificaciones y excusas por lo que hace. También está adecuadamente dispuesto para ofrecer justificaciones y excusas por lo que hace, y es adecuado esperar de él tales justificaciones y excusas. Podría preguntarse qué es lo que hace que estas disposiciones y expectativas sean adecuadas. Para responder resulta tentador imaginar una división del trabajo entre cuestiones empíricas y cuestiones morales. En primer lugar, hay aptitudes no normativas que los seres humanos normalmente poseen («ciertas características psicológicas complejas de las personas»). Además, existe cierta norma moral que vuelve prominentes a esas aptitudes para ciertos propósitos (como la adquisición de la calidad de estar sujeto a castigo o del deber de reparar o disculparse). Esta norma confiere un estatus —en el sentido de una competencia— moral a los seres humanos normales en virtud de que poseen aptitudes normales. Llegados a este punto, la pregunta sería ahora: ¿deberíamos pensar que nuestra responsabilidad básica consiste en ser competentes de acuerdo con esa norma moral (la respuesta de FEINBERG), o más bien que nuestra responsabilidad básica consiste en poseer las «características psicológicas complejas de las personas» que la norma moral vuelve prominentes (la respuesta de HART)?

En lo que respecta a la responsabilidad básica no existe tal división del trabajo ni tampoco esa pregunta, por lo que ambas respuestas son equivocadas. Ninguna norma moral, ni ninguna otra razón, hace que resulte adecuado que expliquemos nuestra conducta racionalmente. Para decirlo de otro modo, la aptitud para ofrecer justificaciones y excusas no requiere de argumentación a favor de su propio ejercicio. Se justifica por sí misma. Imagínese que alguien pregunta «¿por qué debemos usar razones?». La pregunta únicamente puede interpretarse como una exigencia de razones. De manera que se responde por sí misma. Si uno no se encuentra previamente dispuesto

a usar razones, ¿cuál sería el sentido de requerir una?<sup>14</sup> Como seres racionales (seres capaces de usar razones) no hay otra cosa que podamos hacer más que usar razones. Estamos atados a ellas. Apenas tomamos conciencia de su existencia —cuando comenzamos a preguntar a nuestros padres «¿por qué?»—, ellas empiezan a ejercer su inexorable dominio sobre nosotros. Ese dominio no es solo empírica sino también conceptualmente inexorable. No es posible tener la aptitud de usar razones pero dejando abierta la cuestión de si se las debe usar. Eso indica en qué sentido ser básicamente responsable constituye un estatus moral. No es algo que resulta relevante para lo que se debe hacer porque cierta norma así lo dispone. Resulta relevante sea que así lo establezca cierta norma o no. De manera que incluso si aboliésemos todas las prácticas (juicios, castigos, reparaciones, recriminaciones, expiaciones, etc.) para las cuales se supone que nuestra responsabilidad básica es relevante, y volviéramos así controvertibles todas las normas morales que regulan esas prácticas, todavía no habríamos logrado suprimir la importancia moral omnipresente de nuestra responsabilidad básica. Sería todavía adecuado que expliquemos nuestra conducta usando razones, aunque nada más se siga de ello.

Se podría decir que soy culpable, aquí y en términos más generales, de una ambigüedad. Supóngase que es verdad que, como seres racionales, no podemos sino usar razones, en el sentido de que no podemos sino guiarnos por ellas. ¿No es ciertamente algo bien distinto sostener que no podemos sino usarlas nuevamente, después de guiarnos por ellas, a fin de explicar lo que hicimos? Ciertamente hay aquí dos usos diferentes de razones, y dos aptitudes diferentes. ¿Cuál de esas aptitudes es aquella en la que consiste nuestra responsabilidad básica? ¿Consiste en la aptitud de tener justificaciones y excusas o en la aptitud de ofrecerlas?

No necesitamos escoger: se trata de la misma aptitud, la aptitud que los antiguos conocían como *logos*. Quienes son capaces de usar razones están adecuadamente dispuestos a usarlas, y adecuadamente esperamos de ellos que las usen, para lo que sea que haya que usarlas. Y están allí para ser usadas tanto para guiar como para explicar. Por supuesto, la explicación misma es otra acción, y también requiere de guía mediante razones. Las razones que guían el acto de explicar la propia conducta no son solo las razones que se mencionan en él —aquellas que constituyen la explicación—, sino también aquellas que se refieren a si la explicación debe ofrecerse y, de ser así, con qué carácter, a quién, y así sucesivamente. Sin duda existen ocasiones en las que no se tiene el deber de ofrecer ninguna justificación o excusa. A veces, quizás, se tiene el deber de no hacerlo. Y sin duda, incluso cuando

<sup>14</sup> Estoy adaptando aquí el argumento usado por John FINNIS en FINNIS, 1977.

existe el deber de hacerlo, a veces se tiene una justificación o excusa para dudar o para negarse a ofrecer las propias justificaciones o excusas como tales. No obstante, como ser racional, uno está adecuadamente dispuesto a ofrecerlas y adecuadamente se espera que las ofrezca.

## 2. RESPONSABILIDAD RESULTANTE

En un segundo sentido —que llamaré «responsabilidad resultante»— son responsables quienes son individualizados para cargar con las consecuencias normativas adversas de las acciones incorrectas (o deficientes en otro sentido)<sup>15</sup>. Esas consecuencias son normativas en dos aspectos. En primer lugar, se trata de cambios en la posición moral o jurídica (o normativa en otro sentido) de alguien. En segundo lugar, son producidas por la violación de una norma (moral, jurídica, o de otro tipo) por parte de alguien. En otros aspectos son muy variadas. Alguien puede adquirir el deber o permiso de castigar, de formular reproches u otros tipos de respuestas «culpabilizadoras» respecto de la persona responsable. La propia persona responsable puede adquirir el deber de reparar o restituir, o de disculparse o pedir perdón. Puede perder el derecho a reparación o restitución por parte de otro. También puede adquirir un deber de justificar o excusar su acción. Aquí ya se puede advertir una conexión entre la responsabilidad básica y la responsabilidad resultante. El deber de explicar la propia conducta, de ejercer la aptitud propia de un agente básicamente responsable, puede ser una de las consecuencias normativas del acto incorrecto que se comete. En cierta forma, como sugiere LUCAS, ésa es la consecuencia normativa más natural de todas, porque le confiere prominencia normativa a una acción que los seres humanos, por su naturaleza, están inclinados a adoptar.

Tanto HART como FEINBERG prefieren hablar de «sujeciones» para referirse a lo que yo llamo «consecuencias normativas». De hecho, HART habla de «responsabilidad como sujeción» en lugar de responsabilidad resultante. Esto me parece por una parte demasiado restringido y por otra demasiado amplio. Demasiado restringido porque la sujeción de una persona se corresponde con la potestad normativa de otra<sup>16</sup>. Sin embargo, no toda consecuencia normativa de una acción incorrecta implica la adquisición o ejercicio

<sup>15</sup> La expresión «responsabilidad resultante» se debe a DWORKIN, 2000: 287. A veces el uso de la responsabilidad resultante se extiende, por analogía, para abarcar las consecuencias normativas bienvenidas de las acciones supererogatorias (o admirables en otro sentido). Ignoraré esa extensión aquí.

<sup>16</sup> Véase HOFFELD, 1989: 58-59.

de una potestad normativa. Por ejemplo, si bien en algunos casos la consecuencia normativa de la acción incorrecta de *F* podría consistir en que *G* adquiriera la potestad de imponer sobre *F* un deber de reparar, en otros casos la consecuencia normativa puede ser simplemente que *F* adquiere el deber de reparar, sin que *G* tenga ninguna potestad respecto de la imposición de ese deber. Un caso de la segunda clase no implica, en sentido estricto, una sujeción, pero sí una consecuencia normativa. Por otra parte, no todas las sujeciones son consecuencias normativas. Mi asegurador, por ejemplo, puede estar sujeto a pagar por los daños que una tormenta provocó sobre mi casa. El asegurador puede ser responsable de pagar por esos daños, pero en otro sentido. HART llama a ese sentido «responsabilidad por la posición» (HART, 1968: 212-214), y para FEINBERG se trata de una suerte de «responsabilidad para lo futuro» (FEINBERG, 1988b: 95-99). Lo cierto es que esto no es responsabilidad resultante, porque la sujeción a pagar no es una consecuencia normativa de la violación de ninguna norma por ninguna persona. La tormenta no hizo nada malo, y de hecho no era capaz de hacer algo malo (porque carece de responsabilidad básica). ¿Sería distinto si estuviera asegurado contra el vandalismo en lugar de contra daños provocados por una tormenta? Quizás. Dependería, creo, de si la sujeción del asegurador se basa en el hecho de que el vandalismo es un ilícito, una acción que viola una norma. Por supuesto, probablemente mi póliza de seguros resultará indeterminada en lo que a eso respecta. Pero eso no importa: lo que importa es que no toda sujeción, sea jurídica o moral, implica consecuencias normativas adversas en el sentido que aquí nos interesa. En lo que sigue trataré las referencias de HART y FEINBERG a sujeciones como si fueran referencias a consecuencias normativas. De hecho, HART y FEINBERG dejan claro que eso es lo que tienen en mente, esto es, reconocen que emplean el término «sujeción» en un sentido estipulativo.

¿Entonces tener responsabilidad resultante es sencillamente lo mismo que ser punible, reprochable, estar obligado a enmendar, etc.? ¿Se debe identificar a la responsabilidad en cada caso con la consecuencia normativa? El tratamiento de FEINBERG de lo que denomina «responsabilidad retrospectiva» («responsabilidad por hacer  $\Phi$ », donde  $\Phi$  es algo que alguien ya ha hecho) se fragmenta en varias subdiscusiones, y en ocasiones, sin advertirlo, termina nuevamente en la responsabilidad básica, la cual a su vez asume en ocasiones la forma de una sujeción. Pero aquí parece estar hablando más directamente sobre la responsabilidad resultante:

Decir que una persona, después de un hecho, es responsable de algo puede significar que ... está por ello sujeto a (es adecuadamente pasible de) una respuesta adicional (una abierta atribución de culpa, un reclamo civil, un elogio, una recompensa, etc.) (FEINBERG, 1988b: 110).

Aquí FEINBERG trata a la responsabilidad como si ésta implicara a la sujeción. HART, quien previamente había asumido una posición muy similar (HART, 1968: 196), la abandona por considerarla demasiado simple. El ser responsable en el sentido relevante no implica estar sujeto a ciertas respuestas, aunque las ideas relevantes de responsabilidad y de sujeción están «estrechamente conectadas» (HART, 1967a: 350). ¿Cuál es esa conexión estrecha? Tener responsabilidad como sujeción, dice HART, consiste en satisfacer «un cierto abanico de condiciones» de sujeción — «principal, pero no exclusivamente, [condiciones] psicológicas» — «asumiendo que todas las restantes condiciones se satisfacen» (HART, 1967a: 351). En contextos extrajurídicos (o «morales»), dice HART, la sujeción relevante es usualmente una exposición a respuestas autorizadas atributivas de culpa por parte de otros, también conocida como «reprochabilidad» (HART, 1968: 225). Algunos de hecho hablan de «responsabilidad moral» y «reprochabilidad» como si fueran expresiones intercambiables. Pero HART afirma que ser moralmente responsable en el sentido relevante no es ser reprochable. Consiste más bien en satisfacer «un cierto abanico de condiciones» de reprochabilidad. Hay condiciones necesarias adicionales de la reprochabilidad que no son condiciones de responsabilidad moral del acto reprochado. HART agrega que esto es verdad pese a que se discutan las condiciones de la responsabilidad moral del acto reprochado como condiciones de responsabilidad moral solo cuando se concede (al menos por hipótesis) que las restantes condiciones de reprochabilidad se cumplen.

La propuesta de HART decididamente parece ser superior a la de FEINBERG. Luego de un infortunio, se podría decir inteligiblemente «soy responsable por eso» o «asumo la responsabilidad por eso» de un modo que ya da lugar al espectro de consecuencias normativas, dejando abierta (para su ulterior discusión) la cuestión de si surgen realmente consecuencias normativas y, de ser así, cuáles (¿punibilidad?, ¿el deber de reparar?, ¿la pérdida del derecho a obtener reparación?, etc.). Pero entonces, podríamos preguntar, ¿cómo se supone que difiere la responsabilidad resultante de la responsabilidad básica, si el poseedor de esta última (según HART) también satisface «un cierto abanico de condiciones» de sujeción que son «características psicológicas complejas»? La lista de HART de (posibles) condiciones de responsabilidad resultante es más larga que su lista de condiciones (reales) de responsabilidad básica. Incluye, por ejemplo, tanto condiciones de tipo causal como de tipo psicológico. Eso resulta importante, y pronto volveré sobre este punto. Pero la propuesta primordial de HART para distinguir la responsabilidad básica de la responsabilidad resultante es la siguiente. El hablar de responsabilidad en sentido resultante es ya necesario para que surja la cuestión de la reprochabilidad, la punibilidad o alguna otra consecuencia normativa. En cambio, se puede hablar en forma inteligible de responsabilidad básica (la



«responsabilidad como capacidad» de HART) incluso «cuando ninguna cuestión particular de reproche o castigo está en discusión» y «simplemente para describir las condiciones psicológicas de una persona» (HART, 1968: 228).

Ya sabemos, a partir de nuestra discusión sobre la responsabilidad básica, que este contraste es exagerado. La responsabilidad básica es un estatus moral. Aunque puede ocurrir que el derecho no la refleje correctamente al atribuir consecuencias normativas a las acciones, la moral no puede sino hacerlo. ¿No es el caso entonces que, al menos en el pensamiento moral sensato, la responsabilidad básica y la responsabilidad resultante tienden a converger? No exactamente. He aquí algunas diferencias importantes entre las dos que resultan de nuestra discusión sobre la responsabilidad básica y que permanecen incluso luego de que la exageración de HART queda expuesta.

(1) Tener responsabilidad resultante es estar en una cierta clase de posición normativa por una cierta clase de razón. Tener responsabilidad básica, en cambio, es tener una cierta clase de aptitud. En algunos casos, por cierto, es parte de nuestra posición normativa como poseedores de responsabilidad resultante que se nos exija o permita ejercer nuestra aptitud como poseedores de responsabilidad básica. La consecuencia normativa más natural de un ilícito, como dije, es que uno adquiere el deber de explicar la propia conducta ofreciendo una justificación o excusa por lo que hizo. A menudo, de hecho, ésta es la primera consecuencia normativa de un ilícito, en el sentido de que la exposición a ciertas otras consecuencias normativas, como el castigo, depende de lo bien que uno ejecute el deber de explicar la propia conducta. No obstante, el deber de explicar la propia conducta no es nuestra responsabilidad básica ni la implica. Quienes poseen responsabilidad básica tienen una aptitud que, como señalé antes, se espera adecuadamente que usen. De hecho es racionalmente defendible, si todo lo demás permanece igual, que la usen. Pero una cosa bien diferente es si se les exige o se les permite usarla, y en qué circunstancias, dirigiéndose a quién, etc. Éstas son cuestiones de responsabilidad resultante más que de responsabilidad básica. Un rasgo distintivo de la diferencia es que la responsabilidad resultante puede ser responsabilidad *hacia* alguien, de modo que uno debe ofrecer una explicación de la propia conducta a esa persona, o (dicho de otra manera) que esa persona tiene el derecho de que le ofrezcamos una explicación de la propia conducta<sup>17</sup>. La responsabilidad básica no puede ser responsabilidad hacia alguien, aunque puede ser, *pace* FEINBERG, responsabilidad por algo.

(2) Debido a que la responsabilidad resultante es impuesta por una norma (por la norma moral, jurídica, o de otro tipo que correlaciona la con-

<sup>17</sup> A veces reservamos la expresión «deber de rendir cuentas» para ese caso. Véase GARDNER, 2007b: 194-200.

secuencia normativa en cuestión), las condiciones para la responsabilidad resultante pueden variar. Aquí estoy pensando en las condiciones *materiales* de la responsabilidad resultante, como opuestas a las *conceptuales*. Con frecuencia se considera que el libre albedrío es una condición de la responsabilidad moral, en el sentido de que nadie posee responsabilidad resultante en el ámbito moral (lo que usualmente se califica como ser «moralmente reprochable») sin él. Esta propuesta me parece engañosa por distintas razones. Pero dejemos eso de lado por ahora. La cuestión ahora es que incluso si el libre albedrío es una condición de la responsabilidad resultante en el ámbito moral, no constituye una condición conceptual. Quienes están en desacuerdo sobre si se requiere el libre albedrío para que haya responsabilidad moral no están por ello comprometidos a estar en desacuerdo acerca del concepto mismo de responsabilidad moral que es relevante para su desacuerdo. Se puede estar de acuerdo sobre las condiciones conceptuales pero en desacuerdo sobre las condiciones materiales. Esta división entre condiciones materiales y conceptuales puede y debe trazarse respecto de la responsabilidad resultante, pero no puede trazarse respecto de la responsabilidad básica. Eso se debe a que las condiciones materiales de la responsabilidad básica se encuentran entre las condiciones conceptuales de la responsabilidad básica. Este hecho explica por qué HART trata de analizar el concepto de responsabilidad básica *exclusivamente* en términos de sus condiciones materiales, esto es, como un conjunto de «características psicológicas complejas de las personas», sin ninguna implicación moral intrínseca. Eso es un error, como hemos visto, pero es un error que refleja una idea. Las condiciones materiales de la responsabilidad básica, a diferencia de las de la responsabilidad resultante, están determinadas conceptualmente y permanecen constantes en todas las normas. Ésa es una de las principales razones por las cuales la responsabilidad básica se hace acreedora de su nombre.

(3) La tercera diferencia es una consecuencia de la segunda. Como ya se señaló, la responsabilidad básica no puede ser asumida, impuesta, asignada, transferida, excluida, etc., cuando ello implica el ejercicio de alguna potestad normativa sobre su incidencia. El derecho, por ejemplo, no puede hacer que uno sea básicamente responsable cuando no lo es, ni puede hacer que uno deje de ser básicamente responsable cuando lo es. En el mejor de los casos puede fabular la ficción de que uno posee responsabilidad básica, o carece de ella, para determinados propósitos. La responsabilidad resultante, por otro lado, puede ser otorgada, quitada o alterada de otro modo por el derecho o por otras autoridades sin ningún dejo de ficción. Se diferencia de la responsabilidad básica en que se la contrae de acuerdo con y en virtud de una norma, una norma que correlaciona ciertas consecuencias, bajo ciertas condiciones, a la violación de otra norma. Esa norma que correlaciona una consecuencia en principio puede ser creada o revocada por una autoridad. De

igual modo, esa norma puede ser creada o revocada mediante una promesa, un contrato, un acuerdo, etc. De manera que la responsabilidad resultante, a diferencia de la responsabilidad básica, puede ser tanto autoimpuesta como impuesta a otros. Considérense expresiones familiares tales como «os hago responsable», «acepto la responsabilidad», y «no se me hará responsable». Cuando se refieren a la responsabilidad resultante, se trata de expresiones típicamente performativas que están orientadas a poner al mundo en línea con ellas, para volverse verdaderas efectuando cierto cambio de posición normativa. En cambio, cuando se refieren a la responsabilidad básica, las mismas expresiones solo pueden interpretarse como constatativas, orientadas a captar una verdad que se mantiene bien alejada de la expresión<sup>18</sup>.

(4) La cuarta diferencia es, a su vez, consecuencia de la tercera. Como ya hemos visto, uno solo tiene responsabilidad básica por las propias acciones (incluyendo, por supuesto, las propias acciones de contribuir a las acciones de otros). Esto explica por qué, como señala HART, la expresión «él es responsable por sus acciones» es normalmente usada para referirse a la responsabilidad básica (HART, 1968: 227). Por otro lado, uno puede tener responsabilidad resultante por las acciones de otros sin contribuir a esas acciones. Esta forma de responsabilidad resultante se conoce en el derecho bajo el nombre de responsabilidad «vicaria». Se la adquiere en virtud de un acto voluntario (prometer, contratar, acordar, o consentir adquirirla) o al ingresar en ciertas relaciones o posiciones en las cuales configura una incidencia (por ejemplo, ser empleador, ser padre, ser un ministro del gobierno). Como la identidad de la persona responsable en los casos de responsabilidad resultante no es previsible, hablar de responsabilidad resultante, a diferencia de hablar de responsabilidad básica, cumple con una función de señalamiento o atribución. Responde a la pregunta «¿quién?». Presupone (al menos *ad arguendo*) que hay ciertas consecuencias normativas adversas que deben ser soportadas por alguien, y responde a la pregunta de quién ha de soportarlas<sup>19</sup>.

Esto da lugar a una reformulación amigable de la explicación de HART del concepto de responsabilidad resultante. Podríamos decir: A tiene responsabilidad resultante si y solo si, en caso de que se cometa un ilícito, algunas o todas las consecuencias normativas de ese ilícito deben ser soportadas por A. Esta reformulación permite apreciar qué es lo que confiere unidad al «cierto abanico de condiciones» superficialmente heterogéneas que, según

<sup>18</sup> Estoy tomando prestada de John SEARLE la forma de trazar la distinción (SEARLE, 1989). SEARLE supera los errores devastadores en los que incurriera AUSTIN en su intento originario de captar la distinción (véase n. 12 *supra*).

<sup>19</sup> Esto genera una conexión entre la responsabilidad resultante y la justicia, siendo la justicia la virtud moral de quienes atribuyen. Véase GARDNER, 2000.



HART, cuentan como condiciones materiales de la responsabilidad resultante. Considérense las condiciones materiales bajo las cuales uno soporta una cierta consecuencia normativa de un ilícito. Ahora sustráigase el hecho de que se trató de un ilícito y, por ende, las condiciones materiales para que lo fuera. Lo que nos queda son las condiciones materiales de la responsabilidad resultante (relativas a esa consecuencia normativa particular). De manera que las condiciones «psicológicas» y «causales» que HART menciona son condiciones materiales de la responsabilidad resultante solo si no se cuentan entre las condiciones materiales de la ilicitud de la acción. Ésta es una restricción importante. Algunos ilícitos, aunque no todos ellos, son causales (esto es, no se cometen excepto contribuyendo, con frecuencia de un modo específico, a un resultado determinado). Algunos ilícitos, aunque no todos ellos, son intencionales o premeditados (esto es, no se los comete a menos que uno quiera cometerlos o, según sea el caso, a menos que uno se dé cuenta de que los está cometiendo). Cuando se trata de ilícitos de estos tipos, ciertas condiciones «causales» y «psicológicas» no son, *pace* HART, condiciones materiales de la responsabilidad resultante por la comisión de un ilícito, porque pertenecen a las condiciones materiales del propio ilícito. [Por supuesto, algunas de ellas podrían todavía ser condiciones materiales de la responsabilidad en algún otro sentido. Las condiciones causales, por ejemplo, pueden ser condiciones materiales de lo que HART llama «responsabilidad causal», que no discutiré aquí (HART, 1968: 214-215)].

Si esto es verdad, tenemos un enigma. HART relaciona la responsabilidad resultante con la responsabilidad básica de la siguiente forma. De las condiciones de la responsabilidad básica escribe:

Estos [también] constituyen los criterios más importantes de la responsabilidad como sujeción moral, aunque es una característica de la mayoría de los sistemas jurídicos que solo han dado un reconocimiento tardío a todas estas capacidades como criterios de responsabilidad jurídica (HART, 1967a: 360).

De manera que, para HART, las condiciones de la responsabilidad básica figuran entre las condiciones materiales (los «criterios») de la responsabilidad resultante, al menos en la moral. ¿Pero no acabamos de ver que esto no puede ser verdad? Las condiciones materiales de la responsabilidad resultante excluyen las condiciones materiales del ilícito. ¿Pero no es que las condiciones materiales del ilícito incluyen las condiciones de la responsabilidad básica? No se puede cometer un ilícito a menos que se pueda violar una norma, y no se puede violar una norma a menos que uno sea el tipo de ser —un ser básicamente responsable— que puede guiarse por normas. Sin duda se sigue que las condiciones materiales de la responsabilidad resul-

tante también excluyen las condiciones de la responsabilidad básica. Esta conclusión puede parecer contraintuitiva, porque rompe una conexión obvia que uno espera encontrar entre los dos sentidos de responsabilidad: a saber, que la responsabilidad resultante depende de la responsabilidad básica.

¿Pero es esto realmente así? Subsiste la posibilidad de que la responsabilidad básica sea una *precondición* material, si bien no una *condición* material, de la responsabilidad resultante<sup>20</sup>. Llamaré a esto la «conexión rudimentaria» entre la responsabilidad básica y la responsabilidad resultante. Significa que se debe ser básicamente responsable, o al menos asumir que se es básicamente responsable, para que surja desde el vamos la cuestión de la responsabilidad resultante. Solo entonces se puede pasar a examinar si las condiciones materiales de la propia responsabilidad resultante se satisfacen.

¿Se sostiene esta conexión rudimentaria? Parece que es preciso que lo haga. Más aún, se trata de una conexión conceptual: para que pueda haber un ilícito que tenga consecuencias normativas debe (conceptualmente) haber alguien que lo cometa. Y quien lo cometa, como vimos, debe (conceptualmente) ser un agente básicamente responsable. Esta respuesta simple, no obstante, no se mantiene simple por mucho tiempo. ¿No hay casos en los que una ficción de responsabilidad básica puede, en forma moralmente adecuada, sostenerse en el derecho (o en otros diseños institucionales), de modo que la anunciada precondición de la responsabilidad resultante pueda ser tratada como satisfecha cuando en realidad no lo está? ¿Y qué ocurre con el hecho de que la responsabilidad resultante, a diferencia de la responsabilidad básica, puede ser vicaria? Aquí *F* es quien comete el ilícito, pero *G* es quien tiene responsabilidad resultante. En ese caso, ¿la responsabilidad básica de *F* o la de *G* es la que ha de satisfacer la anunciada precondición?

Éstas son cuestiones problemáticas. Pero se trata de cuestiones relativas a la justificación de normas particulares, y no son esas las cuestiones que quiero enfatizar para mis propósitos actuales. En cambio, quiero centrarme en las consecuencias de la conexión rudimentaria respecto del modo en que se piensa, más en general, sobre la importancia moral de la responsabilidad básica y la responsabilidad resultante. Una idea corriente es que la conexión rudimentaria apunta a una forma de explicar la importancia moral de la responsabilidad básica. La importancia moral de la responsabilidad básica proviene de su papel como una precondición de la responsabilidad resultante (moralmente defendible), la cual es moralmente importante debido a la importancia moral independiente de las diversas consecuencias normativas

<sup>20</sup> Para una sugerencia similar, véase Duff, 1998. También dejo abierta la posibilidad de que la responsabilidad básica sea una precondición, más que una condición, del ilícito.

adversas comprendidas bajo su alcance. Estas consecuencias son moralmente importantes por lo indeseadas que resultan para la persona que está sujeta a ellas. Ellas amenazan sus intereses. La explicación comienza, en otras palabras, con el interés que la gente tiene en no ser castigada, obligada a pedir disculpas, etc., y desde allí se retrotrae a la importancia moral de su responsabilidad básica. En otro lugar he llamado a esto la «historia hobbesiana» (GARDNER, 2007b: 179). Torna a la propia responsabilidad, tanto a la resultante como (por consiguiente) a la básica, en algo que debe ser *ceteris paribus* evitado, eludido, rechazado, etcétera.

Pero se podría igualmente invertir toda la explicación. Se podría igualmente sostener: la importancia moral de esas consecuencias normativas adversas que caen bajo la égida de la responsabilidad resultante (moralmente defendible) es, al menos en parte, debida al hecho de que quienes están sujetas a esas consecuencias tienen responsabilidad básica como precondition de ellas. Piénsese de nuevo lo que significa «considerar responsable a una persona». Como dije, este giro lingüístico puede interpretarse performativamente en relación con la responsabilidad resultante, pero solo constatatativamente en relación con la responsabilidad básica. No obstante, adviértase que incluso leído en contexto, ese giro lingüístico a menudo es ambiguo entre esas dos interpretaciones bien diferentes. Esta ambigüedad, me parece, no resulta confusa sino reveladora. Refleja el hecho de que una razón muy poderosa para considerar que alguien tiene responsabilidad resultante (en el sentido performativo de «considerar») es que al hacerlo se lo considera básicamente responsable (en el sentido constatatativo de «considerar»). Se afirma la responsabilidad básica de *H*, en otras palabras, imponiendo responsabilidad resultante sobre *H*. Esto se conecta con la idea, bosquejada más arriba, de que los seres humanos son derrotablemente responsables en sentido básico. De esto se sigue que uno trata a *H* como un ser humano solo si, en ausencia de condiciones derrotantes, trata a *H* como básicamente responsable. Y eso, a su vez, da razones para imponer responsabilidad resultante sobre *H* cuando *H* es de hecho básicamente responsable, esto es, en ausencia de condiciones derrotantes. Porque imponer responsabilidad resultante sobre *H* es afirmar la responsabilidad básica de *H*, lo cual es también afirmar humanidad de *H*. Esto es verdad, por cierto, incluso si la responsabilidad resultante que se impone sobre *H* es de un tipo, como el deber de reparar o el deber de restituir, que relativamente no se ve afectado por las justificaciones y excusas de *H*. La afirmación de la humanidad de *H* no reside en vincular su responsabilidad resultante con su *éxito* en explicar su propia conducta (aunque eso a veces es requerido por razones independientes, como en el caso del castigo y otras reacciones de reproche). Reside más bien en reconocer su *aptitud* para explicar la propia conducta, su responsabilidad básica, volviéndolo un candidato a la responsabilidad resultante. Esto es posible, a

su vez, porque la conexión rudimentaria se sostiene entre la responsabilidad básica y la resultante. Aquí nos encontramos con lo que en otro lugar he llamado la historia «aristotélica» (GARDNER, 2007b: 179). Torna a la propia responsabilidad, tanto a la básica como (por consiguiente) a la resultante, en algo que debe ser valorado, afirmado, sostenido, etcétera.

Todavía tiendo a pensar, como lo hice cuando apliqué por primera vez estas denominaciones, que ambas historias son sensatas pero que la hobbesiana ha gozado de un ascendiente en el pensamiento moderno demasiado a las expensas de la aristotélica. Creo que ésta es también la queja de LUCAS. Tanto FEINBERG como HART, cada uno a su manera, son blancos aptos para esa queja. Ya sabemos que FEINBERG asigna una prioridad lógica a la responsabilidad resultante. Explica la responsabilidad básica como una competencia para ser subsumible en normas, incluyendo normas morales, de responsabilidad resultante. Esto apunta a la responsabilidad resultante como la fuente de la importancia moral de la responsabilidad básica, porque toda competencia debe su importancia moral a las normas para cuya subsunción ella confiere competencia. Cuanta mayor importancia moral tengan las normas, mayor importancia moral tendrá la competencia. HART, por supuesto, no cae en la misma trampa de la misma forma, porque no entiende a la responsabilidad básica como una competencia. Sin embargo, cae en la misma trampa de forma diferente. Comprende a la responsabilidad básica como una aptitud compuesta (correcto), que no es a su vez un status moral (incorrecto). Dado que para él no es en sí misma un estatus moral, ha de tomar la importancia moral que posea de otro lugar. ¿De dónde? La única sugerencia de HART es que debe su importancia moral al hecho de que es una condición material de la responsabilidad resultante de acuerdo con la «moral tal como se la entiende en la actualidad» (HART, 1968: 230). De manera que HART, al igual que FEINBERG, ayuda a preservar el ascendiente de la historia hobbesiana.

### 3. DOS VARIEDADES DE RESPONSABILIDAD

He restringido mi atención solo a dos de las muchas «variedades de la responsabilidad» (tomando prestada la frase de HART) filosóficamente interesantes. He restringido mi atención a la responsabilidad básica y a la responsabilidad resultante. No he sostenido que la responsabilidad básica sea desde el punto vista lógico la más básica de las dos, en el sentido de que no se pueda captar la naturaleza de la responsabilidad resultante salvo en términos de ella. Simplemente he rechazado la visión opuesta tal como la expone FEINBERG. Tampoco he sostenido que la responsabilidad básica sea desde el punto de vista moral la más básica de las dos, en el sentido de que

la importancia moral de la responsabilidad resultante se derive enteramente de la importancia moral de la responsabilidad básica. Más bien, he sugerido que aquí hay una calle de dos sentidos. Tanto la historia hobbesiana como la historia aristotélica explican ambas partes de la verdad. ¿Entonces por qué —podría pretenderse que se lo recuerde— se denomina «básica» a la responsabilidad básica? Hay más de una explicación, pero la principal es que gran parte de nuestras vidas morales —de hecho, todo lo que hace que nuestras vidas sean vidas morales— depende de que la poseamos. Somos agentes morales en la medida en que somos básicamente responsables. Por esto la historia hobbesiana acerca de la importancia de la responsabilidad básica sea más superficial que la aristotélica. Porque reduce a una función especializada en seleccionar personas para que carguen con consecuencias normativas adversas algo que, correctamente entendido, se encuentra en el corazón mismo de toda vida y experiencia característicamente humanas.



**TERCERA PARTE**  
**CAUSALIDAD EN EL DERECHO**





CAPÍTULO VIII

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE CAUSATION  
IN THE LAW DE HART Y HONORÉ<sup>1</sup>**

Judith JARVIS THOMSON

1. Es un gran libro, nada menos. Diré algo sobre el final sobre qué es lo que hace de él un gran libro, pero en lo que quiero centrarme es en lo que le ha ocurrido desde su aparición a una de sus más importantes tesis.

HART y HONORÉ —de aquí en adelante H&H— recomendaron que se opte por una cierta fórmula para regular lo que significa que una cosa *x* sea lo que denominaron un «factor causalmente relevante» en la ocurrencia de una cosa *y*. Expusieron que para que *x* haya causado *y* se requiere algo más de *x* que el hecho de que haya sido un factor causalmente relevante en la ocurrencia de *y*. Comentaré esa idea más tarde. Por el momento, no obstante, consideraré que H&H tenían en mente el causar, no solo el ser un factor causalmente relevante. Al interpretar su fórmula de un modo actualmente familiar, el análisis del causar que se deriva resulta atractivo, y estimo que tiene simpatizantes entre los teóricos jurídicos de la actualidad. Por consiguiente, voy a dirigir la atención sobre ciertas dificultades serias que presenta, sobre las que los filósofos han dirigido la atención, dificultades en virtud de las cuales la rechazan.

Pero primero efectuaré tres comentarios preliminares.

---

<sup>1</sup> HART y HONORÉ, 1959.

## 2. Primer comentario preliminar

H&H, como muchos teóricos del derecho, usaron las palabras «necesario» y «suficiente» al discutir la causalidad, y esos términos son ambiguos: sencillamente no sabemos lo que la gente nos está diciendo sobre la causalidad cuando emplean esas palabras a menos que explícitamente, o sus textos implícitamente, eliminen esa ambigüedad.

Supóngase que «x», «y» y «z» comprenden todo aquello que causa y es causado. Presumiblemente eventos; presumiblemente estados de cosas también. Decimos que los eventos *ocurren*, mientras que los estados de cosas *se producen*, pero por razones de brevedad diré de ambas clases de entidades que *ocurren o no ocurren*.

Ahora: ¿bajo qué condiciones *x* causa *y*? Los abogados tradicionalmente han dicho lo siguiente:

(Fórmula de la Condición Necesaria) *x* causó y solo en el caso de que *x* haya sido una condición necesaria de *y*.

Y han eliminado la ambigüedad, dejando en claro que lo que pretendían ofrecernos era el siguiente análisis:

(Análisis de la Condición Necesaria Débil) *x* causó y solo en el caso de que, si *x* no hubiese ocurrido, y no habría ocurrido.

Podrían haber querido decir algo más fuerte. Hay varias posibilidades. He aquí una —remarco que se trata solo de una entre varias—:

(Análisis de la Condición Necesaria Fuerte) *x* causó y solo en el caso de que la proposición de que *x* no ocurrió implique la proposición de que *y* no ocurrió.

Por supuesto, nunca nadie ha pensado que *eso* sea plausible. Supongamos que Alfred arrojó una piedra a la ventana de Bert, y que el hecho de que la arrojara causó que la ventana de Bert se rompiera. Estoy segura de que nunca nadie ha pensado que para que eso sea verdad debe ser el caso que la proposición de que el que Alfred arrojara la piedra no ocurrió implique la proposición de que la ruptura de la ventana de Bert no ocurrió. Y ello porque demasiado obviamente podría haber sido el caso que el que Alfred arrojara la piedra no ocurriera pero que la ruptura de la ventana de

Bert sí ocurriera de todos modos porque Alice le arrojó una piedra en lugar de Bert.

De modo que los abogados han optado por el Análisis de la Condición Necesaria Débil. Desgraciadamente, a otros abogados les ha resultado fácil suministrar contraejemplos. Han llamado la atención sobre la posibilidad de sobredeterminación, esto es, casos en los que es verdad de cada una de dos cosas  $x$  e  $y$ , que ella causó  $z$ . A los filósofos también les ha resultado fácil suministrar contraejemplos: típicamente se han centrado en casos de lo que denominan «exclusión». Así, supóngase que Alice no solo podría haber estado sino que realmente estaba a la espera, lista para arrojar su propia piedra a la ventana de Bert si y solo si los nervios de Alfred lo traicionaban a último momento. Por hipótesis, los nervios no traicionaron a Alfred, de modo que Alice no tiró su piedra. Los filósofos dicen entonces que el que Alfred haya arrojado su piedra excluyó que Alice arrojara la suya. Pero aunque la ventana se hubiera roto incluso si Alfred no le hubiera arrojado la piedra, su acción de hecho causó que la ventana se rompiera<sup>2</sup>.

Habiendo llamado la atención sobre el hecho de que el Análisis de la Condición Necesaria Débil no funciona, H&H nos ofrecieron algo que consideraron mejor, sobre lo cual volveremos en la sección 5.

### 3. Segundo comentario preliminar

No es solo la palabra «necesario» lo que resulta ambiguo: distintos teóricos del derecho han querido significar cosas diferentes al decir que algo es necesario en sentido *fuerte* o solo en sentido *débil* para otra cosa. Por ello, quiero presentar en lo que espero será una forma clara la razón por la cual denominé a las dos interpretaciones de la Fórmula de la Condición Necesaria como lo hice.

Esa razón yace en un modo de entender las expresiones que he utilizado que surge de un desarrollo relativamente reciente de la teoría semántica de mundos posibles para la lógica modal. Un filósofo podría en la actualidad decir que para que la proposición de que  $x$  no ocurrió implique la proposición de que  $y$  no ocurrió debe ser el caso que en todos los mundos posibles en los que  $x$  no ocurre, y tampoco ocurre. (En pocas palabras, simplemente no es posible que  $x$  no ocurra sin que  $y$  tampoco ocurra). Eso significa que podemos reescribir el Análisis de la Condición Necesaria Fuerte del siguiente modo:

<sup>2</sup> El análisis de David Lewis de la causalidad es una variante sofisticada del Análisis de la Condición Necesaria Débil, y es capaz de hacer lugar a algunos casos de exclusión —en particular, el caso de Alfred y Alice. Véase LEWIS, 1973a. Sin embargo, otros casos de exclusión le generan problemas. Una discusión fructífera de las dificultades y de los esfuerzos para responderlas puede encontrarse en COLLINS, HALL y PAUL, 2004a.

(Análisis de la Condición Necesaria Fuerte\*)  $x$  causó y solo en el caso de que en todos los mundos posibles en los que  $x$  no ocurre, y tampoco ocurre.

El desarrollo al que me refiero suministró los medios adecuados para ofrecer —por primera vez— una explicación satisfactoria de lo que afirma la gente cuando expresa condicionales contrafácticos, como las oraciones del tipo:

Si  $x$  no hubiera ocurrido, entonces  $y$  no habría ocurrido<sup>3</sup>.

De acuerdo con esa explicación, para que una oración de ese tipo sea verdadera debe ser el caso que en el mundo posible más cercano en el que  $x$  no ocurrió, y tampoco ocurrió. En otras palabras, y aproximadamente, «Si  $x$  no hubiera ocurrido, entonces  $y$  no habría ocurrido» es verdadero solo en el caso de que, si se imagina un mundo posible tan similar al mundo real como sea posible, compatible con que sea el caso que  $x$  no ocurrió en ese mundo, entonces  $y$  tampoco ocurrió en ese mundo<sup>4</sup>. (Como me basaré en este punto más adelante, agregó explícitamente que si  $x$  no ocurrió en nuestro mundo real, entonces el mundo posible más cercano en el que  $x$  no ocurrió es nuestro propio mundo real). A partir de esa explicación de los condicionales contrafácticos, se puede decir que lo que afirma el Análisis de la Condición Necesaria Débil es:

(Análisis de la Condición Necesaria Débil\*)  $x$  causó y solo en el caso de que en el mundo posible más cercano en el que  $x$  no ocurrió, y tampoco ocurrió.

<sup>3</sup> Esta explicación, ampliamente aceptada en la actualidad, se debe a STALNEKER, 1968 y LEWIS, 1973b. H&H informan que muchos autores modernos insisten en que «el único elemento fáctico en la cuestión de si el acto de un demandado es la causa de un daño para el derecho es si el daño habría o no ocurrido sin el acto» (HART y HONORÉ, 1959: 85). Esa confianza en el carácter «fáctico» de los contrafácticos podría sorprender a los filósofos de la tradición empirista, dado que hasta la aparición de la explicación de STALNEKER y LEWIS de los contrafácticos, ordinariamente consideraban a los contrafácticos como profundamente sospechosos: muchos asumieron la posición de que los contrafácticos no tienen valores de verdad.

<sup>4</sup> Mi síntesis de la explicación se apoya en el presupuesto de que existe algo semejante a un mundo posible más cercano en el que  $x$  no ocurre. No es necesario adoptar un presupuesto tan fuerte, y los simpatizantes habituales de la explicación no lo hacen. Dicen en cambio: «Si  $x$  no hubiera ocurrido, entonces  $y$  no habría ocurrido» es verdadero solo en el caso de que haya un mundo posible en el que  $x$  no ocurre e  $y$  tampoco ocurre que es más cercano al mundo real que cualquier mundo posible en el que  $x$  no ocurre pero  $y$  sí ocurre. Como lo presenta David LEWIS: «Si  $x$  no hubiera ocurrido, entonces  $y$  no habría ocurrido» es verdadero solo si supone un menor alejamiento de la realidad que sea el caso que  $y$  no ocurra dado el caso que  $x$  no ocurra, que el que supone que sea el caso que  $y$  sí ocurra dado el caso que  $x$  no ocurra (véase LEWIS, 1973a). Pero lo he abreviado dado que nuestros propósitos no exigen que seamos cuidadosos a este respecto.

Y ahora resulta claro en qué sentido el Análisis de la Condición Necesaria Fuerte es más fuerte que el Análisis de la Condición Necesaria Débil. Como se puede apreciar, el más fuerte implica, pero no es implicado por, el más débil.

#### 4. Tercer comentario preliminar

Lo que aquí tengo en mente es que al lector podría habersele ocurrido preguntarse por qué los abogados que rechazan no solo el Análisis de la Condición Necesaria Fuerte sino también el Análisis de la Condición Necesaria Débil no han probado suerte con un Análisis de la Condición Suficiente. Hasta donde llega mi conocimiento, no existe ninguna discusión extendida sobre la posibilidad, que el lector podría pensar le habría llamado la atención a un abogado, de que se debería invertir la Fórmula de la Condición Necesaria, y optar por:

(Fórmula de la Condición Suficiente)  $x$  causó y solo en el caso de que  $x$  haya sido una condición suficiente de  $y$ .

queriendo con ello significar:

(Análisis de la Condición Suficiente Débil)  $x$  causó y solo en el caso de que si  $y$  no hubiera ocurrido, entonces  $x$  no habría ocurrido.

Ofrecí la tesis débil, en lugar de la tesis fuerte análoga:

(Análisis de la Condición Suficiente Fuerte)  $x$  causó y solo en el caso de que la proposición de que  $y$  no ocurrió implique la proposición de que  $x$  no ocurrió.

porque la fuerte es obviamente inaceptable. Estamos suponiendo que el hecho de que Alfred arrojara una piedra a la ventana de Bert causó que ésta se rompiera, pero claramente no es el caso que la proposición de que la ventana de Bert no se rompió implique la proposición de que Alfred no arrojó la piedra. Si bien no fue el caso, bien podría haber sucedido que la ventana de Bert no se rompiera, pese a que Alfred sí arrojara la piedra. Por ejemplo, podría haberse dado el caso que Annabel saltara noblemente en la trayectoria de la piedra, desviándola lejos de la ventana de Bert.

Pero entonces, ¿por qué no optar por el Análisis de la Condición Suficiente Débil? Hay objeciones contra él que son primas hermanas de la obje-

ción al Análisis de la Condición Necesaria Débil reflejada en el ejemplo de Alice. Supóngase que Annabel no solo podría haber saltado en la trayectoria de la piedra sino que estaba lista para hacerlo, y que lo habría hecho, a no ser por la circunstancia de que vio una mariposa que la distrajo. Entonces, si Alfred se hubiera comprometido firmemente a tirar la piedra, es por lo menos tan plausible decir:

(1) Si la ventana de Bert no se hubiera roto, entonces Alfred habría arrojado la piedra pero Annabel no habría visto a la mariposa.

como decir:

(2) Si la ventana de Bert no se hubiera roto, entonces Alfred no habría arrojado la piedra.

Pero hay una segunda objeción, más interesante, al Análisis de la Condición Suficiente Débil. La aceptación del Análisis de la Condición *Necesaria Débil* nos compromete a aceptar que enunciados del tipo:

(3) Si Alfred no hubiera arrojado la piedra, entonces la ventana de Bert no se habría roto.

bien podrían ser verdaderos. Si Alice estaba a la espera, y habría arrojado una piedra si Alfred no lo hubiera hecho, entonces (3) no sería de hecho verdadera. Pero podría haberlo sido. Lo que (3) nos dice es que si un cierto evento no hubiera ocurrido, entonces el mundo futuro respecto de ese evento habría sido diferente de como realmente fue. Y con frecuencia decimos cosas así, a menudo con verdad.

La aceptación del Análisis de la Condición *Suficiente Débil* nos compromete a aceptar que enunciados de los tipos (1) y (2) bien podrían ser verdaderos. Pero hay algo extraño en ellos. Lo que nos dicen es que si un cierto evento no hubiera ocurrido, entonces el mundo previo a ese evento habría sido diferente de como realmente fue. David Lewis llama por ello a (1) y (2) *contrafácticos retrospectivos*<sup>5</sup>.

Lewis dice que ordinariamente consideramos al futuro como dependiente del presente. De este modo, asumimos que el que ahora Alfred arroje o no la piedra a una ventana afecta lo que ocurrirá después —en especial, si la ventana se romperá o no—. No consideramos ordinariamente al pasado como dependiente del presente. Así, no consideramos que el que ahora un vidrio

<sup>5</sup> Véase Lewis, 1973a y 1979.

se romp<sup>a</sup> o no afecta lo que efectivamente ocurrió antes —en especial, si una persona efectivamente le arrojó una piedra, o si una persona efectivamente vio una mariposa—. Concebimos al futuro como algo abierto y al pasado como algo fijo. Y el hecho de que pensemos eso explica por qué —dejando de lado contextos particulares— decir (1) y (2) es decir algo extraño.

De hecho, sospecho que no se debe a posibilidades como el caso de Annabel que los abogados no han optado por el Análisis de la Condición Suficiente Débil: más bien se debe a que optar por ese análisis los comprometería a admitir la posible verdad de los extraños contrafácticos retrospectivos como (1) y (2).

En cualquier caso, los abogados no han optado por el Análisis de la Condición Suficiente Débil, así que volvamos ahora a H&H.

5. Lo que H&H sostuvieron fue que *x* causó y solo en el caso de que «[*x*] sea un elemento de un conjunto de condiciones conjuntamente suficiente para la producción de la consecuencia [*y*]: [*x*] es necesaria porque es necesaria para completar este conjunto» (HART y HONORÉ, 1959: 106). Entonces, tal como lo expresaré:

(Fórmula de la Condición Necesaria/Suficiente) *x* causó y solo en el caso de que *x* haya sido un miembro necesario de un conjunto de elementos que fueron conjuntamente suficientes para *y*.

Pero, por cierto, debería resultar claro a estas alturas que es preciso eliminar la ambigüedad de los términos «necesario» y «suficiente» para que esto cuente como un análisis. El punto más importante de este trabajo consiste en sostener que si un teórico jurídico (o cualquiera) nos ofrece un análisis de la causalidad utilizando estas palabras, entonces simplemente no sabremos qué análisis está ofreciendo a menos que nos diga qué quiere significar con ellas.

Actualmente la manera más familiar de interpretar esas palabras surge de un análisis que constituye una versión de lo que J. L. MACKIE posteriormente llamó condición INUS, Jonathan BENNETT algo más tarde denominó condición NS y, si no le he entendido mal, Richard WRIGHT denomina condición NESS<sup>6,\*</sup>.

<sup>6</sup> MACKIE, 1974 y BENNETT, 1988. El enfoque de WRIGHT se presenta en una serie de artículos, el más reciente de los cuales es WRIGHT, 2001.

\* Con la expresión «condición INUS» se hace referencia a un componente insuficiente pero no redundante de una condición innecesaria pero suficiente; con la expresión «condición NS» a

La presentación de este análisis requiere comenzar con un poco de ontología. Dicho análisis, como se entiende corrientemente en la actualidad, es relativo a las condiciones bajo las cuales un hecho causa otro hecho. Normalmente no se considera que los *hechos* ingresen en relaciones causales unos con otros: normalmente se piensa que son los eventos y los estados de cosas los que lo hacen. Pasemos por alto esta dificultad. Supóngase que el análisis produce como resultado que el hecho de que Alfred arrojara una piedra a la ventana de Bert causó el hecho de que la ventana de Bert se rompiera. Entonces podemos proseguir diciendo que el evento consistente en el arrojar la piedra por parte de Alfred causó el evento consistente en la ruptura de la ventana, que fue aquello que propuse que se asumiera desde el comienzo.

Supóngase, además, que los hechos se corresponden uno a uno con proposiciones verdaderas: así, para cada hecho  $H$  existe una única proposición verdadera  $P_H$  que se corresponde con él, y para cada proposición verdadera  $P_H$  existe un único hecho  $H$  que se corresponde con ella. Y, finalmente, digamos que *LEYES* es la conjunción de todas las leyes científicas.

Esto en cuanto a la ontología. Aquí está el análisis:

(Análisis de la Condición Necesaria/Suficiente con Implicaciones Fácticas)

El hecho  $H$  causó el hecho  $I$  solo en el caso de que  $P_H$  no implique  $P_I$ , y  $P_I$  no implique  $P_H$ , y  $P_H$  sea un miembro del conjunto  $C$  de proposiciones verdaderas tal que

- (i) la conjunción de *LEYES* con todos los miembros de  $C$  implique  $P_I$ , y
- (ii) la conjunción de *LEYES* con todos los miembros de  $C$  diferentes de  $P_H$  no implica  $P_I$ .<sup>7</sup>

Obsérvese que aquí no hay contrafácticos en los *analysans*.

Por ejemplo, considérese a Alfred y a la ventana de Bert. Estamos suponiendo que el arrojar la piedra por parte de Alfred causó la ruptura de la

---

un componente necesario de una condición suficiente y con la expresión «condición *NESS*» a un componente necesario de un conjunto suficiente. Se preservaron las siglas en inglés porque son las utilizadas en la bibliografía especializada en lengua española (N. de los T.).

<sup>7</sup> He incluido las dos primeras cláusulas por la siguiente razón: los partidarios de esta idea no quieren permitir que de su análisis se siga que el hecho de que Charles sea soltero haya causado, o fuera causado por, el hecho de que es hombre. (Una limitación análoga debería haberse impuesto sobre el Análisis de la Condición Necesaria Débil. Ningún partidario de ese análisis quiere permitir que de él se siga que el evento consistente en que Charles comiera una banana y una manzana haya causado, o fuera causado por, el evento consistente en que Charles comiera una banana).

Jonathan BENNETT nos habría hecho reforzar el *analysans* que he suministrado. Discutiré más abajo el más importante de los refuerzos que él propone.



ventana de Bert. ¿Qué es lo que hace que eso sea verdadero? Bien, supóngase que el que Alfred arrojara la piedra ocurrió en  $T$ , y que las siguientes proposiciones son verdaderas:

- (1) En  $T$ , Alfred arrojó una piedra de peso  $\alpha$  desde el lugar  $L$  hacia el lugar  $L^*$  con una trayectoria  $\beta$  y una velocidad  $\gamma$ .
- (2) La ventana de Bert estaba en el lugar  $L^*$  en  $T$ , y se mantuvo allí al menos durante el tiempo  $\delta$  que le tomaría a una piedra de peso  $\alpha$  arrojada desde el lugar  $L$  hacia el lugar  $L^*$  con una trayectoria  $\beta$  y una velocidad  $\gamma$  alcanzar el lugar  $L^*$ .
- (3) La ventana de Bert estaba hecha con un cristal de un grosor  $\varepsilon$ .
- (4) No había nada en la trayectoria  $\beta$  entre los tiempos  $T$  y  $T+\delta$  que tuviera la suficiente masa como para desviar una roca de un peso  $\alpha$  moviéndose en ella con una velocidad  $\gamma$ .

Supóngase también que *LEYES* tiene entre sus componentes:

- (*LEY-1*) Si en  $T$  una persona arroja una piedra de peso  $\alpha$  desde un lugar  $L$  hacia un lugar  $L^*$  con una trayectoria  $\beta$  y una velocidad  $\gamma$ , y una ventana se encuentra en el lugar  $L^*$  en  $T$ , y permanece allí por al menos el tiempo  $\delta$  que le insume a una roca de peso  $\alpha$  arrojada del lugar  $L$  hacia el lugar  $L^*$  con una trayectoria  $\beta$  y una velocidad  $\gamma$  para alcanzar el lugar  $L^*$ , y el vidrio está hecho con un cristal de un grosor  $\varepsilon$ , y no hay nada en la trayectoria  $\beta$  entre los tiempos  $T$  y  $T+\delta$  que tenga la suficiente masa como para desviar una roca moviéndose a lo largo de ella con un peso  $\alpha$  y una velocidad  $\gamma$ , entonces la ventana se rompe en  $T+\delta$ .

Ésa es una ley científica bastante graciosa: con seguridad no hay nada en la física que nos hable de la gente, las rocas y las ventanas. No obstante, podemos suponer que se trata de una ley de nivel inferior, deducible de leyes de nivel superior.

Entonces resulta claro que (i) la conjunción de *LEYES* con (1) a (4) implica que la ventana de Bert se rompió en  $T+\delta$  y, por consiguiente, implica que la ventana de Bert se rompió.

¿Resulta tan claro? Podría objetarse que se deberían incluir condiciones adicionales en el antecedente de (*LEY-1*), y que deberían agregarse proposiciones a nuestro conjunto que digan que esas condiciones adicionales se satisfacen, si (i) ha de ser verdadera —como, por ejemplo, que la piedra arrojada era lo suficientemente sólida como para no deshacerse al ser arrojada a la velocidad  $\gamma$ . Ignoremos esa dificultad—. Simulemos que (*LEY-1*) es una ley y, por consiguiente, que su conjunción con (1) a (4) implica *efectivamente* que la ventana de Bert se rompió en  $T+\delta$ .

Seguramente podemos suponer, finalmente, que (ii) la conjunción de *LEYES* con (2) a (4) no implica que la ventana de Bert se rompiera. Por consiguiente, nuestro análisis determina —tal como debe ser— que el hecho de que Alfred arrojara su piedra causó el hecho de que la ventana de Bert se rompiera.

Este análisis es atractivo en muchos sentidos. En primer lugar, llama la atención sobre el hecho de que si  $x$  causó  $y$ , entonces de manera típica ello es así en un contexto de otros eventos y estados de cosas. El que Alfred arrojara la piedra causó que se rompiera la ventana de Bert, pero solo en tanto la ventana de Bert estaba en cierto lugar, tenía un cierto grosor, etcétera.

En segundo lugar, el análisis propuesto logra dar cuenta muy fácilmente de ciertas exclusiones que generan problemas para el Análisis de la Condición Necesaria Débil<sup>8</sup>. Considérese nuevamente a Alice y supóngase que ella estaba efectivamente a la espera, lista para arrojar la piedra si y solo si Alfred no lo hacía. Pues bien: Alfred sí arrojó su piedra, de modo que ella no lo hizo. Pero si él no hubiera arrojado la piedra, ella sí lo hubiera hecho y la ventana de Bert entonces se habría roto de todas formas, de modo que el Análisis de la Condición Necesaria Débil es falso. En cambio, un partidario del análisis que estamos examinando ahora no tendría ningún problema con Alice. Porque sea que Alice estuviera o no a la espera, lista para arrojar la piedra si Alfred no lo hacía, ello no introduce diferencia alguna sobre si (i) la conjunción de *LEYES* con (1) a (4) implica que la ventana de Bert se rompa, y ii) la conjunción de *LEYES* con (2) a (4) no implica que la ventana de Bert se rompa. En consecuencia, de acuerdo con este análisis, el que Alice estuviera o no a la espera, lista para arrojar la piedra si Alfred no lo hacía, no introduce ninguna diferencia sobre si el hecho de que Alfred arrojara la piedra causó o no la rotura de la ventana de Bert.

En tercer lugar, este análisis deja espacio para la causalidad por omisión o ausencia sin complicaciones ontológicas. Supóngase que el jardinero Jones no regó las plantas. Bien podríamos pensar que el que Jones no regara las plantas causó su muerte. ¿Existió un evento semejante a su no regar las plantas? ¿O deberíamos decir que su no regar las plantas fue un estado de cosas? No importa: los partidarios de este análisis pueden señalar a algo que bajo cualquier punto de vista existe, esto es, el hecho consistente en que

<sup>8</sup> STREVENs (2007) señala que este análisis está también a salvo de ciertas exclusiones que generan problemas a la variante sofisticada del Análisis de la Condición Necesaria Débil de David LEWIS. (Agradezco a Stephen Yablo por llamar mi atención sobre el artículo de STREVENs). STREVENs también resalta, no obstante, que hay casos de exclusión que resultan problemáticos para este análisis, así como otro tipo de objeciones contra él.

Jones no regó las plantas, y pueden preguntarse si el análisis determina que ese hecho causó la muerte de las plantas<sup>9</sup>.

En cuarto lugar, el análisis vuelve cruciales a las conexiones legaliformes entre  $x$  e  $y$  para que sea el caso que  $x$  causó  $y$ , y es muy plausible pensar que ello es así.

Resulta por ello lamentable que existan serias objeciones contra este análisis. Describiré dos de ellas. En primer lugar, hay casos de exclusión que le resultan problemáticos. He aquí un ejemplo: asumiré que hay venenos para los cuales no hay antídotos, y que una persona fisiológicamente normal que toma  $n$  onzas de ellos muere en quince minutos. Supóngase que el cianuro se cuenta entre ellos. Entonces estimo que *LEYES* tiene entre sus componentes:

(*LEY-2*) Si en  $T$  una persona fisiológicamente normal bebe  $n$  onzas de cianuro, entonces esa persona morirá en  $T+15$ .

(Remarco que no es menos plausible considerar a esto como una ley que hacerlo con *LEY-1*. Siendo la fisiología humana normal tal como es, no es una mera verdad casual que toda persona fisiológicamente normal que bebe  $n$  onzas de cianuro muera dentro de los quince minutos: toda persona fisiológicamente normal que hace eso *debe* morir dentro de los quince minutos).

Supóngase que el tiempo es ahora  $T+16$ , y que las siguientes proposiciones son verdaderas:

- (6) En  $T$  Charles era una persona fisiológicamente normal,
- (7) En  $T$  Charles tomó  $n$  onzas de cianuro.

La conjunción de *LEY-2* con (6) y (7) implica que Charles murió en  $T+15$ . Asumo que no hay una ley tal que la conjunción de ella con (6)

---

<sup>9</sup> Sin complicaciones *ontológicas*, pero podría sostenerse que de un modo no satisfactorio. Si las plantas murieron por la falta de riego, entonces no fue solo Jones quien no las regó: la Reina Isabel tampoco lo hizo. ¿Estamos dispuestos a aceptar la conclusión de que el hecho de que ella no las regó causó su muerte? Porque no está de todo claro cómo puede este análisis implicar que el que Jones no regara las plantas causó su muerte sin implicar también que el que la Reina Isabel no las haya regado causó su muerte.

He pasado por alto esta dificultad en el texto, no obstante, en parte porque las omisiones son problemáticas para todo análisis de la causalidad, y en parte porque cierta gente diría que el hecho de que la Reina Isabel no regara las plantas causó su muerte (al igual que lo hizo el hecho de que Jones no las regara), pese a que normalmente desde un punto de vista pragmático estaría fuera de lugar decir eso, y pese a que, dado que ella no tenía ninguna obligación de regarlas, no sería adecuado reputarla reprochable de su muerte.

Mencionaré una forma distinta de dar cuenta de las omisiones en la nota 12 *infra*.

implique que Charles murió en  $T+15$ . El análisis implica por consiguiente que el que Charles bebiera el cianuro causó que estuviera muerto en  $T+15$  y, por consiguiente, causó su muerte. Pero podemos suponer que no causó su muerte, porque podemos suponer que David le disparó en la cabeza a Charles en  $T+1$ , y que Charles murió en  $T+2$ , por ende antes de que su ingesta del cianuro hubiera tenido tiempo para causarle la muerte. En pocas palabras, podemos suponer que fue el disparo de David lo que causó la muerte de Charles, y que excluyó así que el que Charles tomara el cianuro lo hiciera.

Llamaré a esto la objeción de la exclusión. Hay una segunda objeción, a la que denominaré la objeción de la implicación. Es fácil ver en qué consiste: muchas personas han dirigido su atención a ella. Considérese el conjunto de proposiciones verdaderas que se obtienen si se reemplaza (1) en nuestro conjunto original por:

(1a) César cruzó el Rubicón,

y

(1b) O bien César no cruzó el Rubicón, o en  $T$  Alfred arrojó una piedra de un peso  $\alpha$  desde el lugar  $L$  hacia el lugar  $L^*$  con una trayectoria  $\beta$  y con una velocidad  $\gamma$ .

Si la conjunción de *LEYES* con (1) a (4) implica que la ventana de Bert se rompió, entonces la conjunción de *LEYES* con los miembros de este conjunto revisado implica que la ventana de Bert se rompió. También puede advertirse que la conjunción de *LEYES* con los miembros que restan de este conjunto sin (1a) no implica que la ventana de Bert se rompió. El análisis por lo tanto implica que el que César cruzara el Rubicón causó que la ventana de Bert se rompiera, lo cual es muy difícil de aceptar.

6. ¿Existe alguna manera de corregir el análisis para que esté a salvo de esas objeciones?

He aquí un modo de corregirlo que ha sido sugerido, y que lo pondría a salvo de la objeción de la implicación: exigir que el conjunto  $C$  no contenga ninguna disyunción. Por desgracia, toda proposición puede expresarse a través de una oración disyuntiva, y no queda claro que otra cosa podría pensarse que distingue a una proposición como una disyunción.

He aquí otra: exigir de los miembros del conjunto  $C$  de proposiciones verdaderas que informen sobre hechos causalmente relevantes para la ocurrencia del hecho  $I$ . El hecho de que César cruzara el Rubicón fue causal-

mente irrelevante para la ocurrencia del hecho de que la ventana de Bert se rompiera. De manera que ése no sería un contraejemplo para el análisis corregido.

Como alternativa, podría exigirse que *LEYES* tenga un componente cuyo antecedente liste únicamente condiciones que sean causalmente relevantes para la ocurrencia del hecho *I* si fueran satisfechas, y que los miembros del conjunto *C* de proposiciones verdaderas informe únicamente sobre hechos que satisfacen esas condiciones. Dado que el hecho de que César cruzó el Rubicón fue causalmente irrelevante para la ocurrencia del hecho *G*, podemos suponer que incluso si la siguiente fuera una ley, a saber:

Si César cruzó el Rubicón, y o bien César no cruzó el Rubicón o en *T* una persona arroja una piedra de peso  $\alpha$  del lugar *L* hacia el lugar *L\** con una trayectoria  $\beta$  y una velocidad  $\gamma$ , y una ventana se encuentra en el lugar *L\** en *T*, y permanece allí ..., y..., y..., entonces la ventana se rompe en  $T+\delta$ ,

no satisfaría la exigencia. De manera que (nuevamente) éste no es un contraejemplo para el análisis corregido.

Ahora bien, estoy segura de que el hecho de que César cruzara el Rubicón fue causalmente irrelevante respecto del hecho de que la ventana de Bert se rompiera. Pero ¿qué es lo que lo distingue como causalmente irrelevante?

El análisis que se nos ofreció originalmente es un análisis de la causalidad en términos no causales. Lo que produce la corrección en cualquiera de sus dos versiones es debilitarlo: los resultados son análisis de «causas» en términos de «hechos causalmente relevantes». Ése no es fundamento para pensar que los resultados sean falsos, sino solo para pensar que nos dicen menos de lo que queríamos saber. Por otra parte, deberíamos advertir que nuestra aptitud para aplicar los resultados a un ejemplo depende demasiado de nuestra aptitud para descubrir si un hecho es causalmente relevante respecto de otro. Una vez que hemos descubierto que el hecho de que Alfred arrojara su piedra fue causalmente relevante respecto del hecho de que la ventana se rompiera, mientras que el hecho de que César cruzara el Rubicón no lo fue, el análisis corregido hace que resulte trivialmente sencillo derivar la conclusión de que uno causó y el otro no causó el hecho de que la ventana se rompiera.

Una objeción similar puede dirigirse contra una idea similar relativa a cómo dejar a salvo el análisis de la objeción de la exclusión. Podría sugerirse que deberíamos exigir que *LEYES* contenga un componente que sea una ley causal, donde una ley causal es un condicional tal que si existe un hecho que hace verdadero su antecedente, entonces ese hecho causa un hecho que hace verdadero a su consecuente. En particular, entonces,

(LEY-2) Si en  $T$  una persona fisiológicamente normal bebe  $n$  onzas de cianuro, entonces esa persona morirá en  $T+15$

no sería una ley causal, dado que una persona fisiológicamente normal puede beber  $n$  onzas de cianuro y eso no causar que haya un hecho que haga a su consecuente verdadero. Entonces éste no sería un contraejemplo para el análisis corregido. Pero esta corrección es todavía más obviamente inútil. El resultado es un análisis de «causas» en términos de «leyes causales», complementado con una definición de «ley causal» en términos de «causas».

7. Una idea que casi se sugiere por sí misma como una manera de responder a la objeción de la exclusión es que lo que el análisis considerado no recoge es la exigencia de que exista una ruta causal desde la (supuesta) causa al (supuesto) efecto. Cuando Charles tomó el cianuro, se desencadenó un proceso en él. Pero ese proceso se interrumpió: no llegó a provocar la muerte de Charles porque el disparo de David comenzó un segundo proceso, y este segundo proceso provocó la muerte de Charles más rápido.

De hecho, LEY-2 es una ley *porque* una persona fisiológicamente normal que toma cianuro inicia un proceso que — si no se interrumpe — termina con su muerte dentro de los quince minutos. De manera similar, lo que hace que LEY-1 sea una ley es que el arrojar una piedra con las características mencionadas en su antecedente comienza un proceso que termina en la ruptura de la ventana  $\delta$  minutos después. Constituye una idea muy atractiva sostener que si dos eventos pasados,  $x$  e  $y$ , fueron discretos, entonces  $x$  causó  $y$  y solo si existe una respuesta para la pregunta acerca de *cómo*  $x$  causó  $y$ , y que la respuesta a esa pregunta debe basarse en que  $x$  ha comenzado un proceso que terminó en  $y$ .

¿Deberíamos decir que  $x$  causó  $y$  solo en el caso de que  $x$  haya comenzado un proceso que terminó en  $y$ ? Eso requiere de ciertas precisiones, porque no cualquier secuencia de eventos sirve a tales fines. ¿Deberíamos decir entonces que  $x$  causó  $y$  solo en el caso de que  $x$  haya comenzado un proceso causal que terminó en  $y$ ? Pero, nuevamente, eso no sería un análisis de la causalidad en términos no causales.

Jonathan BENNETT ha sugerido que podemos captar la idea subyacente aquí de la siguiente manera. Digamos que la relación entre el hecho  $H$  y el hecho  $G$  examinada por el Análisis de la Condición Necesaria/Suficiente con Implicaciones Fáticas no es la causalidad sino en cambio la relación NS. Diremos entonces que

el hecho  $H$  se encuentra en la relación NS con el hecho  $I$  solo en el caso de que  $P_H$  no implique  $P_I$ ,  $P_I$  no implique  $P_H$ , y que  $P_H$  sea miembro de un conjunto  $C$  de proposiciones verdaderas tal que

- (i) la conjunción de *LEYES* con todos los miembros de *C* implica  $P_r$ , y
- (ii) la conjunción de *LEYES* con todos los miembros de *C* distintos de  $P_H$  no implica  $P_r$ .

Entonces, diremos que:

el hecho *H* causó el hecho *I* solo en el caso de que para todo tiempo  $t_j$  entre aquel al que pertenece *H* y aquel al que pertenece *I*, existe un hecho  $h_j$  que pertenece a  $t_j$  tal que  $h_j$  pertenece a una secuencia temporalmente ordenada de hechos que van de *H* a *I*, cada uno de los cuales posee la relación *NS* con el siguiente<sup>10</sup>.

(Dejo a la intuición, como lo hace BENNET, determinar lo que significa decir que un hecho «pertenece» a un tiempo).

Esta corrección se queda a mitad de camino como forma de dejar al análisis considerado a salvo de la objeción de la exclusión que surge del caso de Charles y David. Por hipótesis, el tiempo es ahora  $T+16$ , y Charles bebió *n* onzas de cianuro en *T*, David le disparó a Charles en la cabeza en  $T+1$ , y Charles murió en  $T+2$ , antes de que el cianuro hubiese tenido tiempo de causar la muerte de Charles. Sea *H* el hecho de que en *T* Charles bebió *n* onzas de cianuro, e *I* el hecho de que Charles murió en  $T+2$ . ¿Causó *H* a *I*? Entiendo que el análisis corregido implica (correctamente) que no lo causó. Porque por hipótesis, el cianuro no tuvo tiempo de causar la muerte de Charles en  $T+2$ . Considérese entonces una secuencia temporalmente ordenada de hechos que van de *H* hacia *I*, cada uno de los cuales posee la relación *NS* con el siguiente. Entiendo que se puede asumir que sin importar cuán cerca en el tiempo estemos de  $T+2$ , no existe un hecho  $h_j$  en la secuencia tal que la conjunción de  $P_{H_j}$  con una ley implica que Charles murió en  $T+2$ , de manera que ningún hecho en la secuencia posee la relación *NS* con *I*.

Pero la corrección solo llega a mitad de camino. Sea *H* (nuevamente) el hecho de que en *T* Charles bebió *n* onzas de cianuro, pero ahora sea *I\** el hecho de que Charles murió. (Charles ya ha muerto, dado que por hipótesis el tiempo es ahora  $T+16$ ).

Y considérese una secuencia temporalmente ordenada de hechos que van de *H* hacia *I\**, cada uno de los cuales posee la relación *NS* con el siguiente. Suponiendo por hipótesis que el cianuro es un veneno para el cual no hay antídoto, y para el cual es verdadera *LEY-2*, se podría suponer que

<sup>10</sup> BENNET, 1988: 46. BENNET dice que su corrección es una adaptación del procedimiento de LEVINS para corregir el Análisis de la Condición Necesaria Débil de forma tal que el resultado quede a salvo de ejemplos de exclusión como el de Alfred y Alice (véase n. 2 *supra*).

para cada hecho  $h_j$  en la secuencia, la conjunción de  $P_{Hj}$  con una ley impli-  
ca que Charles *está muerto en  $T+15$*  y, por lo tanto, que Charles *murió*, de  
modo que todo hecho en la secuencia posee la relación *NS* con  $I^*$ .

El problema de esta corrección consiste en que estamos analizando rela-  
ciones causales entre hechos. El evento consistente en la muerte de Charles  
en  $T+2$  es, en cualquier enfoque plausible sobre la identidad de los eventos,  
idéntico al evento consistente en la muerte de Charles. Pero, siguiendo a  
BENNETT, estamos tratando con hechos, y el hecho de que Charles muriera  
en  $T+2$  no es, en ningún enfoque plausible sobre la identidad de los hechos,  
idéntico al hecho de que Charles muriera.

Debemos advertir, además, que incluso si la corrección que BENNETT  
recomienda diera por resultado un análisis que queda a salvo de la objeción  
de la exclusión que surge de casos como el de Charles y David, el resultado  
no está a salvo de la segunda objeción que señalé, esto es, la objeción de la  
implicación.

Repito, no obstante, que la idea que motivó la corrección de BENNETT  
sigue siendo muy atractiva. Realmente es sensato pensar que si dos eventos  
pasados,  $x$  e  $y$ , fueron discretos, entonces  $x$  causó  $y$  solo si hay una respuesta  
a la pregunta de cómo  $x$  causó  $y$ , y que la respuesta a esa pregunta ha de ba-  
sarse en que  $x$  haya iniciado un proceso —un proceso causal— que terminó  
en  $y$ . Pero sigue quedando abierta la cuestión de cómo debe analizarse esa  
idea.

8. ¿Existe quizás algún otro análisis que brinde los beneficios del aná-  
lisis que hemos estudiado en las secciones precedentes pero que esté libre  
de sus defectos?

¿Deberíamos quizás reinterpretar la

(Fórmula de la Condición Necesaria/Suficiente)	$x$ causó $y$ solo en el caso de que $x$ haya sido un miembro neces- sario de un conjunto de elemen- tos que fueron conjuntamente suficientes para $y$ .
--	--

como si regulara eventos y estados de cosas, y «necesario» y «suficiente»  
en términos de contrafácticos de acuerdo con el Análisis de la Condición  
Necesaria Débil y el Análisis de la Condición Suficiente Débil? No creo que  
nadie se haya visto nunca tentado por esa idea, pero podría al menos valer la  
pena examinar qué ocurre si se la acepta.

De este modo, podríamos tratar de analizar «necesario» mediante el si-  
guiente primer paso:



$x$  causó  $y$  solo en caso de que  $x$  e  $y$  sean discretos, y  $x$  sea miembro de un conjunto  $C$  tal que:

- (i\*) los miembros de  $C$  eran suficientes para  $y$ , y
- (ii\*) si  $x$  no hubiera ocurrido pero sí los restantes miembros de  $C$ , entonces esos restantes miembros de  $C$  no hubieran sido suficientes para  $y$ .

Y luego analizar «suficiente» mediante el siguiente segundo paso:

$x$  causó  $y$  solo en caso de que  $x$  e  $y$  sean discretos, y  $x$  sea miembro de un conjunto  $C$  tal que:

- (i) si  $y$  no hubiera ocurrido, entonces al menos un miembro de  $C$  no habría ocurrido, y
- (ii) si  $x$  no hubiera ocurrido pero sí los restantes miembros de  $C$ , entonces no sería el caso que si  $y$  no hubiera ocurrido, entonces al menos uno de esos restantes miembros de  $C$  no habría ocurrido.

La condición (i) es suficientemente comprensible. Sea @ el mundo real. Sea  $m_1$  el mundo más cercano a @ en el que  $y$  no ocurre. Entonces (i) es verdadera solo en el caso de que al menos un miembro de  $C$  no ocurra en  $m_1$ . Pero (ii) es difícil de comprender, dado que contiene la negación de un contrafáctico anidado en otro contrafáctico. Sea  $m_2$  el mundo más cercano a @ en el que  $x$  no ocurre pero sí ocurren los restantes miembros de  $C$ . Sea  $m_3$  el mundo más cercano a  $m_2$  en el que  $y$  no ocurre. Entonces (ii) es verdadera solo en el caso de que *no* sea el caso que al menos uno de los miembros de  $C$  distinto de  $x$  no ocurre en  $m_3$ . Dicho de otro modo (ii) es verdadera solo en el caso de que todos los miembros de  $C$  distintos de  $x$  ocurren en  $m_3$ .

Se debe advertir que no se puede aceptar este análisis de la causalidad a menos que se esté dispuesto a aceptar que los contrafácticos retrospectivos pueden ser verdaderos, porque interpretar «suficiente» de acuerdo con el Análisis de la Condición Suficiente Débil nos compromete con ellos. De acuerdo con ciertos enfoques, esto constituye un argumento concluyente para rechazarlo.

Pero supóngase que estamos dispuestos a aceptar que los contrafácticos retrospectivos pueden ser verdaderos. En tal caso, considérese un ejemplo. Supóngase que en el mundo real, @, Alfred arrojó una piedra a la ventana de Bert y causó que se rompiera. Anne arrojó entonces otra piedra a la ventana de Bert, que no la rompió de nuevo: su piedra pasó en cambio justo por el agujero que había hecho la piedra de Alfred. Agreguemos que Alfred se debatía acerca de si arrojar o no la piedra, y finalmente decidió que, sopesando las razones en juego, lo mejor sería arrojarla, y eso fue lo que hizo. Anne, en cambio, tenía la firme intención de arrojar su piedra si y solo si Alfred

arrojaba la suya. Agreguemos finalmente que si ni Alfred ni Anne hubieran arrojado una piedra a la ventana de Bert, ella no se habría roto.

El análisis que nos ocupa implica que el que Anne arrojara su piedra causó que la ventana se rompiera, lo que por hipótesis es falso. Pues sea que  $C$  es el conjunto conformado por los siguientes dos eventos que ocurrieron en @:

- (1) El que Anne arroja una piedra a la ventana de Bert.
- (2) El cruce del Rubicón por César.

El hecho de que (1) y (2) ocurrieron no implica que la ventana se rompiera. Nuevamente, la conjunción de *LEYES* con las proposiciones de que (1) ocurrió y que (2) ocurrió no implica que la ventana se rompiera. Pero eso es irrelevante: es en contrafácticos en lo que debemos apoyarnos aquí.

Muy bien, podemos suponer que la condición (i) es satisfecha por este conjunto  $C$ , porque podemos suponer que en el mundo más cercano a @ en el que la ventana no se rompió, esto es,  $m_1$ , Alfred decidió no arrojar su piedra, no lo hizo y, por consiguiente, Anne no arrojó la suya. Entonces (1) no ocurrió en  $m_1$ , de modo que al menos un miembro de  $C$  no ocurrió en  $m_1$ .

De manera similar, podemos suponer que la condición (ii) se satisface. Pues sea  $m_2$  el mundo más cercano a @ en el que Anne no arrojó su piedra pero César cruzó el Rubicón. Dada la firme intención de Anne, podemos suponer que Alfred tampoco arrojó su piedra en  $m_2$ , de modo que podemos suponer que la ventana no se rompió en  $m_2$ . Sea  $m_3$  el mundo más cercano a  $m_2$  en el que la ventana no se rompe. Si  $m_2$  es un mundo en el que la ventana no se rompe, y  $m_3$  es el mundo más cercano a  $m_2$  en el que la ventana no se rompió, entonces  $m_3 = m_2$ . Pero en  $m_3$ , el miembro de  $C$  distinto de que Anne arrojara la piedra, esto es, César cruzando el Rubicón, sí ocurrió.

Se sigue que el que Anne arrojara la piedra causó que la ventana se rompiera.

Por supuesto, lo que hace posible esta refutación del análisis considerado es la posibilidad de contrafácticos retrospectivos. Pero entonces, como dije, solo si se admiten los contrafácticos retrospectivos es que se puede aceptar este análisis desde el vamos.

9. En la sección 2 llame la atención sobre el conocido hecho de que el análisis contrafáctico simple que examinamos en primer término, esto es

(Análisis de la Condición Necesaria Débil)  $x$  causó y solo en el caso de que si  $x$  no hubiese ocurrido, y no habría ocurrido.

no funcionaba. Veamos más de cerca ahora la razón por la cual no funciona.

En un artículo publicado en 1995 titulado «Necessary and Sufficient Condition in Tort Law», podría (a mi juicio) interpretarse que Tony HONORÉ argumenta a favor del Análisis de la Condición Necesaria/Suficiente con Implicaciones Fácticas. Pero los contrafácticos aparecieron en el camino. HONORÉ dice:

Supóngase que queremos evaluar la afirmación de que Churchill mantuvo a Gran Bretaña en la guerra en 1940. ¿El hecho de que fuera Primer Ministro fue lo que causó que Gran Bretaña permaneciera en la guerra?

HONORÉ señala que si Churchill no hubiera sido Primer Ministro, alguien más lo hubiera sido, y continúa

debemos preguntar entonces si esa persona habría querido y sido capaz de convencer al Parlamento y al pueblo británico de continuar la guerra. El enunciado causal acerca de Churchill lo contrasta implícitamente con este sustituto hipotético ... [que] podría o no haber mantenido a Gran Bretaña en la guerra.

Y agrega que si

alguien distinto de Churchill hubiera estado ocupando el cargo, sus colegas habrían tenido menos miedo de contradecirlo, y esto debe ser tomado en cuenta al responder la pregunta histórica sobre 1940 (HONORÉ, 1995: 104).

La idea que suscita el interés de HONORÉ aquí parece ser sin duda el Análisis de la Condición Necesaria Débil, que HONORÉ en 1995 (al igual que HART y HONORÉ en 1959) rechazara explícitamente.

Pero pienso que era enteramente razonable de parte de HONORÉ considerar que una persona que formula la pregunta histórica sobre 1940 podría querer saber algo para cuya respuesta se requiere llegar a un contrafáctico. Porque lo que la persona quiere saber puede muy bien ser si la permanencia de Gran Bretaña en la guerra dependió de que Churchill fuera el Primer Ministro. Responder a *esa* pregunta exige efectivamente descubrir lo que habría sucedido si Churchill no hubiera sido Primer Ministro.

Ned HALL señala que hay dos preguntas que podríamos formular sobre la relación entre  $x$  e  $y$ . Por un lado, la pregunta de si  $x$  *produjo*  $y$ ; por el otro, la pregunta de si  $y$  *dependió de*  $x$  (HALL, 2004). El hecho de que se trata de preguntas distintas se revela claramente cuando nuestra atención se dirige a ellas. Supóngase que hay una llave tal que si cualquiera la

gira, encenderá el automóvil de Donald. Carl y Carol trataron de alcanzar la llave, pero Carl llegó primero. Entonces, al hacer girar la llave, Carl produjo que el automóvil se encendiera; pero que el auto se encendiera no dependió de que Carl girara la llave, porque si Carl no hubiera girado la llave, Carol lo habría hecho. En síntesis, « $x$  produjo  $y$ » no implica « $y$  dependió de  $x$ ».

HALL también sostiene que « $y$  dependió de  $x$ » no implica que « $x$  produjo  $y$ ». Supóngase, a los fines de una *reductio*, que « $y$  dependió de  $x$ » sí implica « $x$  produjo  $y$ ». Y ahora supóngase que Alix se enteró de que Alfred planeaba arrojar una piedra a la ventana de Bert, y que por consiguiente ella salió corriendo para detenerlo. Sea  $x$  el que Alice sale corriendo para evitar que Alfred arroje su piedra a la ventana de Bert. Supóngase que si Alix hubiera alcanzado a Alfred, lo habría detenido y la ventana no se habría roto. En su camino, no obstante, tropezó y cayó y, por ende, no le fue posible alcanzar a Alfred. De modo que Alfred —sin advertir a Alix, cuya caída ocurrió a algunas manzanas de distancia— arrojó su piedra, rompiendo así la ventana. Sea  $y$  la ruptura de la ventana. Podemos decir que  $y$  dependió de la caída de Alix (ya que  $y$  no hubiera ocurrido si ella no se hubiera caído); de modo que, dada nuestra suposición, «su caída produjo  $y$ » es verdadera. Podemos también decir que la caída de Alix dependió de  $x$  (dado que su caída no habría ocurrido si no hubiera salido corriendo para evitar que Alfred arrojara su piedra); de modo que, dada nuestra suposición, « $x$  produjo su caída» es verdadera. Entonces «su caída produjo  $y$ » y « $x$  produjo su caída» son ambas verdaderas. No obstante, HALL sostiene que producir es con seguridad transitivo. Se sigue entonces que  $x$  produjo  $y$ . En otras palabras, el que Alix saliera corriendo para evitar que Alfred arrojara su piedra produjo que la ventana se rompiera. HALL sostiene que esa conclusión es «simplemente absurda», y yo considero que deberíamos aceptarlo. Si lo hacemos, debemos rechazar la suposición que hicimos a los fines de la *reductio*: tenemos que aceptar que « $y$  dependió de  $x$ » no implica « $x$  produjo  $y$ ».

HALL denomina casos de «doble evitación» a este tipo de casos: aquí  $x$  (el que Alix salga corriendo para detener a Alfred) habría evitado  $y$  (que la ventana se rompiera), si no fuera porque produjo un evento (la caída de Alix) que evitó que evitara  $y$ .

Dije que considero que deberíamos aceptar de acuerdo con HALL que es simplemente absurdo concluir que  $x$  produjo  $y$ . Pero vale la pena mencionar que no todos lo aceptan: para ciertos enfoques,  $x$  sí produjo  $y$ , aunque ordinariamente sería pragmáticamente extraño decirlo. Por otra parte, tampoco todos están de acuerdo en que producir sea transitivo: para ciertos enfoques, la existencia de casos de doble evitación es una de las razones para rechazar la idea de que producir sea transitivo. Por mi parte, comparto en lo que a

esto respecta las intuiciones de HALL. Pero como no conozco argumentos a favor de ellas, dejo abierta al lector la posibilidad de rechazarlas.

En cualquier caso, HALL concluye que hay dos conceptos de «causalidad»: uno como dependencia y otro como producción. Una vez que hemos dirigido nuestra atención a la diferencia entre dependencia y producción, pienso que deberíamos preferir la idea de que la causalidad es simplemente producción, mientras que la dependencia es algo bien diferente. De todas formas, ello no importa: Hall seguramente está en lo cierto al decir que la pregunta acerca de si  $x$  produjo  $y$  y no equivale a la pregunta sobre si  $y$  dependía de  $x$ , y que la respuesta a la última pregunta depende de si  $y$  habría ocurrido en caso de que  $x$  no hubiera ocurrido, mientras que la respuesta a la primera no.

Entonces ¿qué es lo que determina la respuesta a la pregunta si  $x$  produjo  $y$ ? Volveré en breve sobre esta cuestión. Primero volvamos a la pregunta histórica de HONORÉ. Una persona que la formula podría querer saber qué eventos produjo el que Churchill fuera Primer Ministro y, en particular, si el que fuera Primer Ministro produjo que Gran Bretaña siguiera en la guerra. Pero, como dije, otra persona que la formula bien podría querer saber, en cambio, si el que Gran Bretaña siguiera en la guerra dependió de que Churchill fuera Primer Ministro y, de ese modo, si Gran Bretaña habría seguido en la guerra incluso en el caso de que Churchill no hubiera sido Primer Ministro. (Una tercera persona podría, por cierto, querer saber ambas cosas). HONORÉ claramente estaba pensando en la segunda persona.

A la luz de la diferencia entre las dos preguntas, uno podría preguntarse por qué a tantos abogados les ha parecido una idea atractiva pensar que  $x$  causó  $y$  y solo en el caso de que  $y$  no habría ocurrido si  $x$  no hubiera ocurrido, esto es, que  $x$  causó  $y$  y solo en caso de que  $y$  dependiera de  $x$ . ¿Por qué dependencia? ¿Por qué no producción? ¿Quizás porque era (y sigue siendo) difícil ver en qué podría consistir la producción si no consiste en dependencia? ¿Quizás, en cambio, debido a la idea de que la culpa y el elogio se atribuyen especialmente a la dependencia, y así, por ejemplo, que una persona merece mayor elogio y otra mayor culpa si los resultados de sus actos no son —o no son meramente— producidos por sus actos sino que dependen de sus actos? Dudo que eso sea enteramente verdadero. De todas maneras, dejo abierta la cuestión.

En aras a la brevedad, y porque me parece intuitivamente correcto, asumo de aquí en más que hay solo un concepto de «causalidad», y es precisamente el de «producción».

10. ¿Qué es lo que determina la respuesta a la pregunta de si  $x$  produjo  $y$  o, como lo diré ahora, la pregunta de si  $x$  causó  $y$ ? Existen análisis con-

trafáticos de la causalidad más sofisticados que el Análisis de la Condición Necesaria Débil, y más plausibles que el que extraje en la sección 8 de la Fórmula de la Condición Necesaria/Suficiente usando las interpretaciones de «necesario» y «suficiente» suministradas por el Análisis de la Condición Necesaria Débil y el Análisis de la Condición Suficiente Débil. También han existido esfuerzos por analizar la causalidad que no constituyen análisis contrafácticos, los cuales incluyen análisis en la línea del Análisis de la Condición Necesaria/Suficiente con Implicaciones Fácticas. ¡Pero hay una jungla allí afuera! No hay ningún análisis que sea considerado satisfactorio por un número importante de filósofos.

Por otra parte, algunos filósofos creen que no existe algo semejante a un análisis de la causalidad en términos no causales, de modo que mientras un término causal puede ser analizado en términos de otro u otros —como, por ejemplo, «causó» en términos de «relevancia causal», «ley causal» o «proceso causal»—, el concepto de «causalidad» es en sí mismo primitivo<sup>11</sup>.

¿Deberían preocuparse los abogados por el hecho que no se encuentre ningún análisis satisfactorio de la causalidad en términos no causales en la bibliografía filosófica?

H&H dijeron en el comienzo de *Causation in the Law* que su primer objetivo era «identificar las fuentes de las incertidumbres y confusiones que continúan rodeando al uso jurídico del lenguaje causal a pesar de la vasta bibliografía jurídica dedicada a su esclarecimiento» (HART y HONORÉ, 1959: 1). Era ciertamente claro para la mayoría de los abogados en la época en que H&H escribieron que esa gran incertidumbre y confusión había surgido de la presión que los abogados sentían debido a que todas las exigencias del *Common Law* respecto de la responsabilidad —incluso las que surgen de consideraciones normativas de justicia u objetivos políticos— se revelaran como exigencias respecto de la causalidad. El resultado de esa presión fue la aparición en la escena de expresiones como «causa próxima» y «causa jurídica» y, por ende, de profundas oscuridades en el razonamiento que debieron dilucidarse ante los estrados judiciales.

Como reacción, muchos abogados llegaron a pensar que la pregunta sobre si el acto de una persona causó un daño debía distinguirse claramente de la pregunta de si el derecho exige que se le reproche por el daño que causa, si es que lo hace. Hasta allí no hay problemas. Pero de acuerdo con este criterio, debería quedar claro que la única pregunta causal es si el acto

<sup>11</sup> Un breve y útil resumen de los argumentos a favor y en contra de esta idea pueden encontrarse en SCHAPPER, 2007.

u omisión de la persona satisface las exigencias expresadas en el Análisis de la Condición Necesaria Débil. A su juicio, eso era todo lo que resultaba empírico; el resto era normativo.

*Estos abogados eran el blanco primario de H&H en Causation in the Law. H&H deseaban mostrar que en la causalidad hay algo más de lo que se expresa en el Análisis de la Condición Necesaria Débil: hay más en el razonamiento de los tribunales, y más en los razonamientos de sentido común del hombre de la calle. Se puede discutir si la causalidad está limitada de la manera en que H&H dicen que lo está. Pero que hay tanto acerca de ella como dicen que lo hay me parece indiscutible. H&H dejan en claro lo que quieren decir, con detalle y de un modo elegante.*

Sin embargo, dos interrogantes subsisten. En primer lugar, ¿la causalidad está limitada de la manera en que lo dicen H&H? Y, en segundo lugar, ¿qué deben concluir los abogados del hecho de que carecemos de un análisis satisfactorio de la causalidad, y de que es probable que no lo obtengamos en el futuro cercano?

11. He dicho que lo que H&H expresaron fueron las palabras: *x* causó y solo en caso de que «*[x]* sea una de un conjunto de condiciones conjuntamente suficientes para la producción de la consecuencia *[y]*; *[x]* es necesaria porque se la requiere para completar este conjunto». En consecuencia, tal como lo expuse:

(Fórmula de la Condición Necesaria/Suficiente)    *x* causó y solo en el caso que *x* fuera un miembro necesario de un conjunto de elementos que fueron conjuntamente suficientes para *y*.

Pero eso no es del todo correcto. Lo que dijeron fue, más bien, que *x* fue un *factor causalmente relevante* para la ocurrencia de *y* y solo en caso que «*[x]* sea una de un conjunto de condiciones conjuntamente suficientes para la producción de la consecuencia *[y]*; *[x]* es necesaria porque se la requiere para completar este conjunto». De manera que lo que dijeron fue:

(Fórmula de la Condición Necesaria/Suficiente\*)    *x* fue un factor causalmente relevante para la ocurrencia de *y* y solo en caso que *x* fuera un miembro necesario de un conjunto de elementos que fueron conjuntamente suficientes para *y*.

Ahora, desde su punto de vista,  $x$  causó  $y$  solo si  $x$  fue un factor causalmente relevante para la ocurrencia de  $y$ , pero en este enfoque se requiere algo más de  $x$  para que haya causado  $y$  que el que haya sido un factor causalmente relevante para la ocurrencia de  $y$ . Lo que H&H dijeron que se requiere además es lo siguiente: no debe haber sido el caso que  $y$  siguiera a  $x$  solo debido a la presencia de algún tercer factor, que haya sido ya sea (i) un evento anómalo, o (ii) un acto voluntario de una persona distinta del agente de  $x$ .

He aquí uno de los ejemplos de H&H: « $A$  le pega a  $B$ , quien cae al suelo sin sentido y herido por el golpe; en ese momento un árbol se desploma y mata a  $B$ » (HART y HONORÉ, 1959: 73). Sea  $x$  el que  $A$  le pega a  $B$ , e  $y$  la muerte de  $B$ . En cualquier interpretación plausible de la Fórmula de la Condición Necesaria/Suficiente\*,  $x$  fue un factor causalmente relevante de la ocurrencia de  $y$ . Pero H&H continúan diciendo: « $A$  sin duda ha causado las lesiones de  $B$ , pero no su muerte...». De modo que  $x$  no causó  $y$ . ¿Por qué no? Existió un tercer factor  $\alpha$  —la caída del árbol— tal que  $y$  no habría seguido a  $x$  si  $\alpha$  no hubiera ocurrido en el momento en que  $B$  estaba debajo del árbol, pero también tal que fue una coincidencia que  $\alpha$  ocurriera en el momento en que  $B$  estaba debajo del árbol, de modo que  $\alpha$  fue, para estos fines (i) un evento anormal.

He aquí una variante de ese ejemplo.  $A$  golpea a  $B$ , quien cae al suelo sin sentido y herido por el golpe. En ese momento aparece  $C$ , y como odia a  $B$ , aprovecha la oportunidad: derriba un árbol sobre  $B$ , matándolo. Sea nuevamente  $x$  el que  $A$  golpea a  $B$  e  $y$  la muerte de  $B$ . En cualquier interpretación plausible de la Fórmula de la Condición Necesaria/Suficiente\*,  $x$  fue un factor causalmente relevante de la ocurrencia de  $y$  en esta variante al igual que en el ejemplo de H&H. Pero aquí también H&H habrían dicho « $A$  sin duda ha causado las lesiones de  $B$ , pero no su muerte...». Por consiguiente,  $x$  no causó  $y$ . ¿Por qué no? Existió un tercer factor  $\beta$  —el que  $C$  derribara el árbol— tal que  $y$  no habría seguido a  $x$  si  $\beta$  no hubiera ocurrido en el momento en que  $B$  estaba debajo del árbol. Pero aquí el tercer factor fue (ii) un acto voluntario de una persona distinta del agente de  $x$ .

H&H suministran una considerable cantidad de pruebas de que los tribunales no considerarían a  $A$  punible por la muerte de  $B$  en ninguno de estos dos ejemplos, el original o su variante. (Las lesiones de  $B$  son una cosa, su muerte otra.) Y dicen que eso sería lo correcto, no solo porque sería injusto punir a  $A$  por la muerte de  $B$ , sino porque el que  $A$  golpeará a  $B$  no causó realmente la muerte de  $B$ .

H&H dicen «al derecho le conciernen las nociones de causalidad del hombre común (y no las del filósofo o del científico)...» (HART y HONORÉ, 1959: 1). Y entiendo que piensan que si esos ejemplos se le presentaran al



hombre común, estaría de acuerdo en que el que *A* golpeará a *B* no causó realmente la muerte de *B*.

Sospecho firmemente que tienen razón acerca del hombre común: éste diría que si bien el que *A* golpeará a *B* fue algo malo, no causó realmente la muerte de *B* en ninguno de los dos ejemplos.

Existe aquí, sin embargo, un espacio para la duda. ¿Cuál es exactamente la importancia de que el hombre común esté de acuerdo? Porque es perfectamente sensato pensar que las ideas del hombre común sobre la causalidad están empapadas de normatividad. Cuando queremos saber qué es lo que causó un mal resultado, generalmente queremos saberlo porque queremos saber qué fue responsable de ello. Y el que *A* golpeará a *B* no fue responsable de la muerte de *B* en ninguno de los dos ejemplos. Quizás ese pensamiento sea el responsable de que el hombre común esté de acuerdo. Si es así, el hombre común se compromete con algo altamente implausible, y cuando se lo mostremos, podría esperarse que retirara su acuerdo. (Las intuiciones del hombre común son algo más maleables de lo que a veces se piensa).

Regresemos a los tribunales. H&H dicen que «una conjunción extraordinaria de eventos, intencional o planeada, no niega la conexión causal» (HART y HONORÉ, 1959: 159). Por ejemplo, si un acusado «sujeta a su víctima y la deja en la calle en un lugar donde tiene razones para suponer que un pesado árbol caerá media hora después, la muerte de la víctima por la caída del árbol no es una coincidencia». Agregan que lo mismo se aplica a las intervenciones humanas: «Si el acusado persuade a su víctima de que duerma en una casa a la cual sabe que un tercero prenderá fuego esa noche, es presumiblemente culpable de homicidio si la víctima muere en el incendio».

Volvamos entonces a nuestros dos ejemplos. He aquí algunas variantes de ellos, a las que denominaré las *variantes planeadas*. *Primera variante planeada*. *A* salió a caminar con *B*, y lo golpeó cuando llegaron a un lugar directamente debajo de un árbol que *A* tenía buenas razones para creer que caería pronto y, de hecho, golpea a *B* precisamente para que quede debajo del árbol cuando caiga. En ese caso, entiendo que los tribunales considerarían a *A* punible por la muerte de *B*, y H&H dirían que eso sería correcto, no solo porque no sería injusto punir a *A* por la muerte de *B*, sino porque el que *A* golpeará a *B* causó efectivamente la muerte de *B*. Y estoy segura de que el hombre común estaría de acuerdo con esto: dados los planes de *A*, el que *A* golpeará a *B* fue responsable de la muerte de *B*, y la causó.

*Segunda variante planeada*. *A* sabía que *C* quería matar a *B*, y estaba esperando solo por falta de oportunidad para llegar a él. *A* salió a caminar con *B* cerca de donde *C* camina todas las tardes. Al ver que *C* estaba parado cerca de un viejo árbol que sabía podría ser fácilmente derribado sobre *B*, y al ver

que *C* los veía acercándose al árbol, *A* golpeó a *B*. De hecho, golpeó a *B* precisamente para que cayera al suelo debajo del árbol, sin sentido y herido por el golpe, dándole a *C* su oportunidad para derribar el árbol sobre él. Entonces, entiendo que los tribunales considerarían punible a *A* por la muerte de *B*, y H&H dirían que eso sería correcto, no solo porque no sería injusto punir a *A* por la muerte de *B*, sino porque el que *A* golpeará a *B* causó efectivamente la muerte de *B*. Estoy segura de que el hombre común estaría de acuerdo con esto: dados los planes de *A*, el que *A* golpeará a *B* fue responsable de la muerte de *B*, y también la causó. (Por supuesto, el que *C* derribara el árbol sobre *B* también fue responsable de la muerte de *B*, y también la causó).

Ahora surge la siguiente conclusión: la pregunta de si el que *A* golpeará a *B* causó su muerte depende de aquello que *A* tenía buenas razones para creer o para saber, y de cuál era su intención cuando golpeó a *B*. Dados un cierto estado epistémico y una intención, el que *A* golpeará a *B* no causó la muerte de *B*; dados un estado epistémico y una intención diferentes, el que *A* golpeará a *B* sí causó la muerte de *B*. Pero eso *no puede* ser correcto. El estado epistémico y la intención de *A* tienen incidencia sobre si el que *A* golpeará a *B* fue responsable de la muerte de *B*. Pero no puede pensarse que una diferencia en el estado epistémico y la intención de *A* determine que un caso el que *A* golpeará a *B* haya causado su muerte mientras que en el otro caso no, porque si el que *A* golpeará a *B* causó la muerte de *B* depende de cómo es el mundo, y no de lo que *A* cree o deja de creer, o de cómo quiere que sea.

No podemos ciertamente decir que el que una cosa se moviera de cierto modo haya causado un evento posterior dependa de si la cosa que se movió de ese modo era un ser humano o un robot.

¿El que *A* golpeará a *B* causó la muerte de éste en las variantes planeadas? Debería pensar que sí, pero entonces el que *A* golpeará a *B* también causó la muerte de *B* en los dos ejemplos originales. Y si los tribunales declinaran punir a *A* en los dos ejemplos originales, esa decisión no podría justificarse recurriendo a que haya sido el caso que el que *A* golpeará a *B* no causó la muerte en esos ejemplos, porque ése no fue el caso. Pienso que cuando se le muestra al hombre común que se ha comprometido con una conclusión que no puede ser verdadera, se podría esperar *ahora* que conceda que, mientras el que *A* golpeará a *B* es responsable por la muerte de éste último en los dos ejemplos originales, eso no muestra que no causó la muerte de *B*.

12. ¿Deberían preocuparse los abogados por el hecho de que no puede encontrarse en la bibliografía filosófica ningún análisis satisfactorio de la causalidad en términos no causales?

Una fuente persistente de preocupación parece ser que si carecemos de un análisis de la causalidad en términos no causales entonces nos quedamos

sin nada excepto nuestras intuiciones acerca de si esto o aquello causó una cierta cosa. Y mientras los filósofos podrían sentirse a gusto con esa posibilidad, sentados en sus estudios, los tribunales necesitan dirimir disputas causales y, de hecho, ofrecer justificaciones para sus decisiones. Además, la imagen de los tribunales confiando solamente en la intuición no es para nada propicia para formar convicción de que la institución opera de manera justa.

Sin embargo, no nos quedamos solo con intuiciones acerca de si esto o aquello causó una cierta cosa. Tenemos una considerable cantidad de conocimiento general acerca de la causalidad, que no llega al nivel de un análisis, pero que en su mayor parte es relevante para la cuestión causal.

Sabemos, por ejemplo, que si  $x$  e  $y$  fueron eventos discretos, entonces existe una cuestión empírica y no normativa relativa a si  $x$  causó  $y$ . Si el acto de  $A$ , y el mismo  $A$ , han de ser considerados responsables por haber lesionado a  $B$  o, en términos más generales, si debe punirse a  $A$  por lesionar a  $B$ , ello simplemente no dirime la cuestión de si el acto de  $A$  causó que se lesionara a  $B$ <sup>12</sup>.

También sabemos que el Análisis de la Condición Necesaria Débil no funciona: ello porque sabemos que hay contraejemplos contra él. Por otro

---

<sup>12</sup> Estoy segura de que ha sido por la presión que mencioné antes de que se declare a una persona punible por un daño solo si lo causó, por lo que los abogados han considerado esencial ser capaces de decir que los actos de omisión pueden causar cosas. Por ejemplo, queremos poder sostener que el jardinero es punible por la muerte de las plantas si era su deber regarlas y no lo hizo. Y lo que los abogados tradicionalmente han dicho les permitía admitir que los actos de omisión pueden causar cosas, porque el Análisis de la Condición Necesaria Débil da cabida alegremente a esa tesis. Después de todo, puede ser verdad que las plantas no habrían muerto si el jardinero las hubiese regado, y ese análisis por consiguiente implica que su acto de omisión causó su muerte.

Pero si todo lo que las plantas necesitaran para vivir fuese agua, entonces no habrían muerto si la Reina Isabel las hubiera regado. Esto nos fuerza a elegir entre: (i) aceptar que su acto de omisión también causó la muerte de las plantas, pero considerar punible solo al jardinero, o (ii) encontrar un fundamento diferente para atribuir causalidad al acto de omisión del jardinero que no se propague a ella. (ii) es una opción particularmente poco atractiva si lo que individualiza al jardinero como punible es que tenía el deber de regar las plantas mientras que ella no. Porque si consideramos que *eso* es lo que determina que él causó su muerte mientras que ella no, entonces la atribución causal que hacemos es normativa.

También estoy segura de que es una causa perdida (si se me permite la expresión), pero quizás habría sido una mejor opción el distinguir, como lo hace Ned HALL, entre dependencia y producción —y decir que la muerte de las plantas dependió de que el jardinero no las regara, y de que la Reina Isabel las regara, y de que no lo hicieras tú ni yo, pero que no fue producida por él, ni por ella, ni por ti ni por mí, y entonces considerar punible solo al jardinero por su muerte sobre la base de que solo él tenía el deber de regarlas.

HALL sostiene en un libro de próxima aparición que las omisiones no causan cosas (en el sentido de producirlas). En THOMSON, 2003 traté de justificar que sí lo hacen: que causan cosas de la manera en la que los estados de cosas lo hacen. Pero el argumento que presenté allí me parece ahora que ha sido insatisfactorio.

lado, sabemos que muy a menudo (aunque si Ned HALL tiene razón, *solo* muy a menudo) cuando es verdad que si  $x$  no hubiera ocurrido, entonces  $y$  no habría ocurrido,  $x$  causó efectivamente  $y$ .

También sabemos que cuando  $x$  causó  $y$ , generalmente lo hizo en el marco de un contexto de otros eventos y estado de cosas. Esto es puesto de manifiesto explícitamente y, por lo tanto, fructíferamente, por el Análisis de la Condición Necesaria/Suficiente con Implicaciones Fácticas. Vale la pena advertir, no obstante, que esta consideración también estaba incorporada en el Análisis de la Condición Necesaria Débil, en cuanto ese análisis nos invita a prestar atención a lo que acontece en el mundo posible más cercano en el que  $x$  no ocurre.

También sabemos que cuando  $x$  causó  $y$ , existió un proceso causal que comenzó con  $x$  y terminó con  $y$ . En algunos casos, el proceso es breve. Si Alfred golpea la ventana de Bert con un martillo, hay un proceso causal que va desde el contacto del martillo con la ventana hasta que se rompe, y estimamos que un físico podría explicarnos el modo en que la presión sobre algo frágil causa que se rompa. En otros casos, el proceso es más largo. Supóngase que Alfred arroja una piedra en Boston y un tiempo después, una ventana se rompe en la casa de Bert en Nueva York. Si pensamos que el primer evento causó el segundo, presumiblemente no es porque tengamos en mente que existe una conexión legaliforme entre los dos eventos. Lo que tenemos en mente es que tuvo lugar un largo y complejo proceso causal. (Quizás la piedra de Alfred aterrizó en una sartén caliente, que provocó que cierta grasa caliente se derramara sobre un aparato electrónico sensible, que causó que se cerrara un circuito, que causó que un misil se lanzara, que causó...). Pensamos que es entre los pasos de este proceso que se verifican conexiones legaliformes. Y se verifican, si es que un evento causó al otro a través de esa ruta.

He listado aquí solo piezas de conocimiento general que he mencionado en las secciones precedentes, hay muchas más.

He dicho que *sabemos* estas cosas. ¿Qué es lo que justifica esa afirmación? En parte nuestro conocimiento de las interconexiones entre conceptos causales, como, por ejemplo, entre «causas» y «proceso causal». En parte nuestra experiencia pasada de las formas en las que se puede provocar tal o cual resultado haciendo tal o cual cosa: aprendemos a lo largo de los años que si se quiere provocar un resultado del tipo T, entonces si se actúa de tal y tal forma, se *producirá* un resultado de ese tipo.

En última instancia, por supuesto, todo descansa en la intuición. Pero la intuición puede volverse más sensible con la experiencia, y las intuiciones pueden organizarse en principios generales, cuyo uso nos permite predecir

intuiciones adicionales. Así es como funcionan las cosas en otras áreas de nuestra vida intelectual. En caso de que los abogados no lo hayan advertido, el concepto de «causalidad» no es el único concepto central para nuestro entendimiento respecto del cual carecemos de un análisis adecuado. Eso también ocurre con el concepto de «justicia», por ejemplo. Y con los de «justificación», «conocimiento» y «conciencia». Aquí también nuestro razonamiento es mejor conforme nuestras intuiciones son más sensibles y más organizadas productivamente.

La mejor manera para que los abogados adquieran conocimiento general acerca de la causalidad es estudiar discusiones de casos —reales e hipotéticos— en los que un autor perspicaz generaliza. H&H constituyen un espléndido ejemplo. *Causation in the Law* no es la última palabra sobre la causalidad en el derecho, pero toda ruta que pretende superarlo pasa por él<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Agradezco a Mahrad Almotahari, Tom Dougherty, Catherine Egin, Adam Hossin, y Seth Yalcin sus comentarios a un borrador previo.



CAPÍTULO IX

**LA PESADILLA Y EL NOBLE SUEÑO:  
HART Y HONORÉ SOBRE CAUSALIDAD  
Y RESPONSABILIDAD**

Richard W. WRIGHT

Cuando, en los inicios de mi carrera académica, le comenté a un colega que había comenzado a leer el tratado de Herbert HART y Tony HONORÉ *Causation in the Law* (1959), exclamó «¡No lo hagas! ¡Nunca escaparás de él!». Estuvo en lo cierto. Me intrigaron y cautivaron sus discusiones sobre las complejidades de los conceptos fundamentales de causalidad y de responsabilidad, que han constituido un foco primordial de mi trabajo desde entonces. En su tratado, HART y HONORÉ presentaron discusiones separadas de esos conceptos en la bibliografía jurídica y filosófica, combinando un esclarecedor análisis filosófico con una discusión detallada de la jurisprudencia. Introdujeron a los filósofos en los enigmas jurídicos de la sobredeterminación causal que la bibliografía filosófica escasamente había enfrentado o incluso reconocido, establecieron un nuevo criterio filosóficamente fundado para resolver esos enigmas, y propusieron un conjunto de principios «causales», profundamente arraigados en el pensamiento ordinario, para identificar causas y atribuir responsabilidad jurídica.

Los logros más significativos del tratado se encuentran en los dos primeros puntos: introducir a los filósofos a los enigmas de la sobredeterminación causal y el establecimiento de un novedoso criterio filosóficamente fundado para resolverlos. He escrito mucho sobre esos logros en otra parte (WRIGHT,

1985: 1788-1803; WRIGHT, 1988: 1018-1039; WRIGHT, 2001: 1101-1131; WRIGHT, 2007). Quiero ocuparme aquí del tercer punto, esto es, el intento de establecer un conjunto de principios causales, profundamente arraigados en nuestro pensamiento ordinario, para identificar causas y atribuir responsabilidad jurídica. Estoy de acuerdo con HART y HONORÉ en que hay principios básicos para atribuir responsabilidad jurídica que no se basan en las contingencias de la política o la conveniencia; de hecho, creo que hay otros principios de ese tipo además de los principios de causalidad sustituta en los que ellos se concentran (WRIGHT, 2003). Sin embargo, discrepo firmemente en tratar a estos principios, en la medida en que abarcan algo más que el hecho de la causalidad natural, como principios de causalidad en vez de tratarlos como principios no causales de atribución justa de responsabilidad jurídica. Al tratar a sus principios como principios de causalidad, HART y HONORÉ distorsionaron su elaboración de principios de atribución de responsabilidad y han contribuido a continuar la confusión en torno al —en lugar de clarificar el— concepto de causalidad y su relación con la responsabilidad moral y jurídica.

## 1. LA PESADILLA Y EL NOBLE SUEÑO<sup>1</sup>

El intento de HART y HONORÉ de tratar a los principios normativos para atribuir responsabilidad jurídica como principios de causalidad es, a primera vista, bastante desconcertante, dada la notable contradicción que existe entre ese intento y la teoría positivista estricta del derecho que HART simultáneamente se ocupaba de elaborar y defender. En el mismo período en el que se estaba escribiendo *Causation in the Law*, HART escribía sus famosas defensas del positivismo jurídico, que sostenían al positivismo jurídico en su forma más estricta. Pese a sus protestas en contrario, en sus inicios HART no era meramente un positivista jurídico, que insistía en que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, sino también un formalista jurídico. Insistía en que el derecho existente consiste únicamente en el núcleo de significado claro o establecido de las normas jurídicas explícitamente formuladas, que se aplican deductivamente<sup>2</sup> para resolver la gran mayoría

<sup>1</sup> Como lo hago aquí, en su aguda biografía intelectual, Nicola LACEY (2004) toma prestada la frase que HART aplicó a los críticos de sus teorías y la aplica al propio HART, aunque la emplea con un sentido diferente al mío y al de HART, para compendiar la confusión psicológica que embargó a HART en toda su vida, en la medida en que sus ambiciones intelectuales y sus deseos emocionales eran constantemente acosados por ansiedades y dudas.

<sup>2</sup> Para los casos que caen dentro del núcleo de significado claro «el proceso de subsunción y la derivación silogística ... caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta» (HART, 1961: 123-124) [HART, 1963: 158-159].



de las disputas jurídicas, y que para los casos que no caen dentro del núcleo del significado establecido no hay derecho existente que limite la toma de decisiones judiciales. Los jueces deben en cambio decidir tales casos creando nuevo derecho para alcanzar lo que cada juez estime como el resultado social más ventajoso (HART, 1958: 606-615, 627-629; HART, 1961: 119-132, 150, 200-201 [HART, 1963: 152-169, 191, 252-254]).

Sin embargo, en *Causation in the Law*, HART y HONORÉ se encuentran abocados a elaborar un conjunto de principios para atribuir responsabilidad moral y jurídica, que insisten que no son «invenciones del derecho» o basadas en la «conveniencia, justicia o política social», sino que más bien son «principios de causalidad de sentido común» que resultan «parte del bagaje de nociones generales del hombre ordinario» e involucran cuestiones de hecho más que cuestiones de política, «de manera similar a la concepción convencional del uso por parte del derecho de otras nociones muy generales como las relativas a la localización temporal o espacial» (HART y HONORÉ, 1985: 91-92). Afirman que esos principios causales «tienen raíces muy profundas en nuestro pensamiento y en las ideas comunes de cuando es justo o equitativo castigar o exigir una compensación» (HART y HONORÉ, 1985: 1):

[S]iempre que nos ocupamos de [trazar conexiones entre acciones humanas y eventos], sea con el propósito de explicar un acontecimiento desconcertante, evaluar la responsabilidad, u ofrecer una narración histórica inteligible, empleamos un conjunto de conceptos que restringen de diversas maneras lo que cuenta como una consecuencia. Esas restricciones impregnan *todo* nuestro pensamiento en términos causales: cuando las encontramos en el derecho no estamos frente a algo inventado por el derecho o peculiar en éste, si bien desde luego es el derecho el que debe decir cuándo y hasta dónde las usara y, cuando son vagas, cómo complementarlas (HART y HONORÉ, 1985: 70).

HART y HONORÉ parecen tratar los casos en los que los humanos «causan daño» como definidos por estos principios como fundamento suficiente para atribuir responsabilidad moral (HART y HONORÉ, 1985: 63-67), y como fundamento suficiente *prima facie* para atribuir responsabilidad jurídica, que son desplazados solo en consideración a «consecuencias sociales» adversas:

Usualmente al discutir acerca del derecho ... decir que alguien es responsable por algún daño significa que de acuerdo con las reglas jurídicas ... es por lo menos permisible, si no obligatorio, ... castigarlo o exigirle una compensación ... [E]l hacer o causar un daño constituye no solo el tipo de fundamento más usual sino el primordial para sostener que las personas son responsables en [este] sentido (HART y HONORÉ, 1985: 65).

[T]anto en el derecho como en la moral, las diversas formas de conexión causal entre la acción u omisión y el daño constituyen las razones más obvias

y menos discutibles para sostener que alguien es responsable. No obstante, a fin de comprender hasta qué punto se usan las nociones causales del pensamiento ordinario en el derecho, debemos tener en mente los numerosos factores que deben diferenciar la responsabilidad moral de la jurídica a pesar de su correspondencia parcial. El derecho no solo no está obligado a seguir los patrones de la atribución moral de responsabilidad, sino que, incluso cuando lo hace, debe tener en cuenta —de un modo en que el juicio de la moral privada no necesita hacerlo y no lo hace— las consecuencias sociales generales que se siguen de sus juicios de responsabilidad ... El uso de sanciones jurídicas de prisión, o compensación monetaria para con los individuos, tiene repercusiones tan formidables en la vida general de la sociedad que el hecho de que los individuos tengan un tipo de conexión [causal] con el daño que resulta adecuado para la censura moral o para exigir compensación es solo *uno* de los factores que el derecho debe considerar (HART y HONORÉ, 1985: 66).

Debido al papel fundamental y omnipresente que tiene la causalidad en el derecho, HART y HONORÉ contradicen el postulado básico del positivismo jurídico — la inexistencia de cualquier conexión necesaria entre el derecho y la moral — al insistir en que sus principios de atribución de responsabilidad moral y (*prima facie*) jurídica son principios fácticos de causalidad profundamente arraigados en el pensamiento humano.

¿Cómo explicar esta notable contradicción? Creo que fue generada por el intento de HART, tanto en *Causation in the Law* como en sus escritos sobre positivismo jurídico, de defender al derecho y al razonamiento jurídico del escepticismo frente a las reglas y el nihilismo jurídico que atribuyó a los realistas jurídicos estadounidenses. Los realistas jurídicos rechazaban la concepción formalista del derecho como un sistema de reglas explícitamente formuladas que los jueces aplican deductivamente a los casos particulares. Insistían en que la toma de decisiones jurídicas inevitablemente requería recurrir de forma explícita o implícita a principios o propósitos subyacentes. Los realistas jurídicos extremos sostenían que ese recurso abría la puerta a una discrecionalidad judicial ilimitada y, por ello, al nihilismo jurídico. Los realistas jurídicos moderados como Karl LLEWELLYN — a quien HART inicialmente describió erróneamente como un nihilista jurídico (HART, 1961: 130) [HART, 1963: 166] — creían que a través de un análisis cuidadoso de los casos reales se podrían reconstruir las reglas reales, con frecuencia no formuladas, y sus propósitos y principios subyacentes, que constituirían el derecho real que guía y limita la toma de decisiones judiciales (LLEWELLYN, 1951: ix-xi, 2-5, 12-15, 40-44, 69-76, 81, 88, 91-92, 187-190; TWNING, 1973).

HART inicialmente rechazó el argumento, al que más tarde describiría como un noble sueño (HART, 1977), de que la pesadilla del nihilismo jurídico podía evitarse recurriendo a los propósitos o principios que subyacen

a las reglas jurídicas y a las decisiones judiciales<sup>3</sup>. Aceptó y repitió el argumento de los realistas jurídicos extremos de que ese recurso conduce a una discrecionalidad judicial ilimitada y a una indeterminación omnipresente. Sin embargo, negó que esa estrategia fuese inevitable o incluso frecuente. En lugar de ello, en sus escritos iniciales propuso su propio noble sueño: que el derecho consiste en el núcleo del significado claro o establecido de un sistema de reglas explícitamente formuladas, que se aplican deductivamente en la gran mayoría de los casos sin recurrir a propósitos subyacentes, directivas políticas o principios [HART, 1958: 607-615, 627-9; HART, 1961: 119-132, 150, 200-201 (HART, 1963: 152-169, 191, 252-254)].

HART intentó aplicar su propia versión del noble sueño en *Causation in the Law*. Uno de los dos objetivos declarados de HART y HONORÉ en *Causation in the Law* es rebatir los argumentos de los «minimalistas causales» y de los nihilistas causales. Su principal blanco en las dos ediciones son los realistas jurídicos estadounidenses, que en general eran minimalistas causales, aunque algunos pocos eran nihilistas causales. (Para la época de la segunda edición, los realistas jurídicos más extremos se habían unido como nihilistas causales con los teóricos de la escuela económica del derecho y con los partidarios de la corriente *Critical Legal Studies*). Los minimalistas causales insisten en que la única cuestión verdaderamente causal en cualquier caso es la cuestión puramente empírica de si la causa alegada realmente contribuyó a la ocurrencia del efecto alegado; que esta cuestión de la causalidad empírica o natural por lo general es trivialmente satisfecha, y que el uso que los tribunales hacen de la terminología causal para referirse no solo a la causalidad natural sino a la cuestión adicional de la responsabilidad jurídica apropiada enmascara y distorsiona la multiplicidad de cuestiones políticas que deben gobernar y usualmente gobiernan a la responsabilidad jurídica. Los nihilistas causales afirman que incluso la cuestión de la causalidad natural inevitablemente comprende juicios políticos discrecionales respecto de la responsabilidad jurídica última (HART y HONORÉ, 1985: xxxiv-xxxv, 3-5, 88-90 y n. 18, 95-108).

El otro objetivo declarado de HART y HONORÉ en *Causation in the Law* es refutar los argumentos de los minimalistas causales y los nihilistas causales identificando y expresando, mediante el análisis del lenguaje ordinario

---

<sup>3</sup> Como resultado de las críticas devastadoras a su posición formalista por parte de Lon FULLER (1958) y Ronald DWORKIN (1967), HART admitió posteriormente que los propósitos y principios subyacentes son parte del derecho existente y guían y limitan una adecuada toma de decisiones judiciales en todos los casos, si bien, no obstante, continuó afirmando que los propósitos y principios subyacentes podrían no ser moralmente aceptables y no suministrarían una respuesta determinada para todo caso (HART, 1983: 6-8; HART, 1994: 259-263, 274-275; WRIGHT, 1999: 266-269, 272-274).

tal como se lo utiliza dentro y fuera del derecho, principios de causalidad de «sentido común» arraigados en el pensamiento ordinario, los cuales no solo comprenden la cuestión de la causalidad natural sino también las atribuciones de responsabilidad jurídica (HART y HONORÉ, 1985: xxxiii-xxxiv, 1-3). Para esa época HART se había vuelto un reciente y devoto converso al enfoque del «análisis del lenguaje ordinario» de J. L. AUSTIN (LACEY, 2004: 132-147, 155-157). Como lo explicó HART más tarde, la filosofía del lenguaje austiniana se basaba en «la convicción de que perplejidades filosóficas de larga data podían a menudo resolverse, no mediante el despliegue de alguna teoría general, sino a partir de una discriminación y caracterización sensible y casuística de las distintas maneras en las que se emplea el lenguaje humano, algunas de las cuales reflejan diferentes formas de la vida humana» (HART, 1983: 2).

La motivación principal de HART para participar como coautor de *Causation in the Law* fue presumiblemente la oportunidad de aplicar el análisis del lenguaje ordinario a lo que constituye quizás el componente más fundamental y omnipresente del derecho y la obligación jurídica: la causalidad. No obstante, cualquiera que haya leído algo más que unas pocas discusiones judiciales acerca de la causalidad desesperaría al enfrentarse al laberinto de afirmaciones inconcluyentes, poco elaboradas, extremadamente amplias e imprecisas acerca de la existencia o no de la causalidad, sea natural o «próxima», que a menudo confunden cuestiones de causalidad natural con las cuestiones ulteriores de la responsabilidad jurídica última comprendidas en la causalidad «jurídica» o «próxima». De hecho, cuando durante el año que pasó en Estados Unidos en 1956-1957, HART tomó contacto con la jurisprudencia norteamericana y la bibliografía del realismo jurídico estadounidense, que dejó al descubierto ese sombrío estado de cosas, tuvo serias dudas sobre si continuar con el proyecto de la causalidad, y creyó que si efectivamente lo continuaba, se requería una revisión profunda para lidiar con los argumentos del realismo jurídico y la jurisprudencia que parecía dar fundamentos a sus argumentos<sup>4</sup>. Cuando HART volvió de Estados Unidos, HONORÉ tuvo que convencerlo para continuar con el proyecto (LACEY, 2004: 210-211).

Fue afortunado que HONORÉ convenciera a HART de continuar, porque *Causation in the Law* contiene muchas cosas de alto y perdurable valor,

---

<sup>4</sup> Durante su año en Harvard, «los intercambios de opiniones cotidianos [de HART con Herbert WECHSLER], así como su lectura de la vasta bibliografía estadounidense sobre la causalidad próxima, lo convencieron de que el enfoque que Tony HONORÉ y él habían asumido debía modificarse para tomar más en serio el “enfoque de los principios”... Como resultado directo del encuentro de Herbert con WECHSLER, la versión final de *Causation in the Law* se reconstruyó en términos de un debate con el enfoque de los principios» (LACEY, 2004: 188). En su regreso a Inglaterra, HART escribió en su cuaderno «es necesario ordenar el libro en torno al «enfoque de los principios» —*difficil*» (LACEY, 2004: 209).

incluyendo su primordial avance en el análisis de la causalidad natural y su insistencia en la existencia de ciertos principios básicos para atribuir responsabilidad. Es desafortunado que estos significativos logros se hayan visto distorsionados y ensombrecidos por la devoción de HART durante este período por el formalismo jurídico y por la árida e infructuosa técnica filosófica del análisis del lenguaje ordinario. Uno se pregunta cuánto más claro y sólido habría sido el libro si el enfoque de HONORÉ sobre la ciencia jurídica hubiese prevalecido y HART hubiese no obstante seguido comprometido con el proyecto. Nicola LACEY relata que «Tony HONORÉ ... era consciente de que Herbert estaba preocupado por ciertas diferencias que existían entre ellos, en especial la adhesión de Tony HONORÉ con mayor reserva a la filosofía del lenguaje y su enfoque más kantiano... [HART] puso reparos a una opinión que Tony HONORÉ había expresado, describiéndola como «*naturrechtlich*»» (LACEY, 2004: 210). En cualquier caso, no obstante, HART fue el autor dominante, y hay solamente algunos escasos pero interesantes indicios de sus diferentes puntos de vista en las partes del libro de las que cada uno fue responsable principal<sup>5</sup>.

## 2. ATRIBUYENDO RESPONSABILIDAD: LA PATOLOGÍA DEL ANÁLISIS DEL LENGUAJE ORDINARIO

*Causation in the Law* ha sido descrito como el «pináculo» de la escuela del análisis del lenguaje ordinario austriana (LACEY, 2004: 215). Como tal, bien puede haber contribuido a la pronta decadencia de esa escuela. Se supone que el análisis del lenguaje ordinario opera tomando en serio los usos del lenguaje ordinario y diseccionándolos cuidadosamente para revelar las significativas distinciones filosóficas que se ocultan detrás de los diferentes usos en diferentes contextos (LACEY, 2004: 134-135). Dudo que exista un cuerpo de lenguaje menos adecuado para este tipo de análisis que el discurso causal, en particular el discurso causal tal como se emplea en el derecho.

HART y HONORÉ reconocen que el lenguaje causal que emplean los tribunales es con frecuencia «insatisfactorio» (HART y HONORÉ, 1985: 5), y que «los tribunales discuten y deciden [asuntos] con terminología causal con mucha frecuencia acompañados de una nube de metáforas» (HART y HONORÉ, 1985: 88). Están de acuerdo en que la frase tan corrientemente usada «causa próxima» es más engañosa que esclarecedora, excepto por su

---

<sup>5</sup> HART bosquejó los capítulos filosóficos iniciales de la Parte I y los capítulos sobre derecho penal de la Parte II, mientras que HONORÉ esbozó los capítulos sobre derecho de daños, contratos y prueba de la Parte II y los capítulos sobre las teorías continentales de la causalidad de la Parte III («que HART menospreciaba») (LACEY, 2004: 210-211).

exclusiva «fuerza negativa como recordatorio de que, para demostrar una conexión causal entre eventos a efectos jurídicos, no es suficiente con mostrar que uno es condición necesaria (causa física) del otro» (HART y HONORÉ, 1985: 86-87). De hecho, a pesar de su compromiso declarado de tomar en serio al lenguaje ordinario, solo pueden haber visto el laberinto de terminología causal indiscriminada y metafórica en el derecho como un obstáculo a superar, más que como una fuente de ilustración respecto de los conceptos o principios causales. Como lo advierte Nicola LACEY (2004: 217), esto en ocasiones resulta dramáticamente evidente, como cuando siguiendo a MILL critican el uso corriente en los tribunales de la metáfora de fuerzas activas, y el fracaso concomitante en reconocer a los estados persistentes y a las omisiones como causas (HART y HONORÉ, 1985: 16, 30-31, 38, 97), o cuando rechazan sumariamente los enunciados explícitos de los jueces de que la palabra «próxima» en «causalidad próxima» no tiene nada que ver con la cuestión de la causalidad sino que se refiere más bien a consideraciones de conveniencia, políticas públicas o justicia (HART y HONORÉ, 1985: 90-91).

En términos más generales, HART y HONORÉ advierten los usos ambiguos en el lenguaje ordinario dentro y fuera del derecho de términos como «causa» y «responsable por», cada uno de los cuales a veces se usa meramente para referirse al hecho de la causalidad natural pero en otras ocasiones abarca también —o en cambio— la atribución de responsabilidad moral o jurídica (HART y HONORÉ, 1985: 65). Esto es particularmente cierto de la frase «la causa» en lugar de «una causa», aunque incluso esta última frase es empleada con frecuencia para referirse no meramente a la causalidad natural sino a la atribución de responsabilidad jurídica (WRIGHT, 1988: 1012-1014). Reconocen que en el uso ordinario el identificar a alguna cosa como una «causa», en lugar de como una mera «condición» o «circunstancia», depende de nuestros «intereses prácticos», y que personas diferentes pueden ofrecer y de hecho ofrecen diferentes respuestas en la misma situación, dependiendo de sus intereses prácticos y propósitos particulares (HART y HONORÉ, 1985: 35-37, 62). «Claramente», sostienen, «la distinción tiene ... mucho que ver con el contexto y el propósito particular para los cuales se plantea una investigación causal particular y se responde a ella» (HART y HONORÉ, 1985: 11). El propósito generalmente reconocido de la investigación causal o de otros tipos en el derecho es la justicia (WRIGHT, 1999; WRIGHT, 2000) o, según algunos, la eficiencia, y cualquiera de ellos contradice la tesis de HART y HONORÉ de que sus principios de atribución de causalidad y responsabilidad no son ni privativos del derecho ni se basan en la «conveniencia, la justicia o los objetivos sociales» (HART y HONORÉ, 1985: 91-92).

No obstante, HART y HONORÉ persisten en intentar explicar la distinción que a menudo se traza entre «causas» y meras «condiciones» como basadas, no en la «conveniencia, la justicia o los objetivos sociales», sino más bien

en «principios de causalidad del sentido común», que no son «invención del derecho» sino «parte del bagaje de nociones generales del hombre ordinario» (HART y HONORÉ, 1985: 11-13, 17-19, 26, 91-92). Sostienen que «[c]omo con toda otra noción empírica, solo se puede esperar encontrar un núcleo de uso común relativamente establecido en medio de muchos otros que resultan fluctuantes, opcionales, idiosincráticos y vagos» (HART y HONORÉ, 1985: 27). Admiten ser incapaces de encontrar ningún núcleo de uso común establecido para el término «causa», pero argumentan que:

Es extremadamente fácil ... hacer la transición desde el estimulante descubrimiento de que palabras complejas como «causa» no pueden ser definidas sencillamente y no tienen «un significado verdadero», a la conclusión errónea de que no tienen ningún significado en absoluto del que valga la pena ocuparse, sino que son usadas como un mero disfraz de decisiones arbitrarias o políticas de los jueces. Éste es un error cegador ... La inferencia correcta a partir del hecho de que no puede encontrarse una propiedad común en todos los casos en los que se usa el lenguaje causal es que algún principio o conjunto de principios más complejos puede guiar, aunque no determinar, su uso (HART y HONORÉ, 1985: 3).

HART y HONORÉ sólo hacen un par de intentos muy someros y superficiales para sugerir distinciones entre diferentes expresiones causales ordinarias, las que, sin embargo, no permiten la identificación de ningún principio causal. Más aún, reconocen que estas expresiones causales con frecuencia pueden ser usadas, y de hecho son usadas, de manera intercambiable (HART y HONORÉ, 1985: 27-28, 87). Sin adentrarse en ningún análisis del lenguaje ordinario, simplemente afirman que hay tres conceptos o principios causales diferentes aunque relacionados latentes en el pensamiento ordinario a través de los cuales se distinguen las «causas» de las «meras circunstancias o condiciones» (HART y HONORÉ, 1985: 28):

El primero de ellos pretende ser el concepto central: es el de una contingencia, usualmente una intervención humana, que inicia una serie de cambios físicos, que ejemplifican conexiones generales entre tipos de eventos, y cuyas características se aprecian mejor en los casos más simples en los que un ser humano manipula cosas a efectos de producir un cambio deseado. Aquí el lenguaje de «causa y efecto» se ubica confortablemente, y a la luz de este caso simple pueden entenderse las complejas imágenes y metáforas que se asocian con las causas y, con ellas, también las distinciones trazadas en casos más complejos entre intervenciones voluntarias y eventos anómalos como «causas» y otros eventos como «meras condiciones».

Este caso central debe diferenciarse del concepto de un hombre que mediante palabras o hechos suministra a otro una razón para hacer algo. Aquí no hay siquiera una aproximación, como en el primer caso, al modelo de la

«secuencia regular» que desde HUME ha sido aceptado como la esencia de la conexión causal. Con frecuencia se requiere de este concepto para el análisis de la noción de que un hombre «causa» o «ejecuta» otro acto y muchas otras relaciones (tales como «inducir» o «seducir») entre acciones humanas.

En tercer lugar, la idea de que suministrar una oportunidad, aprovechada corrientemente para el bien o para el mal, puede calificar como la causa del resultado cuando esa oportunidad es realmente aprovechada es muy importante tanto en el derecho como en la historia (HART y HONORÉ, 1985: 2).

Paradójicamente, HART y HONORÉ identifican como «el caso más obvio y fundamental de todos» para la atribución de causalidad y responsabilidad, a las situaciones —a partir de las cuales por analogía supuestamente se explican todos los usos y conceptos causales— «que ordinariamente no describimos en lenguaje causal en absoluto sino mediante simples verbos transitivos de acción», tales como «empujar, tirar, doblar, retorcer, romper, lastimar», o simplemente como «lo hizo» (HART y HONORÉ, 1985: 28, 73). No se centran en el lenguaje usado, sino en el hecho de una intervención humana deliberada que «hace una diferencia» en el curso normal de los eventos (HART y HONORÉ, 1985: 29). Luego se embarcan en una suerte de prestidigitación, aplicando la idea de una «diferencia en el curso normal de los eventos» tanto a la condición identificada como la causa como al efecto, con el objeto de tratar a las condiciones «anómalas», sea que involucren o no conductas humanas, como analogías supuestamente aptas para las intervenciones deliberadas, a pesar de que las intervenciones deliberadas no necesitan constituir, y de hecho usualmente no constituyen, una diferencia en el curso normal de los eventos:

Las analogías con la interferencia por parte de seres humanos en el curso natural de los eventos en parte controlan, incluso en los casos en los que literalmente no hay intervención humana, aquello que ha de identificarse como la causa de cierto acontecimiento. La causa, sin ser literalmente una intervención, es una *diferencia* en el curso normal que explica la diferencia en el resultado (HART y HONORÉ, 1985: 29).

A través de este derrotero, y no a través de ningún análisis del lenguaje ordinario, HART y HONORÉ arriban a los principios que proponen para distinguir las «causas» de las meras «condiciones»:

[A] distinguir entre causas y condiciones existen dos contrastes de importancia primordial. Ellos son el contraste entre lo que es anómalo y lo que es normal en relación con cualquier cosa o tema, y entre una acción humana libre y deliberada [dirigida a producir el efecto que ocurrió] y todas las otras condiciones. Las nociones involucradas en estos dos contrastes se encuentran en la raíz de la mayoría de las metáforas que se agrupan en torno a la noción



de una causa y deben ser usadas en cualquier discusión literal de los hechos que [las metáforas] oscurecen (HART y HONORÉ, 1985: 33).

Estos supuestos principios causales no se sustentan en el uso ordinario del lenguaje causal. Aunque «lo que es anómalo en relación con cualquier cosa o tema» a menudo puede identificarse como la «causa», también se lo puede hacer con lo que es normal: por ejemplo, el que una persona fume causa cáncer (HART y HONORÉ, 1985: 70); una batería que se agota causa que un equipo electrónico deje de funcionar; una sequía normal para el área causa que la vegetación se torne marrón o que se pierdan las cosechas; un animal predador que ataca a otro animal causa la muerte de este último; el rayo de sol que se filtra por una ventana causa que una persona se despierte; el que una persona trabaje duro causa que se canse, y el que una persona esté cansada o aburrida causa que se quede dormida en clase o mientras lee este ensayo.

Además, mientras se supone que estos principios «causales» son de naturaleza general y fáctica, y no dependientes de propósitos o consideraciones de conveniencia, justicia, o de política social, HART y HONORÉ admiten que lo que se considera «anómalo» y, por ende, «causa» en una situación determinada a menudo (¿siempre?) depende de los intereses y objetivos de la persona que formula el enunciado causal (HART y HONORÉ, 1985: 35-37, 62), y que «[e]n relación con la conducta humana ... la noción de lo que es «natural» está fuertemente influenciada por las pautas morales y jurídicas de conducta apropiada, aunque también se otorgue peso al hecho de que cierta conducta es usual u ordinaria para un ser humano» (HART y HONORÉ, 1985: 183).

De manera similar, pese a que admiten que en el uso común el término «voluntario» con frecuencia tiene un significado mucho menos restringido, sostienen que la conducta humana es «voluntaria» o «plenamente voluntaria» y, por ende, una «causa» solo si es un acto u omisión libre, deliberado e informado, dirigido a producir lo que de hecho aconteció, de la manera en que aconteció. Una intervención humana no es «voluntaria» si no se tiene la intención de producir la consecuencia, o no es «plenamente voluntaria» si, aun habiéndose tenido la intención de producir la consecuencia, la intervención ocurre como resultado de un error, ignorancia, coerción, coacción, la presión de una obligación moral o jurídica, o la elección del menor entre dos males (HART y HONORÉ, 1985: 41-42, 75-77, 136 n. 18, 138 y n. 40), o si es una acción razonable llevada a cabo para defender a las personas o a la propiedad frente a peligros percibidos razonablemente como tales, para salvaguardar derechos o intereses jurídicos, o rescatar a otros (HART y HONORÉ, 1985: 142-162). HART y HONORÉ admiten que su criterio de intervención voluntaria exige juicios de corte político sobre cuestiones de gradación y

razonabilidad, y que muchas de las circunstancias que hacen que se considere incluso a la conducta deliberada como «no voluntaria» se corresponden con los fundamentos morales y jurídicos reconocidos para justificar o excusar una conducta lesiva (HART y HONORÉ, 1985: 76-77, 138). En términos generales, su criterio de intervención voluntaria simplemente describe de forma incompleta uno de los principales tipos reconocidos de conductas delictivas o lesivas: el infligir un daño de manera intencional, injustificada e inexcusable.

En efecto, sin parecer advertirlo, su intento por desarrollar principios «causales» que abarquen no solo a la causalidad natural sino también a la atribución de responsabilidad, de un modo que solo permitan que una condición o unas pocas condiciones sean tratadas como «la» causa o «una» causa, los conduce a incorporar dentro de sus principios «causales» no solo las cuestiones de la causalidad natural y la denominada causalidad «próxima», sino también la cuestión de la conducta indebida. Bajo sus principios «causales», la acción humana no puede ser una «causa» a menos que sea «voluntaria» o «anómala». La conducta no es «voluntaria» a menos que sea intencional, injustificada e inexcusable. Mientras la conducta podría ser «anómala» sin ser negligente —pero no viceversa (HART y HONORÉ, 1985: 135 n. 15)—, generalmente la conducta que es anómala —es decir, que se aparta de lo que es normal y esperado— será negligente. Entonces, no resulta sorprendente que, con escasas excepciones, se refieran a una conexión causal entre conducta (actos, omisiones) y daño, en lugar de a una conexión causal entre una conducta indebida, delictiva, lesiva, intencional o negligente y el daño<sup>6</sup>, incluso cuando hablan sobre cuestiones causales en el derecho (HART y HONORÉ, 1985: 84-86). Lo indebido de la conducta ya está presupuesto en sus criterios de «voluntario» y «anómalo» para que una condición sea una causa. Por consiguiente, pese a las apariencias, hay muy poco espacio —si es que hay alguno— para la responsabilidad objetiva. Con seguridad no lo hay para la responsabilidad objetiva por actividades muy peligrosas, dado que la característica normal, de hecho la nota esencial, de tales actividades es su naturaleza altamente peligrosa.

HART y HONORÉ son conscientes de —y luchan contra— otro resultado problemático del intento de que sus principios «causales» comprendan a la atribución de responsabilidad, por lo cual distinguen la «causa» de las «meras condiciones»:

[Surge una dificultad cuando] entre las condiciones requeridas para dar cuenta del daño que ha ocurrido, se encuentra además de la acción del acusa-

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, las citas en la parte I de este ensayo.

do un factor adicional (usualmente una acción humana o algún fenómeno natural sorprendente) que posee en sí mismo algunas de las características que el sentido común utiliza para diferenciar a las causas de las meras condiciones, de manera que parecen existir tantas razones para atribuir el daño tanto a este tercer factor como a la acción del acusado (HART y HONORÉ, 1985: 24).

Como reconocen HART y HONORÉ, sus principios «causales» deberían ser aplicados consistentemente, sea que se esté mirando a la relación causa-consecuencia desde el final, como en la explicación causal, o desde el comienzo, como en la atribución de responsabilidad (HART y HONORÉ, 1985: 22-23, 68, 70). Sostienen en consecuencia que los mismos criterios de conducta «voluntaria» o contingencias «anormales» delimitan los dos extremos de la relación de causa-consecuencia:

[S]i encontramos, al intentar rastrear por etapas una conexión causal, que esos factores incluyen interferencias voluntarias, o contingencias anómalas independientes, esto pone en duda nuestro derecho de designar al primero de estos factores como *la* causa, porque esta expresión se emplea para algo que, con la sola cooperación de factores que cuentan como meras condiciones y no en sí mismos como causas, es suficiente para «producir» el efecto ... Este desplazamiento de un evento de la posición de «la causa» por otros eventos, que tienen también las características en cuya virtud el sentido común distingue las causas de las meras condiciones, es de crucial importancia ... cuando la conexión causal es la base de la atribución de responsabilidad (HART y HONORÉ, 1985: 49-50. También véase xlix-xlix, lxxxviii-lxxxix, 5, 71, 73, 130-131, 133, 135).

Sin embargo, esta simetría en el comienzo (la conducta indebida) y en el final (la atribución de responsabilidad) de la «conexión causal» es inconsistente con el derecho existente. Por ejemplo, en el derecho de daños se requieren nociones más amplias de «voluntario» y «anómalo» para el análisis de la conducta lesiva que para el análisis de la atribución de responsabilidad. En el análisis de atribución de responsabilidad se necesitan definiciones más restrictivas para evitar cortar la reprochabilidad del demandado debido a subsecuentes (a) intervenciones intencionales («voluntarias») del actor u otros que estén justificadas o hechas bajo ignorancia de las circunstancias o posibles consecuencias, o (b) conducta negligente («anómala») de otros que fue «rutinaria» en lugar de «muy inusual». En el análisis de la conducta lesiva, por otro lado, se necesitan definiciones más amplias: la intervención intencional («voluntaria») del demandado con frecuencia puede tratarse como lesiva pese a la ignorancia, el error o la necesidad que pueda aducirse, y su conducta negligente («anómala») será tratada como lesiva sea ella «rutinaria» o «muy inusual».

HART y HONORÉ reconocen y tratan de hacer ajustes para dar cuenta de algunas de estas diferencias, sin admitir el empleo inconsistente de los criterios «causales» resultante. En su análisis de la atribución de responsabilidad, una contingencia posterior no sería considerada lo suficientemente anormal como para negar la conexión causal a menos que sea extremadamente negligente o extraordinaria, o que sea una coincidencia (una conjunción anómala de eventos) (HART y HONORÉ, 1985: 50, 77-81, 162-166, 184-185), y en la segunda edición (no así en la primera) no exigen que la conducta que toma intervención tenga la intención de producir el resultado dañoso, sino solo que tenga la intención de aprovecharse de la situación creada por el demandado (HART y HONORÉ, 1985: 136 y n. 23).

La mayor dificultad de HART y HONORÉ está dada por los numerosos casos en los que el demandado es considerado reprochable por alguna consecuencia dañosa a pesar de la existencia de una posterior intervención deliberada de otra persona. La dificultad surge de su creencia en que, pese a los enunciados en contrario del lenguaje ordinario, la conducta humana no puede ser causada. Por consiguiente, tratan esas intervenciones deliberadas, cuando son «plenamente voluntarias», como instancias «paradigmáticas» de contingencias que niegan la conexión causal por cualquier conducta o evento previo, bajo su concepto primario, su «caso central», de causalidad, y crean dos categorías adicionales de conexión causal, que reconocen que no son distinguidas entre sí ni del «caso central» por parte de los tribunales, para dar cabida a la reprochabilidad en tales casos. Estas dos categorías adicionales comprenden el suministrarle intencionalmente a otro razones o medios para hacer daño o el suministrarle con negligencia o intencionalmente a otro la oportunidad de dañar, que prefieren describir como situaciones que no implican «causar» daño sino más bien «inducir» o «crear la ocasión para» dañar. Tratan a la reprochabilidad en tales casos como si se basara en políticas no causales de «realización del riesgo», que extienden la reprochabilidad más allá de lo que justifican sus principios causales básicos, pero que no limitan a la reprochabilidad justificada por esos principios (HART y HONORÉ, 1985: 6-7, 42-43, 51-52, 576-561, 71, 76-77, 81-83, 133-134, 186-187, 439).

### 3. EL CAMINO QUE NO SE SIGUIÓ

El intento de HART y HONORÉ de combatir el nihilismo jurídico y el minimalismo causal a través del análisis del lenguaje ordinario para derivar principios básicos de responsabilidad estaba condenado desde un comienzo. Su objetivo era encomiable, no así los medios escogidos. Tuvieron que ignorar o incluso rechazar el lenguaje causal poco útil de los tribunales al diseñar

sus principios, y aun así su intento de estructurar esos principios como principios causales fácticos limitó y distorsionó severamente su análisis. Ellos mismos admiten que sus «principios de sentido común» no son muy útiles excepto para los casos más simples y que no se ajustan a muchos otros (HART y HONORÉ, 1985: 68-91-92, 131). Sus principios no han sido adoptados por los tribunales, los cuales desafortunadamente en cambio, cuando deben enfrentarse a cuestiones difíciles de causalidad y atribución de responsabilidad, con frecuencia han asumido la invocación al «sentido común» de HART y HONORÉ sin sentir necesidad alguna de desarrollar su contenido.

En el prefacio a la segunda edición de *Causation in the Law*, HART y HONORÉ advierten la decadencia de la filosofía del lenguaje ordinario y el «aspecto patológico» del lenguaje ordinario y el discurso jurídico, con su uso variado e inconsistente de metáforas causales «oscuras» y «desconcertantes», al tiempo que afirman débilmente «que el método que escogimos continúa siendo viable y que el análisis que propusimos a través de su uso es todavía, a grandes rasgos, defendible» (HART y HONORÉ, 1985: xxxiii-xxxiv). Difícilmente hubieran podido decir algo diferente sin una revisión integral de todo el tratado. Un punto de vista diferente y más franco acerca del método que pretendieron adoptar en *Causation in the Law* fue ofrecido por HART un par de años antes en el prefacio de sus *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, donde admitió los errores de su concepción formalista del derecho inicial y su «temprana invocación en la teoría jurídica de la filosofía del lenguaje» (HART, 1983: 5). En un enunciado que parece especialmente aplicable a los «conceptos parcialmente superpuestos» de causalidad y responsabilidad, reconoció que:

[l]os métodos de la filosofía del lenguaje que son neutrales respecto de los principios morales y políticos y guardan silencio sobre los diferentes puntos de vista que pueden dotar de relevancia a una característica por sobre otras de los fenómenos jurídicos ... no son adecuados para resolver o aclarar las controversias que surgen, como lo hacen muchos de los problemas centrales de la filosofía jurídica, de la divergencia entre conceptos parcialmente superpuestos que reflejan una divergencia en los puntos de vista básicos o en los valores o en la teoría subyacente, o que surgen del conflicto o la indeterminación de las normas jurídicas (HART, 1983: 6).

Existe una ruta alternativa que HART y HONORÉ podrían haber tomado para alcanzar su objetivo básico en *Causation in the Law*, de la que eran bien conscientes (HART y HONORÉ, 1985: 105-107) pero que no podían adoptar debido a su compromiso (o al menos el compromiso de HART) con la filosofía del lenguaje ordinario y, por ello, con el lenguaje de la causalidad. Su objetivo básico era combatir el nihilismo jurídico y el minimalismo causal<sup>1</sup> o, peor, el nihilismo causal. La ruta alternativa para cumplir ese objetivo ha-

bría consistido en seguir a los realistas jurídicos en su clara separación entre la cuestión de la causalidad natural y la cuestión no causal de la atribución de responsabilidad, pero alejándose de ellos a través de la formulación de un criterio exhaustivo de causalidad natural y principios generales basados en consideraciones de justicia para atribuir responsabilidad.

HART y HONORÉ limpiaron muchos de los escombros de la primera parte de esa ruta mediante la formulación, en *Causation in the Law*, del criterio NESS (elemento necesario de un conjunto suficiente) para la causalidad natural, que limita los argumentos de los nihilistas causales suministrando, por vez primera, un criterio exhaustivo para la causalidad natural capaz de resolver correctamente la cuestión de la causalidad en situaciones que implican sobredeterminación causal (HART y HONORÉ, 1985: 112-113; WRIGHT, 1988: 1018-1039; WRIGHT, 2007). Aunque no lo comprendieron claramente, también limitaron las afirmaciones de los minimalistas causales —que la cuestión de la causalidad natural es relevante en grado mínimo porque se satisface trivialmente—, no solo en razón de la formulación del criterio NESS sino también debido a su reconocimiento de que la investigación causal debería centrarse en el aspecto indebido de la conducta del demandado más que en la conducta del demandado como un todo (HART y HONORÉ, 1985: 115-120; WRIGHT, 1985: 1759-1774).

No obstante, HART y HONORÉ tomaron el camino equivocado al insistir en que los principios para atribuir responsabilidad deberían tratarse como principios causales más que como principios no causales. Parecen asumir que a fin de evitar resoluciones *ad hoc*, políticamente sesgadas, de atribución de responsabilidad, los principios de atribución de responsabilidad (más allá del principio básico de causalidad natural) deben ser principios «causales», y que los principios de atribución de responsabilidad basados en la justicia perderían su carácter de tales y serían tan *ad hoc* como los que se basan en la «conveniencia» o en los «objetivos sociales». Pero ninguna de estas presuposiciones es válida. El principio de «realización del riesgo» que discuten y reconocen es mucho más general y justificado que la regla «solo el primer edificio incendiado», que citan repetidamente como un ejemplo de resoluciones políticamente sesgadas de atribución de responsabilidad (HART y HONORÉ, 1985: 89-94). ¿No podría algo semejante a esto (un principio de «daño resultante del riesgo»), así como un principio de causalidad sustituto parecido a sus principios «causales» de atribución de responsabilidad, ser principios de atribución de responsabilidad no excluyentes y no causales que «tienen raíces muy profundas en todo nuestro pensamiento y en nuestras ideas corrientes acerca de cuándo es justo o equitativo castigar o exigir una compensación»? Así lo he sostenido (WRIGHT, 2003).

CUARTA PARTE  
**JUSTICIA**





## CAPÍTULO X

# EQUIDAD, NECESIDADES Y MERECEIMIENTO<sup>1</sup>

Brad HOOKER

### 1. INTRODUCCIÓN

H. L. A. HART es un hombre a quien nunca conocí pero por quien tengo una admiración inmensa. Debido a la calidad de sus publicaciones y las causas políticas que apoyó, ha sido uno de mis ídolos. Por ello, me siento profundamente honrado de contribuir con un ensayo en este volumen en su memoria.

La contribución de HART al libro en homenaje a Isaiah BERLIN atacaba las teorías de los derechos desarrolladas por Robert NOZICK y Ronald

---

<sup>1</sup> Este artículo fue escrito mientras gozaba de una beca de investigación de la Academia Británica para las Humanidades y las Ciencias Sociales. Agradezco ese apoyo. El artículo se benefició de las visitas a las siguientes universidades: Reading, Cambridge, Oxford, Cork, Virginia, Glasgow, York, Leeds, Heythrop College London y, por supuesto, al Simposio «El legado de H. L. A. HART: filosofía jurídica, moral y política», en Cambridge. Jonathan Dancy, David Miller, Serena Olsaretti y Anne Raustol me suministraron comentarios por escrito a borradores de este artículo, y esos comentarios produjeron mejoras significativas. También fueron útiles los comentarios de Timo Airaksinen, David Bain, Ana Barandalla Ajona, Simon Blackburn, Michael Brady, Talbot Brewer, Chris Brooke, Vittorio Bufacchi, Adam Carter, Alan Carter, Paula Casal, Desmond Clarke, Nat Coleman, John Cottingham, Jonathan Dancy, Katherine Eddy, Brian Feitham, Craig French, Max de Gaynesford, Bernard Gert, Hanjo Glock, Vinit Haksar, Jonathan Harrison, Jane Heal, Kent Hurtig, Dudley Knowles, Matthew Kramer, Hallvard Lillehammer, Loren Lomasky, Joachim Lyon, Andrew Mason (Edinburgh), Elinor Mason, Fiona Macpherson, David McCarthy, Conor McHugh, Cheryl Misak, Kieren Oberman, David Oderberg, Max Pensky, Martin Peterson, Mike Ridge, Adam Rieger, Ben Saunders, Rebecca Stangl, Philip Stratton-Lake, Adam Swift, John Tasioulas, Andrew Williams y Jonathan Wolff.

DWORKIN (HART, 1979). En ese artículo, HART advirtió que la idea entonces de moda de que las teorías de los derechos serían capaces de tener éxito allí donde el «utilitarismo no reconstruido» estaba condenado a fracasar surgió de importantes críticas al utilitarismo, tales como que el utilitarismo no tomaba en serio la separabilidad de las personas. NOZICK propuso que solo su teoría libertaria de los derechos hacía justicia a la separabilidad de las personas. Otra importante crítica al utilitarismo mencionada por HART es que el utilitarismo solo se preocupa por cuánta utilidad resulta, y nada en absoluto por cuán igualitaria es la distribución de la utilidad.

Mi artículo se ocupa de manera directa de la distribución, y no directamente de los derechos. Debe reconocerse que las discusiones sobre la distribución del bienestar o de los recursos adoptan diversas posiciones respecto de los derechos. Por ejemplo, se pueden apoyar diversos programas redistributivos posibles sin ir tan lejos como para afirmar que los *beneficiarios* tienen *derecho* a los beneficios que esos programas les suministrarían. Sin embargo, si apoyamos esos programas redistributivos, presumiblemente negaremos que las personas *de* quienes debemos tomar la riqueza u otros bienes tengan un derecho moral que venza a los demás respecto de aquello que debe tomarse. Ya que si tuvieran un derecho moral que venza a los demás respecto de esos bienes, entonces tomar de ellos esos bienes para redistribuirlos no puede estar moralmente permitido. De manera que mi artículo debe asumir que aquellas personas *de* quienes pudiera redistribuirse la riqueza u otros bienes no tienen un derecho que venza a los demás sobre esos derechos.

Me referiré ahora a la objeción de que el utilitarismo puede aprobar incluso desigualdades extremas si eso es lo que maximiza la utilidad. Pero, esperen un momento: ¿la desigualdad es necesariamente mala? ¿No sería *mala* la *igualdad* si fuera inequitativa o injusta? ¿No deberíamos pensar que la igualdad es esencial solo cuando la equidad o la justicia la exigen (o al menos la permiten)?

Permítaseme detenerme un momento para formular un comentario sobre la relación de la equidad con la justicia. HART (1994: 158) [HART, 1963: 197] escribió: «Las características distintivas de la justicia y su conexión especial con el derecho surgen si se observa que la mayor parte de las críticas que se presentan en términos de lo justo y lo injusto podrían expresarse casi igualmente mediante las palabras “equitativo” e “inequitativo”». En buena parte de este artículo presupondré que la equidad es una parte importante de la justicia, aquella parte de la que me ocuparé. No sostengo que la equidad agote la justicia. Estoy dispuesto a aceptar que la justicia exige que la gente tenga los derechos jurídicos que debe tener, incluyendo derechos no relativos al bienestar así como derechos relativos al bienestar. La equidad puede

respaldar o no ciertos derechos de bienestar, pero acepto que bien puede no insistir sobre la tutela de diversos derechos no relativos al bienestar. Nuevamente, pienso que HART sugirió esto: «aUn sin hacer discriminaciones arbitrarias [las leyes] podrían no suministrar ninguna reparación para ciertos tipos de daños provocados por una persona a otra, incluso cuando moralmente se considerara debida una compensación. En este aspecto las leyes podría ser injustas pese a tratar a todos por igual» (HART, 1994: 164) [HART, 1963: 204].

Entonces, ¿qué exige la equidad? Un tipo de equidad consiste en la aplicación igualitaria de reglas o, como se dice en ocasiones, que las mismas reglas se apliquen a todos. A este tipo de equidad a menudo se la denomina equidad formal. HART escribió que el «precepto capital» de la justicia se «formula con frecuencia como “tratar de manera semejante a los casos semejantes”; aunque a lo último es necesario añadir “y tratar de manera diferente a los casos diferentes”»<sup>2</sup>.

Pero como HART da a entender con su ejemplo acerca de un sistema de reglas que no prevén reparación para ciertos tipos de daños provocados por una persona a otra, la equidad es más amplia que la equidad formal. Tomando prestado otro ejemplo de HART (1994: 160) [1963: 199], supóngase que una sociedad tiene una regla según la cual los homicidas pelirrojos deben ser castigados con treinta años de prisión, mientras que los homicidas con cabellos de otros colores deben ser castigados con sesenta años de prisión. Aunque esa regla fuera aplicada con rigor y equitativamente a todos, el arreglo difícilmente sería considerado equitativo.

Las reglas no solo deben ser aplicadas en forma igualitaria sino que también su contenido debe ser equitativo. Para ser equitativas, las reglas no deben hacer distinciones que no sean relevantes, como la distinción entre la gente pelirroja y la que no lo es. Entonces, ¿qué distinciones *son* relevantes para la equidad?

En este artículo discutiré dos de las distinciones que con frecuencia se consideran relevantes para la equidad. Una distinción que se considerará aquí es la que media entre los beneficios que *satisfacen alguna necesidad* y los beneficios que *no satisfacen necesidad alguna*. La otra distinción que se considerará aquí es la que media entre beneficios *merecidos* y beneficios *no merecidos*. (No quiero decir con esto que las únicas distinciones respecto de las cuales las reglas deben ser sensibles para ser equitativas sean las distinciones que conciernen a la necesidad y al merecimiento. Pero son aquellas en las que se concentrará este artículo).

---

<sup>2</sup> HART, 1994: 159 [HART, 1963: 198]. Véase también *ibid.*: 206 [254].

## 2. LAS NECESIDADES CONTRASTADAS CON LOS DESEOS

Antes de comenzar a plantear problemas respecto de la idea de necesidades, permítaseme intentar presentar algunos de sus atractivos.

En la medida en que las necesidades juegan (o pretenden jugar) un papel central en el pensamiento moral y político, se considera que ellas son bastante *menos opcionales*, mucho *más fuertemente limitadas*, que si fueran simplemente cualquier medio para cualquier fin. Obviamente, hay un significado instrumental más general de «y necesita x». En este sentido instrumental más general de «necesita», y necesita x siempre que x sea un medio necesario para algún estado adicional de y. El sentido instrumental más general de «necesidad» con frecuencia no conlleva peso moral alguno debido a que el fin para el cual se «necesita» el medio podría ser trivial o incluso maligno.

A fin de dar sentido a la discusión contemporánea de las necesidades, debemos yuxtaponer lo que la gente necesita con el sentido instrumental más general de «necesidad». También debemos yuxtaponer lo que la gente necesita con todo aquello que ayudaría a la gente a cumplir sus deseos. Por ejemplo, David WIGGINS (1991: 17, 43) yuxtapone necesidades objetivas con deseos meramente subjetivos, como también lo hace David MILLER (1999: 209, 211, 222-223).

Si el contraste entre las necesidades objetivas y los deseos subjetivos fuera verdaderamente excluyente, habría mucho que explicar para considerar que el pensamiento político y moral debería priorizar la categoría más restringida de satisfacción de las necesidades en lugar de la categoría más amplia de realización de necesidades. Pero rechazar a las necesidades como el centro de interés moral y político no significa necesariamente adoptar como central la satisfacción de los deseos de la gente. Algunos podrían proponer que el foco de interés debería centrarse en ideales distintos del bienestar. Otros podrían proponer que, aunque el interés debería centrarse en el bienestar, la mejor forma de entender el bienestar no es exclusivamente en términos de elementos tan variables como los deseos o sentimientos de la gente. Por ejemplo, existen las denominadas teorías del bienestar de lista objetiva<sup>3</sup>. Quienes sostienen este punto de vista podrían pensar que el principio fundacional del pensamiento político y moral debería centrarse en la promoción del bienestar, donde el bienestar se concibe mejor como una combina-

---

<sup>3</sup> La formulación hoy clásica de las explicaciones de lista objetiva del bienestar aparece en PARFIT, 1984: Apéndice I. Otra discusión particularmente destacable aparece en CRISP, 1997: cap. 3.

ción de ingredientes que son iguales para todos. Este punto de vista puede reconocer una variación relevante entre los individuos, pero sostendría que la variación se da en las proporciones, no en los ingredientes básicos.

### 3. LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES EN CONTRASTE CON LA IGUALDAD

Antes de considerar algunas propuestas acerca de cuál es exactamente el criterio de necesidad, permítaseme partir de un sentido aproximado e intuitivo de necesidad a fin de comparar el objetivo de satisfacer necesidades con el objetivo de *igualar recursos*. Los que menos tienen son, si no necesariamente al menos típicamente, los más necesitados. Si perseguir la satisfacción de necesidades implica tratar primero de ayudar a los más necesitados, entonces perseguir la satisfacción de necesidades típicamente reducirá la desigualdad de recursos.

Sin embargo, perseguir la igualdad de recursos puede exigir mucho más que la satisfacción de necesidades, al menos en circunstancias en las que hay recursos más que suficientes disponibles para satisfacer las necesidades de todos (FEINBERG, 1973: 109, 117, 119; WIGGINS, 1991: 28, 36). En este sentido, una exigencia sobre la sociedad para que asegure que todos tengan tanto como necesiten típicamente requerirá menos redistribución que una exigencia para que establezca o mantenga la igualdad de recursos (y menos redistribución que una exigencia para maximizar la utilidad).

Hay casos en los que la única manera de alcanzar la igualdad de recursos es nivelando hacia *abajo*. El objetivo de satisfacer maximalmente las necesidades contrasta aquí con el objetivo de igualar recursos. La igualación de recursos puede requerir nivelar hacia abajo, mientras que la satisfacción de necesidades no.

En realidad, podríamos distinguir dos tipos de casos. En uno, la única forma de igualar recursos es quitarle algunos recursos a los que están mejor cuando por alguna razón esos recursos que se sustraen no pueden ser distribuidos a nadie más. Esto es lo que usualmente significa nivelar hacia abajo. El otro tipo de caso es aquel en el que la única manera de igualar recursos es evitando que algunas personas obtengan un recurso que solo ellas pueden obtener. Utilicemos la expresión «desperdicio de recursos» para referirnos a este tipo de casos (RAZ, 1986: 227). Una cuestión sobre la que volveré más adelante es si siempre hay algo indeseable en nivelar hacia abajo o en desperdiciar recursos.

Podría sostenerse que hay casos en los cuales igualar recursos ni siquiera daría a todos lo que necesitan, precisamente porque cierta gente necesita

mucho más que otros. Por ejemplo, una persona no discapacitada necesita calcetines y zapatos; alguien sin piernas y solo un brazo necesita una silla de ruedas, que es más cara que los calcetines y los zapatos. En una situación especialmente mala, igualar recursos podría dar por resultado que cada persona obtenga menos de lo que necesita.

Muchas de las mismas cuestiones se repiten si comparamos el objetivo de *igualar bienestar* con el objetivo de satisfacer necesidades. Cuando hay recursos más que suficientes disponibles para satisfacer las necesidades de todos, satisfacer las necesidades de todos puede resultar insuficiente para igualar el bienestar. Igualar el bienestar requeriría, al menos en economías desarrolladas, mucha mayor redistribución que lo que exigiría satisfacer necesidades. Y hay casos en los cuales la única manera de alcanzar la igualdad de bienestar es nivelando hacia abajo o desperdiciando beneficios. (Estoy usando aquí la expresión «desperdicio de beneficios» en forma semejante al uso que hiciera de la expresión «desperdicio de recursos».) En contraposición, satisfacer necesidades no puede requerir nivelar hacia abajo o desperdiciar beneficios.

#### 4. DEFINIENDO «NECESIDAD» EN TÉRMINOS DE «PERJUICIO»

Elizabeth ANSCOMBE escribió: «Decir que [un organismo] necesita cierto medioambiente no significa decir, por ejemplo, que usted quiere que tenga ese medioambiente, sino que no prosperará a menos que lo tenga»<sup>4</sup>. FEINBERG pasó de explicar las necesidades en términos de medios necesarios para *prosperar* a hacerlo en términos de *perjuicio*. FEINBERG (1973: 111) escribió «En un sentido general, decir que *S* necesita *X* es decir simplemente que si no tiene *X* se verá perjudicado». David WIGGINS denominó a este sentido de necesidad el sentido «absoluto». WIGGINS (1991: 10), de manera influyente, explicó «Necesito [absolutamente] tener *x*» ... [como] «Es necesario, siendo las cosas como realmente son, que si evito resultar perjudicado, entonces tengo *x*».

WIGGINS señala algunas complejidades que merecen mencionarse. Una de ellas es que lo que sea la prosperidad y el perjuicio no solo puede resultar discutible sino también esencialmente controvertible y «hasta cierto punto relativo a las concepciones de la gente sobre el sufrimiento, la desgracia y el perjuicio» (WIGGINS, 1991: 11; cfr. *ibid.*: 322). Volveré más adelante sobre los debates acerca de qué es el perjuicio.

<sup>4</sup> ANSCOMBE, 1958: 7. Cfr. HART, 1994: 190-192 [HART, 1963: 235-238].

Otra complejidad que WIGGINS menciona es que la necesidad es relativa a las posibilidades del momento. Una afirmación sobre la necesidad no instrumental de  $y$  implica que existe un futuro posible en el que  $y$  tiene al menos un mínimo grado de prosperidad:

[S]i  $y$  necesita de manera no instrumental  $x$  en  $t$  bajo las circunstancias  $c$ , entonces *existe* algún futuro alternativo en el que  $y$  prospera en algún grado, por mínimo que sea. (Cuando estoy totalmente condenado de cualquier modo en que se prevea el futuro en forma realista, entonces puedo comenzar a perder algunas de mis necesidades ordinarias ... (WIGGINS, 1991: 13).

La referencia de WIGGINS a las posibilidades alternativas sugiere que su explicación del perjuicio incluye lo que luego discutiré como la explicación contrafáctica.

WIGGINS introduce una condición moral sobre las necesidades. En su análisis, no se puede necesitar algo cuyo suministro suponga «actos o intervenciones en la configuración de las vidas humanas particulares, o de la sociedad, o de lo que sea, que resulten inaceptables desde el punto de vista moral (o cualquier otro)» (WIGGINS, 1991: 12). Puedo entender por qué quiere introducir esa condición: desea un análisis de las necesidades de conformidad con el cual ellas resulten moralmente concluyentes. Las necesidades no pueden ser moralmente concluyentes si el satisfacerlas supone actos moralmente inaceptables. De todos modos, si lo que queremos es primero un análisis del uso en el lenguaje ordinario del término «necesidades», y solo después una evaluación de la fuerza moral de las necesidades así reconstruidas, la explicación de WIGGINS me parece en esto defectuosa. Tal como se usa ordinariamente el término «necesidades», a veces ciertos actos moralmente inaceptables constituyen la única forma posible de prevenir un perjuicio a alguien. Es falso que la prohibición moral de que usted obtenga  $x$  implique que usted no necesite  $x$ .

En cualquier caso, unas pocas páginas más adelante, WIGGINS (1991: 14) escribe:

El pensamiento al que ahora hemos arribado es que una persona necesita  $x$  [absolutamente] si y solo si, sin importar la variación moral y socialmente aceptable que sea (económicamente, tecnológicamente, políticamente, históricamente, etc.) posible prever que se produzca dentro del intervalo de tiempo relevante, se verá perjudicado si prescinde de  $x$ .

## 5. DEFINIENDO «PERJUICIO» A LOS FINES DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD

Si las necesidades de *y* se definen como cosas sin las cuales *y* sufriría un perjuicio, necesitamos preguntar cómo ha de definirse el perjuicio. Me parece que hay cuatro posibles interpretaciones de «perjuicio»:

(i) El perjuicio podría entenderse como una *reducción* del bienestar, en el sentido de que *y* sufre un perjuicio si y solo si el bienestar de *y* es menor del que tenía justo antes del perjuicio.

(ii) El perjuicio podría entenderse de forma contrafáctica: un evento *e* produce un perjuicio a *y* si y solo si la no ocurrencia de *e* hubiera dejado a *y* mejor de lo que *y* de hecho quedó en virtud de la ocurrencia de *e*<sup>5</sup>.

(iii) El perjuicio podría entenderse de un *modo altamente moralizador*, como ocurriría si se considera que se perjudica a *y* si y solo si se lo trata injustamente.

(iv) El perjuicio podría definirse en términos de una reducción del bienestar por debajo de un cierto umbral, por ejemplo, el umbral de una vida humana decente.

Considérese en primer lugar (i), la perspectiva según la cual el perjuicio es una *reducción* del bienestar, una reducción respecto de un nivel de bienestar previo más alto. (i) es quizás la interpretación más corriente del concepto de perjuicio. Pero (i) parece ser inapropiada para combinarse con la definición de necesidades en términos de perjuicios. Tengo tres argumentos para apoyar la conclusión de que esta combinación no es atractiva.

Uno de esos argumentos es el siguiente. Las necesidades deben ser por lo menos aproximadamente las mismas para todos, o al menos para todos dentro de la misma sociedad. Pero lo que Bill Gates debe tener a fin de evitar reducciones en su bienestar es mucho más de lo que yo debo tener a fin de evitar reducciones en mi bienestar. Considérese entonces esta *reductio*:

Premisa 1: Las necesidades son lo que una persona debe tener para evitar sufrir un perjuicio.

Premisa 2: El perjuicio es la reducción respecto de un nivel de bienestar inmediatamente previo más alto.

Conclusión 1: Las necesidades son lo que una persona debe tener a fin de evitar una reducción respecto de un nivel de bienestar inmediatamente previo más alto.

<sup>5</sup> Ésta es una formulación *muy tosca* de la explicación contrafáctica del perjuicio. Sobre las discusiones de la explicación contrafáctica del perjuicio, véase FEINBERG, 1992: 7-11; y GREENE, inédito.



Premisa 3: Hay una enorme variación en los niveles de bienestar, incluso dentro de una misma sociedad.

Conclusión 2: Incluso dentro de una misma sociedad, hay una enorme variación en las necesidades, en concordancia con la variación en los niveles de bienestar.

La conclusión 2 no resultará atractiva para los teóricos de las necesidades y, en cualquier caso, es implausible.

¿Cómo podríamos evitar la conclusión 2? No tratando de negar la verdad innegable de que hay una enorme variación en los niveles de bienestar de la gente, incluso dentro de una misma sociedad (premisa 3). Para evitar la conclusión 2, deberíamos en cambio, o bien negar la definición de necesidades como medios necesarios para evitar perjuicios (premisa 1) o bien negar la definición de perjuicio como una reducción del bienestar respecto de un nivel inmediatamente previo (premisa 2).

He aquí mi segundo argumento contra la pretensión de definir las necesidades como medios necesarios para evitar reducciones en el bienestar: hay muchas reducciones en el bienestar que no implican necesidades. Supóngase que Bill Gates tiene muchísimo más de lo que necesita, tanto en lo material como en otros aspectos. Entonces pierde a uno de sus amigos más queridos. Su bienestar se ve así reducido. Pero esta reducción en modo alguno lo lleva por debajo del umbral de la satisfacción de necesidades. De manera que, si el perjuicio se interpreta como una reducción del bienestar, entonces el sufrir un perjuicio no es una condición suficiente para tener necesidades insatisfechas.

Mi tercer argumento en contra de definir a las necesidades como medios necesarios para evitar reducciones del bienestar es que la sugerencia de que se debe dar a alguien lo que necesita con frecuencia *no* se refiere a evitar reducciones en el bienestar. Se refiere en cambio a colocarlo en una situación mejor de la que se encuentra y en la que de otro modo permanecerá. Alguien que ya se encuentra en una muy mala situación —por ejemplo, alguien con desnutrición crónica y que sufre una enfermedad desagradable aunque no progresiva— bien puede *necesitar* más calorías y medicina. Pero no para evitar que empeore respecto de su situación actual, sino más bien para mejorar su posición. Si el perjuicio se interpreta como una reducción del bienestar, puede haber satisfacción de necesidades que no evita perjuicios. En otras palabras, si el perjuicio se interpreta como una *reducción* del bienestar, entonces el evitar perjuicios no es una condición necesaria para satisfacer necesidades.

Por consiguiente, si el perjuicio se interpreta como una reducción del bienestar, encontrarse bajo la amenaza de sufrir un perjuicio no es ni una

condición necesaria ni una condición suficiente para tener necesidades. A los fines de especificar un sentido de perjuicio adecuado para la explicación de Wiggins de las necesidades, el perjuicio no puede ser interpretado de modo plausible como reducción del bienestar.

Habiendo rechazado la idea de que la necesidad debe definirse en términos de perjuicio, donde el perjuicio se define como reducción del bienestar, vayamos a la explicación contrafáctica del perjuicio: un evento *e* produce un perjuicio a y si y solo si la no ocurrencia de *e* hubiera dejado a y mejor de lo que y de hecho quedó en virtud de la ocurrencia de *e*. Supóngase que estoy atado a una estaca a punto de ser quemado vivo. La única forma en la que usted puede evitar que experimente este horrible final es matándome de un tiro. Usted lo hace para evitar que sufra. Ahora bien, en la explicación contrafáctica usted no me ha causado un perjuicio, porque si no me hubiera disparado habría estado peor, muriendo solo un poco más tarde pero luego de la más profunda agonía física.

Creo que en muchas jurisdicciones, la explicación contrafáctica del perjuicio no se acepta en el *derecho*. No obstante, pienso que tiene para nosotros cierto asidero *moral*. Supóngase que alguien me mata de un tiro justo antes de que el fuego me alcance, o destruye mis diarios justo antes de que la policía ponga sus manos sobre ellos, o roba mis estupefacientes justo antes de mi viaje de campamento. Si el dispararme me salvó de morir quemado, si el destruir mi diario evitó mi arresto, si el robar mis estupefacientes me obligó a iniciar el tratamiento de desintoxicación que salvó mi vida, entonces sentimos cierta presión para decir que me he beneficiado más que perjudicado.

Pero incluso si la explicación contrafáctica resulta aceptable para la evaluación moral, no se ajusta al análisis de la necesidad en términos de evitar perjuicios. Considérese este argumento:

Premisa 1: Una persona *y* necesita *x* si y solo si *y* debe tener *x* para evitar perjuicios.

Premisa 2: El que *y* no obtenga *x* perjudica a *y* si y solo si el que *y* no obtenga *x* deja a *y* peor de lo que habría quedado si tuviera *x*.

Conclusión 1: Las necesidades son lo que una persona debe tener a fin de evitar quedar peor de lo que habría estado si hubiese tenido los elementos que necesita.

Premisa 3: Incluso dentro de una misma sociedad, debido a la enorme variación en los niveles de bienestar, existe una enorme variación en lo que una persona debe tener a fin de evitar quedar peor de lo que habría estado.

Conclusión 2: Incluso dentro de una misma sociedad, existe una enorme variación en las necesidades, en concordancia con la variación en los niveles de bienestar.

Nuevamente, la conclusión 2 no resultará atractiva para los teóricos de las necesidades y, en cualquier caso, es implausible. Y, al igual que antes, la premisa 3 es innegable. De manera que el problema debe estar en la premisa 1 (interpretar a las necesidades en términos de evitar perjuicios) o en la premisa 2 (interpretar los perjuicios de manera contrafáctica).

Estoy seguro de que ningún teórico de las necesidades que reflexione detenidamente aceptaría la explicación contrafáctica del perjuicio. Supóngase que apoyamos la imposición redistributiva de modo que se les quite a Bill Gates y a otra gente muy rica un porcentaje importante de su riqueza o ingreso para gastarlo en la gente más pobre. Programas semejantes se defienden por cierto con frecuencia sobre la base de que la gente más rica no necesita todos sus ingresos o riqueza, y que los más pobres necesitan más recursos de los que tienen actualmente. Pero esas ideas no son compatibles con definir «necesidad» como lo que es necesario para evitar perjuicios, y luego interpretar «perjuicio» de la forma en la que lo hace la explicación contrafáctica. En la explicación contrafáctica, la redistribución de los ricos a los pobres perjudica efectivamente a los ricos, o al menos a muchos de ellos, dado que sin la redistribución estarían mejor.

Supóngase ahora que el perjuicio se interpreta de *modo moralizador*. Por ejemplo, podría sostenerse que siempre que y es tratado injustamente, y sufre un perjuicio. Pero esto es muy implausible: se trata injustamente a otro si se incumple una promesa que se le hizo, pero a veces incumplir las promesas hechas a alguien no perjudica, o quizá incluso beneficia a esa persona. Entonces considérese ahora otra interpretación moralizadora del perjuicio: siempre que y resulta perjudicado, y es tratado injustamente. Este punto de vista es todavía más obviamente implausible: a veces nos perjudican hechos de la naturaleza, pero ellos no nos tratan injustamente.

De manera que he argumentado contra las concepciones moralizadoras del perjuicio, y contra la pretensión de combinar la idea de que las necesidades son aquello que uno debe tener para evitar un perjuicio, tanto con la explicación contrafáctica del perjuicio como con la idea de que el daño es una reducción en el bienestar.

Lo que queda es (iv), el enfoque según el cual el perjuicio se define en términos de una reducción del bienestar por debajo de un cierto umbral (por ejemplo, el umbral de una vida humana decente). Estoy de acuerdo en que, si el perjuicio se define de esta forma y las necesidades se definen en términos de lo que es necesario para evitar perjuicios, la categoría de las necesidades no sería demasiado amplia. Y estoy de acuerdo en que la concepción más plausible de las necesidades apunta hacia algún umbral.

No obstante, existen dos objeciones contra este enfoque. En primer lugar, el concepto de «perjuicio» tiene solo un sentido técnico y estipulado dentro de la fórmula «las necesidades son lo que se requiere tener para evitar perjuicios, y sufrir un perjuicio consiste en estar por debajo de cierto umbral». En el sentido de «perjuicio» propio del lenguaje ordinario, es falso que algo cause un perjuicio si nos coloca en un nivel por debajo de cierto umbral.

En segundo lugar, si las necesidades se definen en términos de perjuicios y los perjuicios en términos de un cierto umbral, entonces el concepto de perjuicio no desempeña ningún papel. En verdad, en esta concepción son las necesidades las que se definen en términos de cierto umbral. En síntesis, pienso que definir las necesidades directamente en términos de cierto umbral —omitiendo una referencia ociosa al perjuicio— resulta más claro y prometedor. Me ocuparé ahora de este enfoque más directo.

## 6. TRES POSIBLES CRITERIOS ALTERNATIVOS DE NECESIDAD

David MILLER puede considerarse un representante del enfoque más directo. Distingue tres posibles criterios alternativos de necesidad.

Uno de los criterios que identifica MILLER se refiere a «hechos biológicos o cuasi-biológicos» relativos a lo que una persona debe tener para sobrevivir y funcionar (MILLER, 1999: 207). Se trataría de hechos relativos al agua, la nutrición, el calor y cosas similares. Si las necesidades se limitan a la cantidad de agua, nutrición, calor y cosas similares que la gente necesita para sobrevivir por cierto período limitado, entonces el satisfacer las necesidades de la gente es algo bastante poco exigente, al menos en la mayoría de las economías modernas (MILLER, 1999: 208).

Sin embargo, tal como lo objeta MILLER, ¿cómo podríamos determinar el lapso de vida cuyo acortamiento da a la gente menos de lo que necesita? Lo que usted necesita para una vida sana en los próximos doce meses podría ser refugio más solo 680 litros de agua limpia y 730.000 calorías, distribuidas de forma relativamente equitativa en ese período de tiempo. Pero si usted tiene, digamos, 60 años, entonces lo que necesita para vivir con buena salud los próximos treinta años puede que no sea solo refugio, 21.900.000 calorías y 20.400 litros de agua limpia, sino también avances médicos en el combate contra el cáncer, las enfermedades cardíacas, la osteoporosis, el mal de Alzheimer, etc. ¿Y por qué detenerse solo en treinta años más?

El enfoque de WIGGINS consistía en sostener:

Usted necesita  $x$  si y solo si sin  $x$  no podría evitar un perjuicio.

Tal como lo sugiere MILLER, el enfoque de WIGGINS resulta incompleto. Debería decir:

Usted necesita  $x$  si y solo si sin  $x$  no podría evitar un perjuicio durante la próxima extensión  $e$  de tiempo.

En respuesta a esta objeción, ciertas personas me han dicho que la extensión de tiempo que los humanos *necesitan* ha sido y seguirá siendo la de setenta años. La idea es que, sin importar las variaciones en lo que digan las estadísticas acerca de las expectativas de vida, existe una idea normativa que puede expresarse así: «*necesitamos* vivir lo suficiente como para conocer a nuestros nietos; *no necesitamos* vivir lo suficiente como para conocer a nuestros bisnietos».

En réplica, estoy por supuesto de acuerdo en que la vida que se extiende *más allá* de nuestra capacidad para ser productivo y nuestra capacidad de gozar de la vida *no* es lo que necesitamos. Pero, en la medida en que puedo dar sentido al concepto de necesidad, considero que constituye una enorme falta de imaginación y ambición el trazar la línea en los setenta años. Los avances en la tecnología médica ofrecen una prolongación de años sanos y vivaces. Los avances en la tecnología de las comunicaciones ofrecen a la gente la capacidad de descubrir cosas sobre el mundo a través de la red y de hablar con otros vía correo electrónico, incluso mientras su movilidad real se reduce con la edad. En la medida en que sea posible una vida placentera, intelectualmente activa y socialmente interactiva, no veo por qué las «necesidades» de la gente deban de expirar a los setenta, a los cien o a los ciento cincuenta años.

Aquí los teóricos de la necesidad enfrentan un dilema. Un cuerno consiste en insistir en una línea trazada en algún lugar como los setenta años, en cuyo caso las necesidades resultan limitadas, pero al precio de establecer un límite aparentemente arbitrario (y mezquino) sobre las necesidades. El otro cuerno consiste en admitir que el lapso de vida cuyo acortamiento otorga a las personas menos de lo que necesitan es muy largo, quizás indefinidamente largo. En este caso, las necesidades son voraces (piénsese en el costo de la investigación médica), incluso hasta el punto de resultar prácticamente interminables. Una vez que el concepto de necesidad se expande para incluir vacunas y curas para cualquier enfermedad que amenace la salud física o mental, el principio de que las necesidades deben ser satisfechas amenaza con tornarse insatisfacible. Se habrá perdido así gran parte de la ventaja (relativa a la escasa exigencia) que el principio de las necesidades tiene sobre los principios utilitarios e igualitarios. De manera que ninguno de los cuernos de este dilema brinda una posición cómoda a los teóricos de la necesidad.

El segundo posible criterio de necesidad de MILLER establece que las necesidades son los medios necesarios para alcanzar los fines y ambiciones subjetivas de la gente. Sin embargo, he aquí algunas de las muchas objeciones de peso para aceptar a este criterio. Habría una excesiva oscilación aquí para determinar qué son necesidades, dado que los fines y ambiciones subjetivas varían considerablemente. Por otra parte, si las necesidades son simplemente aquello que sea necesario para alcanzar los fines y ambiciones subjetivas, entonces, dado que surgen nuevos fines y ambiciones cuando las viejas se ven satisfechas, el principio de que las necesidades deben ser satisfechas no podrá satisfacerse.

La razón del propio MILLER para rechazar el criterio de las necesidades en términos de fines y ambiciones subjetivas es que la gente debe hacerse responsable de sus fines y ambiciones subjetivas (MILLER, 1999: 209). Tal como MILLER presenta esta idea, los propios fines y ambiciones subjetivas no deberían imponer deberes sobre otros a menos que esos otros *validen* nuestros fines y ambiciones como componentes esenciales de una «vida humana decente».

Ello nos conduce al tercer posible criterio de necesidad, de acuerdo con el cual y necesita  $x$  si y solo si y debe tener  $x$  a fin de tener una vida mínimamente decente de acuerdo con las creencias de la sociedad respecto de lo que constituye una vida humana decente. Adviértase que se trata de creencias compartidas acerca de una vida *mínimamente decente*; no se trata de creencias acerca del nivel de vida *promedio* (MILLER, 1999: 212, 319 n. 23, n. 25). El nivel de vida promedio en una sociedad podría estar por encima o por debajo de lo que esa sociedad considera como mínimamente decente.

Pienso que quienes concentran su atención en las necesidades tienen el corazón en el lugar correcto. Se preocupan por los necesitados, un excelente blanco de interés práctico (en tanto los peor situados son los más necesitados). Pero, pensándolo bien, me parecen convincentes las razones para no poner demasiado peso filosófico sobre el concepto de necesidad, tal como explicaré a continuación.

Lo que cuenta como necesidad resulta particularmente controvertible e indeterminado. Es cierto que la ética no puede funcionar sin conceptos controvertibles e indeterminados. No obstante, el concepto de *necesidad* es *particularmente* controvertible e indeterminado (véase más arriba la discusión acerca de cuántos años saludables de vida se «necesitan»). Debriamos evitar el hacer depender las decisiones personales y sociales de conceptos tan problemáticos, si es que podemos hacerlo sin consecuencias implausibles.

## 7. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD PONDERADA EN REEMPLAZO DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD

Ya he señalado por qué pienso que la estricta igualdad de recursos y la igualdad de bienestar no son ideales atractivos. Esos ideales pueden importar una nivelación hacia abajo y un desperdicio de recursos y beneficios. He advertido que el principio de necesidad puede a menudo requerir *redistribución* para los peor situados, *sin* que ello tenga que significar nunca una *nivelación hacia abajo* o un desperdicio de recursos y beneficios. Pero acabo de plantear una objeción contra el principio de necesidad —a saber: que el concepto de necesidad es demasiado controvertible e indeterminado—. Esa objeción me parece suficiente para condenar al principio de necesidad en tanto exista algún otro principio que capte la mayor parte de lo que resulta atrayente en él sin estar también sujeto a la misma contundente objeción.

Considérese lo que se ha denominado el principio de prioridad ponderada, esto es, el punto de vista según el cual los beneficios o perjuicios de los peor situados tienen una mayor importancia que la misma magnitud de beneficios o perjuicios de los mejor situados. El principio de prioridad ponderada, a diferencia del principio de prioridad absoluta (o «estricta» o «léxico-gráfica»), no confiere una prioridad estricta a los peor situados. De acuerdo con el principio de prioridad ponderada, un beneficio a una persona mejor situada puede ser preferible a un beneficio a una persona peor situada si el beneficio a la persona mejor situada es lo suficientemente mayor. La mayoría de las especies de prioritarismo ponderado son también agregativas, en el sentido de que un beneficio a una persona peor situada puede ser superado por beneficios menores otorgados a varias personas mejor situadas<sup>6</sup>.

## 8. EL ENFOQUE DEL UMBRAL NO BASADO EN NECESIDADES

Roger CRISP rechaza el principio de prioridad ponderada debido a los casos en los que hay muy pocos peor situados y muchos mejor situados (CRISP, 2006: cap. 6). Considérese una elección entre conferir un beneficio relativamente pequeño a cada uno de los miembros de un pequeño grupo de peor situados y conferir un beneficio mayor a cada uno de los miembros de un grupo mayor de mejor situados. Dado que el beneficio para los mejor situados sería mayor para cada beneficiario y repercutiría sobre un número

---

<sup>6</sup> Sobre los atractivos —y también los problemas— del principio de prioridad ponderada no agregativo, véase FLEURBAEY, TUNGODDEN y VALLENTYNE, 2009.

mayor de personas, incluso el principio de prioridad ponderada, que asigna un peso superior a los beneficios a la persona peor situada que a los beneficios de igual magnitud a la persona mejor situada, podría privilegiar la opción por los beneficios para los mejor situados sobre los beneficios para los peor situados. CRISP considera que esos casos constituyen objeciones al principio de prioridad ponderada.

No comparto su reacción. Si el número de beneficiarios potenciales mejor situados es el mismo que el número de los peor situados, pero el beneficio por persona es mucho mayor para los mejor situados, o si la extensión de los beneficios por persona es la misma pero el número de los mejor situados es mayor, creo que efectivamente los beneficios deberían ir a los mejor situados.

Incluso en los casos en los que el beneficio por persona de los mejor situados es menor que el beneficio por persona de los peor situados, el principio de prioridad ponderada agregativo aprobará que los beneficios vayan a los mejor situados en la medida en que se cumplan dos condiciones. La primera es que el número de los mejor situados sea lo suficientemente mayor que el de los peor situados. Aquí es donde entra a jugar el componente agregativo. La segunda condición es que los beneficios en cuestión sean de «valor continuo». Dos clases de beneficio son de valor continuo si y solo si una cantidad suficiente de una clase puede superar una cantidad pequeña de la otra clase.

Sin lugar a dudas, esos ejemplos muestran que el principio de prioridad ponderada puede ir en contra de la igualdad en la distribución en situaciones en las cuales está en juego el desperdicio de recursos o beneficios. De manera que el principio de prioridad ponderada puede ir en contra de la igualdad en la distribución no solo en los casos de nivelación hacia abajo que mencioné antes, sino también en estos casos que describe CRISP. Sin embargo, me parece que estos son casos en los que el principio de prioridad ponderada obtiene la respuesta correcta, mientras que cualquier igualitarismo más fuerte obtiene la respuesta equivocada.

El propio CRISP rechaza el principio de prioridad ponderada, favoreciendo en su lugar a un umbral «por sobre el cual la prioridad no cuenta, pero por debajo del cual sí lo hace...». CRISP distingue su concepción del umbral del principio de satisfacción de necesidades (2006: 158):

[B]ajo cualquier distinción sensata entre necesidades y otros componentes del bienestar, las necesidades ceden frente a un [apropiado] interés especial. Imagínese una sociedad que incluye, junto a un número importante de individuos muy ricos y prósperos, un grupo que es muy pobre pero cuyas necesidades básicas, e incluso no básicas, se encuentran satisfechas. La preocupación por los peor situados reclama al menos ciertas transferencias de



los ricos a los pobres, incluso si los pobres usaran los recursos obtenidos para adquirir bienes que no pudiera decirse que necesitaban.

Aunque el principio de satisfacción de necesidades y la concepción del umbral de CRISP son diferentes, tienen mucho en común —tanto a favor como en contra—.

Un punto a favor que comparten es su conformidad con la opinión común. MILLER informa que existen estudios empíricos que revelan que de acuerdo con la visión de la justicia de la mayoría de la gente, una vez que todos han alcanzado un cierto nivel de suministros básicos, lo que debería hacerse es no seguir otorgando un peso especial a los beneficios para los peor situados y, en lugar de ello, centrarse en maximizar el ingreso promedio (MILLER, 1999: cap. 2). MILLER parece pensar que las teorías de la justicia pierden plausibilidad en la medida en que se alejan del punto de vista de la gente común.

Un punto en contra de otorgar demasiado peso a esos estudios es que aquellos en los que MILLER centró la atención expresaban las elecciones en términos de bienes materiales, en particular de dinero, no en términos de bienestar. Ahora bien, la utilidad marginal decreciente de los recursos les da incluso a los utilitaristas razones para privilegiar cierto nivel de provisión universal de recursos, y entonces para asignarle mucha menor importancia a la igualdad de recursos. Todos *necesitan* al menos una cantidad mínima de agua, comida, abrigo y educación para estar cómodos, seguros y suficientemente informados como para desarrollar y alcanzar fines más allá de la supervivencia. Pero una vez que todos tienen los recursos para desarrollar una vida larga y saludable, hay muchas menos razones utilitarias para igualar recursos.

Una ventaja que tiene el principio de prioridad respecto del principio de satisfacción de necesidades es que el primero no tiene que trazar una línea entre las necesidades y lo que no son necesidades. Todo lo que el principio de prioridad tiene que hacer es determinar quiénes están peor situados, y esto parece mucho más fácil que determinar si la obtención de  $x$  por  $y$  es algo que  $y$  necesita o simplemente algo que beneficiaría a  $y$ . El principio de prioridad tiene precisamente la misma ventaja sobre el enfoque del umbral no basado en necesidades de CRISP. CRISP necesita defender una línea; el principio de prioridad no tiene ninguna línea que defender.

## 9. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD PONDERADA Y LA INIQUIDAD COMPARATIVA

FEINBERG (1973: 98-102; 1980) distinguía entre justicia comparativa y no comparativa. Suponga que usted y yo somos ambos culpables de hurtar

una manzana, y que ambos somos condenados a una vida de tormentos seguida de una muerte dolorosa. Éste es un ejemplo de injusticia no comparativa. El ejemplo ya expuesto de HART sobre un sistema jurídico que no prevé ninguna reparación para ciertos daños que la gente puede infligir sobre otros constituye otra muestra de injusticia no comparativa. La injusticia o iniquidad comparativa es más simple. Si usted y yo merecemos lo mismo pero usted recibe menos premios, recompensas u otros bienes que yo, entonces ha existido una injusticia comparativa.

Usando el concepto de injusticia comparativa, MILLER presenta un argumento contra el principio de prioridad ponderada. Su ejemplo es el siguiente: «*A, B, C y D* están cada uno a menos diez, y la única posibilidad de la que disponemos es elevar a *D* a menos cinco o dejar las cosas como están» (MILLER, 1999: 225). Uno de los puntos principales del principio de prioridad es el prescribir que el bien se otorgue en tales casos a los destinatarios disponibles. MILLER y otros autores presentan esos casos como conflictos entre la justicia no comparativa (debe darse a cada uno exactamente lo que le es debido) y la justicia comparativa (nadie debe recibir más que otro a menos que necesite o merezca más). MILLER piensa que al menos en algunos de esos casos de conflicto, el principio de prioridad ponderada llega a un resultado equivocado, porque el resultado que los partidarios del principio de prioridad privilegian contendrá siempre iniquidad comparativa (dado que *D* no necesitaba ni merecía el beneficio más que *A, B* o *C*). MILLER y estos otros autores piensan que a veces es mejor para todos quedarse sin nada que el que solo algunos se beneficien pese a que no necesitan ni merecen más que quienes no se benefician (MILLER, 1999: 220, 225).

En respuesta, permítase decir de qué manera rechazo la propia presentación del ejemplo. MILLER precisa que *A, B, C y D* se encuentran cada uno igualmente necesitados y son cada uno igualmente merecedores del beneficio. Permítaseme dejar de lado el merecimiento hasta más adelante en el trabajo, dado que no he comenzado aún a discutirlo. En lo que respecta a la cuestión relativa a las necesidades de estas cuatro personas, he sostenido que debemos concentrarnos en cuán mal se encuentra la gente en lugar de hacerlo en cuán necesitada está. Supóngase que parte de mi argumento ha resultado exitoso. Entonces deberíamos reformular el ejemplo de MILLER de manera que *A, B, C y D* se encuentren cada uno igualmente mal situados. Nuevamente, supóngase que puede conferirse un beneficio a uno de ellos, específicamente a *D*, pero a ninguno más. ¿Es inequitativo que este beneficio vaya a *D* y lo ubique en una mejor situación que la de los otros tres?

Podríamos pensar que existe iniquidad comparativa toda vez que una persona termina en una mejor posición que otra *sin justificación*. Tal como

lo han advertido HART y muchos otros, la equidad no solo exige que se ignoren las diferencias irrelevantes entre las personas sino también que no se ignoren las diferencias relevantes entre las personas. Y entonces la cuestión se centra en si el hecho de que se pueda beneficiar a *D* pero no a *A*, *B* o *C* es una diferencia relevante entre *D* y los demás. Si esa es una diferencia relevante, entonces la equidad no suministra ninguna objeción contra el hecho de beneficiar a *D*. Me parece que el contraejemplo de MILLER al principio de prioridad ponderada no solo se aprovecha de la idea de que *A*, *B*, *C* y *D* se encuentran igualmente *necesitados* y son igualmente *merecedores* del beneficio, sino también de la idea de que *esos hechos son los únicos relevantes para la equidad en este contexto*. Por el contrario, yo sostengo que también es relevante para la equidad el hecho de que *D* es el único que puede ser ayudado.

Lo que dirían muchos pluralistas acerca del ejemplo de MILLER es que, si bien otorgar a *D* el beneficio podría provocar cierta iniquidad comparativa, este es un caso en el cual entra en juego más de un principio. Podrían proseguir sosteniendo que otorgar a *D* el beneficio sería lo mejor, considerando todo lo relevante, porque la iniquidad comparativa resultaría superada por el incremento en la satisfacción de la necesidad (*D* estaría obteniendo más de lo que necesita, incluso si los demás no lo hacen). O podrían afirmar que otorgar a *D* el beneficio sería lo mejor, considerando todo lo relevante, porque la iniquidad comparativa resultaría superada por el incremento en la equidad no comparativa (*D* estaría obteniendo lo que merece, incluso si los demás no lo hacen). O podrían sostener que sería lo mejor, considerando todo lo relevante, simplemente porque el incremento en la utilidad es suficiente para superar a la iniquidad comparativa. Pero si estoy en lo cierto al sostener que el hecho de que *D* sea el único a quien se puede ayudar también es relevante para la equidad, entonces quizás éste no sea un caso en el cual la equidad resulte superada por otro principio<sup>7</sup>.

Por supuesto, el principio de prioridad ponderada (que no hace ninguna referencia al concepto de merecimiento) puede colisionar con principios relativos al merecimiento. Ese punto no tiene ninguna conexión con la tesis de que el principio de prioridad ponderada es superior al principio de necesidad. Volveré sobre la relación entre el principio de prioridad ponderada y el merecimiento después de contrastar los principales puntos de vista sobre el lugar que ha de ocupar el merecimiento en la filosofía política y moral.

---

<sup>7</sup> Este párrafo y el anterior le deben mucho a la discusión con Serena Olsaretti.

## 10. LO ESENCIAL SOBRE EL MERECIMIENTO

El término «merecer» parece tener un sentido restringido y uno amplio, que se corresponden con un enfoque restringido y uno amplio sobre cuál puede ser el fundamento del merecimiento. En el sentido restringido de merecer, el fundamento del merecimiento debe ser la *actividad o actuación intencional de quien merece algo* en un momento o espacio de tiempo *en el pasado*. A veces el término «merecer» se usa de forma más amplia. Algunos sostienen que todos *merecen* igual consideración y respeto. Algunos sostienen que los peor situados *merecen* una atención mayor. En este sentido amplio de «merecer», decir que se merece algo es decir que se lo debe obtener, sea que uno haya hecho algo en el pasado para justificar ese merecimiento o no.

En la medida en que se asuma que la equidad se fundamenta, al menos parcialmente, en el merecimiento, el sentido de merecimiento en juego es el restringido, no el amplio. Las proposiciones sobre lo que las personas merecen en sentido amplio no indican por qué deberían ser tratadas de una cierta forma: tales proposiciones simplemente registran que las personas deberían ser tratadas de esa forma. Las proposiciones sobre lo que las personas merecen en sentido restringido sí indican por qué deberían ser tratadas de una cierta forma: debido a hechos relativos a su actividad intencional pasada.

## 11. LA RELACIÓN ENTRE EL MERECIMIENTO Y LA SATISFACCIÓN DE LA NECESIDAD

Si nos concentramos en el sentido primario de merecimiento entendido como ligado a la actividad o actuación intencional pasada de quien merece algo, estamos considerando a la actividad o actuación intencional pasada como fundamento del merecimiento. Si seguimos este camino, entonces no podemos considerar a la *necesidad* como fundamento del merecimiento. La necesidad es un concepto que mira hacia adelante y no hacia atrás, y la necesidad no se restringe a la actividad o actuación *intencional*. Por consiguiente, no hay ninguna garantía conceptual de que el merecimiento y la necesidad no puedan colisionar. De hecho, por supuesto, con frecuencia colisionan.

## 12. ¿MERCIMIENTO PRE-INSTITUCIONAL O INSTITUCIONAL?

Tal como lo sostuvo John RAWLS (1971: §§17 y 48), el enfoque institucional del merecimiento interpreta al merecimiento como el *producto* de instituciones *justas*, no como una restricción respecto de qué es lo que cuenta como una institución justa. Este enfoque institucional del merecimiento constituye un sustrato común para utilitaristas, RAWLS y partidarios del principio de prioridad ponderada.

La idea de que el merecimiento es un concepto institucional no niega que las instituciones puedan ser demasiado malvadas como para generar merecimientos. Típicamente, la idea es que solo aquellas instituciones que satisfacen una cierta pauta de justicia pueden generar reclamos de merecimiento (cuando esta pauta de justicia no invoca ella misma merecimiento).

La oposición al enfoque institucional del merecimiento adopta la forma de un compromiso con un concepto pre-institucional de merecimiento. Este enfoque pre-institucional no niega que las instituciones son regularmente relevantes para el merecimiento, y que muchos reclamos de merecimiento no tienen sentido fuera de un contexto institucional (MILLER, 1999: 138-139). Uno merece una promoción a una jerarquía más alta solo si hay diversas instituciones que diseñan la profesión y sus objetivos. Lo distintivo del enfoque pre-institucional es su insistencia en que hay ciertos principios de merecimiento que son «pre-institucionales», esto es, cuya legitimidad es previa a la justificación de las instituciones. De acuerdo con el enfoque pre-institucional, ciertos principios de merecimiento operan como restricciones sobre lo que puede ser una institución o práctica justa.

Si el merecimiento resulta ser puramente un concepto institucional, tal como piensan los utilitaristas, RAWLS y los partidarios del principio de prioridad ponderada, entonces el merecimiento no es fundamental desde el punto de vista moral. Lo que resultan fundamentales son las consideraciones que delinean a la moral y a las demás prácticas que *deberíamos* tener, y estas consideraciones no incluyen al merecimiento<sup>8</sup>.

Ofrezco el siguiente cuadro para aclarar el debate:

---

<sup>8</sup> Una fructífera discusión sobre el merecimiento como una noción «parasitaria» se presenta en OLSARETTI, 2003: 196-197.

Principios rivales para escoger reglas e instituciones	→ Reglas de la moral y de las instituciones sociales	→ Merecimiento institucional
<p><i>U</i> Escoja reglas e instituciones que maximicen la utilidad esperada,</p> <p style="text-align: center;">o</p> <p><i>R</i> Escoja reglas e instituciones que maximicen el mínimo,</p> <p style="text-align: center;">o</p> <p><i>P</i> Escoja reglas e instituciones que maximicen el valor esperado en términos del principio de prioridad ponderada,</p> <p style="text-align: center;">o</p> <p><i>M</i> De entre las posibles reglas e instituciones que respetan el merecimiento pre-institucional, use la mejor de entre <i>U</i>, <i>R</i>, <i>P</i>, o... para seleccionar reglas e instituciones.</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. No mate o lastime a otros.</li> <li>2. No coja o dañe la propiedad de otros.</li> <li>3. No rompa sus promesas.</li> <li>4. No mienta.</li> <li>5. Al organizar su propio tiempo, esfuerzo y otros recursos, otorgue peso extra a conexiones especiales —por ejemplo, familia, amigos y benefactores.</li> <li>6. Haga el bien en general, especialmente a los peor situados.</li> <li>7. La gente es moralmente libre para hacer cualquier acuerdo compatible con lo anterior. De manera que los mercados determinarán las tasas de remuneración.</li> </ol>	<p>Las reglas morales y las instituciones sociales son el marco para el merecimiento institucional.</p> <p>Por ello, elogie a quienes son particularmente buenos en el seguimiento de las reglas 1-6, castigue a quienes incumplen cualquiera de las reglas 1-4 y remunere de conformidad con acuerdos válidos.</p>

En el cuadro de arriba, los utilitaristas propugnan *U*, los rawlsianos *R*, y los partidarios del principio de prioridad ponderada *P*. Ninguna de estas posiciones sostiene que el merecimiento deba ser mencionado en la columna de la izquierda (en otras palabras, en el primer principio correcto). Aquellos que creen, como MILLER, en el merecimiento pre-institucional rechazan *U*, *R*, *P* y cualquier otro primer principio similar que no mencione al merecimiento pre-institucional. MILLER, así como todos los que creen en el merecimiento pre-institucional, propugnan *M*.

El argumento de MILLER a favor del merecimiento pre-institucional es el siguiente. Imagínese que las reglas se evalúan en términos de si maximizan la posición de los peor situados, o si maximizan la utilidad, o si satisfacen cualquier otro principio que no sea de merecimiento. Supóngase que las reglas que satisfacen ese criterio son tales que consentirían que se pague más a los hombres por empaquetar bizcochos de lo que se le pagaría a las mujeres por el mismo trabajo. Dada la situación tal como se la describe, la justicia y

la equidad no pueden oponerse a este esquema de remuneración diferenciada a menos que el merecimiento no sea puramente una cuestión relativa a qué reglas e instituciones impone el principio —no de merecimiento— que se asume (MILLER, 1999: 141). El merecimiento exige igual remuneración por igual tarea, y este principio es previo a cualesquiera instituciones, prácticas o reglas respaldadas por algún otro principio. Esto es lo que sugiere el principio *M* en la columna de la izquierda del cuadro anterior.

Acepto que el principio de igual remuneración por igual tarea ha tenido muchos efectos benéficos. Pero no me parece que sea tan fundamental como sugiere MILLER. Piénsese en casos en los que el principio de igual remuneración por igual tarea se vería correctamente afectado y en los que, no obstante, no parecería cometerse ninguna injusticia. Supóngase que las universidades necesitan contratar más profesoras mujeres y que las candidatas escasean. En tales circunstancias, muchas universidades podrían tener que pagar a las profesoras más que a los profesores, porque la demanda relativa de profesoras es mayor. No me parece que esto sea injusto, al menos no más de lo que lo es, en términos más generales, cualquier mecanismo de oferta y demanda.

Ahora bien, lo que uno podría decir es que en las circunstancias descritas, las profesoras estarían haciendo más que los profesores, dado que las mujeres estarían colaborando efectivamente con la diversidad de género. Pero una vez que se admite esta clase de cosas dentro el principio de «igual remuneración por igual tarea», el principio pierde su atractivo.

MILLER presenta otro ejemplo para ilustrar que el merecimiento es un concepto pre-institucional. Sostiene que «el merecimiento exige que un desempeño superior genere un reconocimiento superior en cualquier forma que lo dispongan las instituciones ... [S]i se remunera a la gente por trabajo de esta suerte [por oposición a que se reconozca su desempeño de alguna otra forma, como con premios u honores], entonces aquellos cuya productividad es superior merecen, *ceteris paribus*, una remuneración mayor (algo que, nuevamente, el principio de la diferencia de RAWLS no necesariamente exige)» (MILLER, 1999: 141). De manera más general:

Si hay actuaciones que son valoradas socialmente, entonces quienes los emprenden tienen merecimientos, aunque más bien vagos, previos al establecimiento de las instituciones. Merecen *alguna forma* de reconocimiento o recompensa, aunque la forma puede legítimamente variar apreciablemente de un lugar a otro. Si una sociedad simplemente se niega a mostrar su reconocimiento por actividades voluntarias que son valiosas según sus propias pautas, entonces sus instituciones no son justas (MILLER, 1999: 142).

Pero ¿es conceptualmente posible que una sociedad pueda valorar una cierta clase de actuación y, sin embargo, no reconocer de ningún modo la

actuación valorada —ni siquiera admitiéndola—? Debe admitirse que, por alguna razón, una sociedad podría valorar una cierta clase de actuación y, sin embargo, no premiarla *públicamente* y ni siquiera *expresar abiertamente* admiración por la actuación valorada. Quizá la sociedad guarda su admiración para sí, por decirlo de algún modo, por temor a hacer que los que actúan bien se vuelvan presuntuosos. ¿Sería ésta una práctica injusta como lo sugiere MILLER? No me parece que deba ser así.

He concluido entonces en que los dos ejemplos de MILLER de merecimiento pre-institucional no resultan convincentes. Podría, no obstante, haber mejores ejemplos de merecimiento pre-institucional. De manera que estoy abierto aunque no todavía convencido de que exista merecimiento pre-institucional.

### 13. EL MERECIMIENTO EN UN NIVEL DIFERENTE DE LA PRIORIDAD PONDERADA

Supóngase que el merecimiento es un concepto puramente institucional. El merecimiento no juega entonces ningún papel en la primera columna, que es donde el principio de prioridad ponderada juega su papel más importante. No obstante, el merecimiento y la prioridad ponderada pueden entrecruzarse en un nivel diferente y derivado, dado que una de las reglas de la moral escogida por el principio de prioridad ponderada sería un deber *pro tanto* de hacer el bien a los otros, especialmente a los peor situados. Véase *infra* la regla 6:

Principios para escoger reglas e instituciones	→ Reglas de la moral y de las instituciones sociales	→ Merecimiento institucional
Escoja reglas e instituciones que maximicen el valor esperado en términos del principio de prioridad ponderada.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. No mate o lastime a otros.</li> <li>2. No coja o dañe la propiedad de otros.</li> <li>3. No rompa sus promesas.</li> <li>4. No mienta.</li> <li>5. Al organizar su propio tiempo, esfuerzo y otros recursos, otorgue peso extra a conexiones especiales —familia, amigos y benefactores.</li> </ol>	Elogie a aquellos que son particularmente buenos en el seguimiento de las reglas 1-6, castigue a quienes incumplen cualquiera de las reglas 1-4 y remunere de conformidad con acuerdos válidos.



Principios para escoger reglas e instituciones	→ Reglas de la moral y de las instituciones sociales	→ Merecimiento institucional
	6. Haga el bien en general, especialmente a los peor situados. 7. La gente es moralmente libre para hacer cualquier acuerdo compatible con lo anterior. De manera que los mercados determinarán las tasas de remuneración.	

En este cuadro, el principio de prioridad ponderada aparece en la primera columna como el encargado de seleccionar las reglas e instituciones. También tiene un lugar en la segunda columna, como regla así escogida (*supra*, regla 6). Las reglas sobre el merecimiento se encuentran principalmente en la tercera columna, pero la regla 7 de la segunda columna sugiere que los acuerdos determinarán cierto tipo de merecimientos.

El presente cuadro no niega posibles casos de conflicto entre el respeto al merecimiento y otras exigencias. Más específicamente, las reglas e instituciones seleccionadas en base al principio de prioridad ponderada provocarán con frecuencia situaciones en las que el elogio, castigo o remuneración adecuada no tendrán el mejor resultado en términos del principio de prioridad ponderada. Pero el principio de prioridad ponderada es escandalosamente implausible a menos que sea, o bien *simplemente uno de los múltiples primeros principios que deben ponderarse unos con otros en el mismo nivel*, o bien *el único primer principio pero en una teoría de niveles múltiples*, en la cual pueden resultar dominantes en los niveles derivados otras consideraciones. En pocas palabras, cualquier forma plausible de principio de prioridad ponderada deberá aceptar que a veces otros tipos de consideraciones determinan lo que, haciendo un balance de todo lo relevante, debe hacerse.

## CONCLUSIONES

Hablar de necesidades puede ser una forma de expresar una consideración adecuada por los peor situados. Pero lo que me parece fundamental es determinar quiénes son los peor situados y cómo ayudarlos, no si sus vidas están por encima o por debajo de cierta línea de necesidad o algún otro umbral.

He atacado dos de los argumentos de David MILLER a favor del merecimiento pre-institucional. También he defendido el principio de prioridad ponderada contra la objeción de MILLER de que, debido a que el principio de prioridad ponderada puede entrar en conflicto con el merecimiento, puede conducir a una injusticia comparativa. Mi defensa en parte ha supuesto la idea de que el merecimiento y la consideración especial por los peor situados pueden ingresar en diferentes niveles de directivas. Pero reconozco que, cuando el merecimiento y la consideración por los peor situados entran en conflicto directo, el merecimiento puede ser lo más importante.

## CAPÍTULO XI

# LAS LIBERTADES BÁSICAS

Philip PETTIT

Tenemos dos maneras de hablar acerca de la libertad, una en singular y la otra en plural. Nos ocupamos en el sentido singular de hasta qué punto una persona es libre para hacer o no hacer ciertas cosas, o hasta qué punto una persona es libre o no lo es. Pero, igualmente, nos ocupamos de la cuestión plural de hasta qué punto la persona goza de las libertades que consideramos importantes o básicas. ¿Qué son esas libertades en plural, no obstante? ¿Qué se necesita para que algo sea considerado como una libertad básica?

El enfoque usual de esta cuestión consiste en ofrecer una lista de ciertas presuntas libertades básicas —digamos, las de pensamiento, expresión y asociación— y luego agregar con un gesto «y así sucesivamente». Mi objetivo en este trabajo es hacer algo más para intentar desarrollar una concepción de la clase de libertades involucradas en el gesto que acompaña al «y así sucesivamente». Sostendré que las libertades básicas pueden ser identificadas con provecho como aquellas requeridas para vivir la vida de una persona o ciudadano libre, y explicaré con detalle ese requerimiento a través de tres exigencias, a las que describiré como extensión viable, importancia personal y disfrute conjunto igualitario.

Hay muchos conjuntos candidatos de libertades básicas que pueden proponerse para proteger, ya sea en general o para una sociedad en particular. La tesis que defenderé es que a fin de contar como un conjunto de libertades básicas, las clases de elección protegidas en cualquier propuesta deberían

poder ser disfrutadas de manera igualitaria al mismo tiempo por todos (disfrute conjunto igualitario); deberían ser importantes en la vida de los seres humanos normales (importancia personal), y no deberían ser restringidas en forma innecesaria: deberían ser tan extensas como lo permitan las otras exigencias (extensión viable).

Como el objetivo del trabajo es bastante limitado, haré abstracción de muchas cuestiones importantes. No suministraré ningún argumento sobre por qué es importante que se proteja cierto conjunto de libertades básicas, ni estimaré la importancia de esa protección en comparación con otros objetivos sociales. No diré nada sobre hasta qué punto debería constituir un requisito de la democracia el que ciertas clases de libertades se encuentren atrincheradas —ya sea en una constitución o de otra forma— y hasta qué punto debería permitirse que un proceso democrático varíe en la especificación y protección de las libertades básicas. Y no estableceré una jerarquía entre los diferentes conjuntos candidatos de libertades básicas —aquellos que satisfacen mis tres exigencias—. Estos conjuntos candidatos variarán en el modo de invocar reglas de coordinación para especificar las libertades —esta variación será explicada luego—; en el modo de sopesar las diferentes libertades unas con otras; en el modo de sopesar la cantidad de elecciones protegidas frente a la calidad de la protección suministrada, y en cuántas libertades de hecho incluyen.

Mi interés en las libertades básicas proviene del lugar que creo debe otorgárseles en una concepción republicana de la libertad y del gobierno. Pero las libertades básicas se invocan en prácticamente todas las teorías políticas en algún momento, de manera que el tema debería ser también de interés para otros. Debería ser de especial interés para quienes siguen a John RAWLS (1971) en considerar que una primera exigencia de la justicia es la institución de un sistema de libertades básicas al que todos tengan un acceso igualitario. H. L. A. HART (1973) suministró un extenso análisis de las dificultades que enfrenta esta tesis rawlsiana y su ensayo tendrá un lugar prominente en mi discusión. HART sacó a la luz un desalentador espectro de dificultades para la idea rawlsiana. Y, al hacerlo, reunió un número importante de observaciones. Mi explicación de las libertades básicas está profundamente determinada por ellas, porque identifican los obstáculos que cualquier teoría de las libertades básicas debe sortear.

## 1. DE LA TEORÍA REPUBLICANA A LAS LIBERTADES BÁSICAS

La idea republicana clave es que una persona o ciudadano será libre en la medida en que las elecciones adecuadas sean adecuadamente protegidas y respaldadas. La cláusula de las elecciones adecuadas significa que no será

suficiente que se proteja cualquier vieja elección de la persona — digamos, aquellas que no tienen ninguna importancia para nadie o incluso aquellas que dañan a otros—. Y la cláusula de protección adecuada implica que no será suficiente que se protejan las elecciones de la persona permitiéndosele apaciguar o comprar a los potenciales ofensores, por ejemplo, adoptando maniobras evasivas o llamando a algunos amigos de la mafia.

La teoría republicana de protección adecuada enfatiza la necesidad de protegerse contra la dominación, no solo contra la interferencia. Usted gozará de una protección adecuada en una elección particular solo en la medida en que otros individuos o grupos no tengan acceso a medios de control no deliberativos sobre esa elección. Los otros podrían ser capaces de deliberar con usted sobre la base de razones sinceras, razones de tipo tómelo o déjelo, e influenciar así lo que usted haga. Pero no se les debería conferir la potestad de interferir sobre la elección, sin exponerse a un inhibitorio riesgo de castigo. No deberían poder bloquear, cargar o redirigir engañosamente la elección sin ningún grado de impunidad. En pocas palabras, no deberían tener un «control dominante» sobre lo que usted elige.

Debería advertirse que el control dominante no es equivalente a la interferencia. Por un lado, la gente puede tener control dominante en una elección que usted efectúa y sin embargo no interferir realmente sobre usted; puede vigilar lo que usted hace y solo recurrir a la obstrucción, la coerción o el engaño cuando esa interferencia es necesaria para hacer que usted haga lo que ellos desean. Y, por el otro lado, la gente puede interferir sobre su elección y sin embargo no tener control dominante: su interferencia puede estar sujeta a su revisión y control. La elección libre y protegida es aquella que evade el control dominante, pero no necesariamente la que escapa a la interferencia (PETTIT, 1997; SKINNER, 1998; PETTIT, 2008b; PETTIT, 2008a).

El contar con una teoría de la protección adecuada no significa todavía contar con una teoría acerca de qué elecciones son las adecuadas para ser protegidas. Asumo que el conjunto de elecciones a ser protegido en cualquier sociedad deberá estar conformado por elecciones de la clase que esperaríamos que cualquier persona o ciudadano libre será capaz de ejercer: deberán ser elecciones que puedan definir al «hombre libre» del discurso republicano tradicional (SKINNER, 2006; PETTIT, 2007). Denominaré libertades básicas a ese conjunto de elecciones. No hay ciudadanía libre sin el goce de un conjunto adecuado de libertades básicas en este sentido, y no hay goce de semejante conjunto de libertades básicas sin ciudadanía libre. La persona libre o *liber* es el ciudadano o *civis* que se encuentra plenamente incorporado dentro de un marco que resguarda a esas libertades básicas del control de otros. En ese sentido, para darle a la ecuación un formato romano, «la *libertas* plena es coextensiva con la *civitas*» (WIRSZUBSKI, 1968: 3).

El conectar las libertades básicas con la aptitud para gozar de la vida de un ciudadano libre tiene un atractivo natural para cualquiera que se afilia a la larga tradición republicana, pero también debería tener sentido dentro de una diversidad de otros enfoques. La conexión es útil, como veremos, porque permite explicar con detalle tres exigencias específicas que podríamos esperar que cualquier conjunto candidato de libertades básicas satisfaga.

## 2. INTRODUCCIÓN DE LAS LIBERTADES BÁSICAS

El interrogante de cómo identificar a las libertades básicas se encuentra sorprendentemente descuidado en la bibliografía. Las únicas discusiones destacadas se encuentran en el trabajo de RAWLS y en el ensayo de H. L. A. HART (1973) sobre el enfoque de RAWLS acerca de la libertad. RAWLS sostuvo, en una primera formulación de su teoría, que la primera exigencia de la justicia, que tiene prioridad sobre cualquier otra demanda respecto de la estructura básica de la sociedad, es que cada uno debería tener «un derecho igual a la libertad más extensa compatible con una libertad similar para todos» (RAWLS, 1958). Esto podría parecer que excluye la propiedad privada, dado que las restricciones sobre los que no tienen propiedad podrían superar en peso a las libertades de los propietarios (HART, 1973: 538). Quizás por esa razón RAWLS pasó más tarde a una formulación que implicaba libertades, no libertad. «Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas iguales, compatible con un sistema similar para todos» (RAWLS, 1971: 302; véase también RAWLS, 1993; 2001).

En todos los enfoques, las libertades básicas son elecciones, cada una de las cuales se distingue por una opción significativa y particular. Por consiguiente, siguiendo una enumeración aproximada sugerida por RAWLS, tenemos la libertad de juzgar como uno lo crea mejor; de expresar la propia opinión; de asociarse con otros; de tener propiedad privada; de sufragar y postularse para un cargo público (RAWLS, 1971: 61).

Las personas poseerán tales libertades en la medida en que tengan los medios para poder acceder o no, según escojan, a la opción característica. Esto significa que deben estar protegidos contra el control sin invitación de los demás sobre lo que dicen, con quiénes se asocian, qué poseen, o cómo votan. Estas libertades serán más valiosas para sus titulares en la medida en que sus recursos no solo suministren los medios básicos necesarios sino que también hagan posible ejercitar las libertades con mayor frecuencia, amplitud o facilidad. Recursos adicionales pueden permitir a la gente hablar en los medios, por ejemplo, no solo en privado; otorgarles una red más amplia para hacer contactos con otros, suministrarles un espectro más amplio de

cosas de las que pueden ser propietarios, o simplemente hacerles más fácil la tarea de ir a votar. Aunque esas diferencias en los recursos afectan el valor de las libertades, la idea es que la posesión de las libertades no aumenta con ese acceso a recursos adicionales (RAWLS, 1971: 204). Si bien esos recursos permiten a la gente ejercitar las elecciones a un costo cada vez menor, o respecto de un espectro cada vez más amplio de opciones, no necesariamente implican que quienes cuentan con mayores recursos posean libertades en un grado más alto que quienes tienen menos recursos (PERRIT, 1997: 75-76)<sup>1</sup>.

Todo esto sirve para introducir a las libertades básicas, pero no para conferirle precisión a la categoría. En este trabajo me apoyaré en tres exigencias a fin de determinar con mayor exactitud los conjuntos de libertades que deberían contar como candidatas para constituir libertades básicas. Las tres exigencias se justifican en virtud de la asociación entre las libertades básicas y la posibilidad de vivir la vida de un ciudadano libre. Dos de ellas pueden exponerse en forma bastante breve, pero la discusión de la tercera demandará la mayor parte del trabajo.

### 3. LA EXIGENCIA DE EXTENSIÓN VIABLE

Si las libertades básicas son necesarias para una ciudadanía libre, entonces una primera exigencia consiste en que deberían ser lo más numerosas posible, en tanto satisfagan las restantes exigencias que discutiré a continuación. Las otras exigencias, interpretadas en el marco de una sociedad dada, constituirán un obstáculo que los tipos de elección deberán superar si han de contar como libertades básicas que deben ser protegidas. La exigencia de extensión viable sostiene que, en la medida de su consistencia con las restantes libertades establecidas en cualquier propuesta, las libertades adicionales que superen ese obstáculo también merecen contar como libertades básicas y deberían ser protegidas adecuadamente en la sociedad.

Supóngase que una sociedad protege ciertas libertades que cuentan como básicas de acuerdo con otras exigencias, pero que no lo hace en forma óptima en el siguiente sentido: existen otras libertades que podría igual-

---

<sup>1</sup> En el enfoque republicano, hay límites a lo que resulta tolerable en lo que atañe a la pobreza o desigualdad en los recursos, dado que un cierto nivel de privación o desequilibrio conlleva en sí mismo control dominante, reduce los costos de interferencia respecto de los fuertes y les da así un poder controlante de interferencia en la vida de los peor situados (PERRIT, 1997; 2006; 2008). Pero de todos modos se mantiene vigente la distinción entre tener una libertad y tener los recursos para maximizar su valor. La posesión de la libertad no varía en grado con la adición de recursos más allá de los que se requieran para evitar la dominación por los demás y —si esto cuenta como una exigencia característica— para tener un acceso adecuado a la elección en cuestión. Un teórico reciente que rechaza este enfoque es KRAMER (2003); véase también VAN PARIJS (1995).

mente proteger, en forma consistente con esas exigencias, y sin embargo no lo hace. Los miembros de esa sociedad no serían considerados plenamente libres bajo ninguna consideración plausible: las libertades faltantes por falta de implementación serían testimonio de su privación. Por consiguiente, si asociamos las libertades básicas con la vida de los ciudadanos libres, debemos decir que las libertades que se confieren deben ser tan ricas como sea posible, en la medida de su consistencia con las restantes exigencias.

Considérese una sociedad donde los tipos de elecciones  $1$  a  $N$  cuentan como libertades básicas de acuerdo con otras exigencias y son protegidas en forma adecuada. Y supóngase que los tipos de elecciones  $N_{+1}$  y  $N_{+2}$  satisfacen esas mismas exigencias, son consistentes con las libertades establecidas, pero no están protegidas. La exigencia de extensión viable dice que ellas deben contar igualmente como libertades básicas y ser protegidas. La clase de las libertades básicas está clausurada bajo tal extensión.

El hecho de que esta exigencia entre en juego únicamente luego de las demás exigencias significa que tiene un perfil paretiano. El principio de PARETO dice, aproximadamente, que si se puede otorgar un beneficio a ciertas personas sin privárselo a los que ya gozan de él, entonces eso es lo que debe hacerse. La exigencia de extensión viable dice, en una analogía aproximada, que si hay ciertos tipos de elecciones que pueden ser protegidas como libertades básicas sin negarles esa calidad a los tipos de elecciones que ya la poseen, entonces ese es el camino que ha de seguirse.

El perfil paretiano es importante porque significa que la exigencia no se basa en la controvertible idea de que las libertades básicas deben identificarse con un cierto enfoque para asegurar que haya tanta libertad — libertad en abstracto — como sea posible. HART (1973: 543-545) consideraba que RAWLS estaba comprometido con esa controvertida idea al argumentar en favor de «el sistema total más extenso de libertades básicas iguales», y sostenía — sobre la base de consideraciones que reproduciré luego — que la idea no tenía sentido (véase O'NEILL, 1979: 80)<sup>2</sup>. Pero RAWLS habría seguramente suscripto la idea paretiana más débil, y nada de lo que expresa HART sugiere que él mismo no habría estado feliz en adoptar la misma línea.

La idea paretiana es lo suficientemente débil como para ser plenamente persuasiva. Pero, ¿no es demasiado débil? ¿Por qué no reemplazarla con la idea algo más fuerte de que incluso cuando hay cierto costo en esas elecciones que ya tienen el estatus de libertades básicas, podría todavía resultar

<sup>2</sup> Pude llegar a advertir plenamente esta cuestión solo como resultado de un intercambio con Onora O'NEILL. Su trabajo sobre el tema (O'NEILL, 1979-80), que a su vez se apoya en el ensayo de HART sobre RAWLS, es la fuente clásica sobre las dificultades que genera la idea rawlsiana de que la noción de libertad abstracta máxima está bien definida.



razonable extender las libertades a ese costo? Pienso que una compensación semejante será muchas veces perfectamente razonable y la admito, aunque solo indirectamente, dentro del enfoque que se aquí se adopta.

Supóngase que los tipos de elecciones  $I$  a  $N$  no pueden ser extendidas del modo considerado, pero que si las modificamos levemente —si las reemplazamos por los tipos de elecciones  $I^*$  a  $N^*$ —, entonces podemos sumar los tipos de elecciones  $N_{+1}^*$  y  $N_{+2}^*$ . Decir que sería razonable llevar a cabo la compensación sugerida es simplemente decir que podría resultar razonable preferir otorgarle el carácter de libertades básicas al conjunto más amplio de elecciones marcado con asterisco que al conjunto más pequeño. La exigencia de extensión viable no excluye esa preferencia. Dice simplemente que ningún conjunto de tipos de elecciones puede ser un candidato a conjunto de libertades básicas si es innecesariamente restringido. El conjunto de  $I$  a  $N$  puede ser un conjunto candidato, si no se lo puede extender más, y el conjunto  $I^*$  a  $N_{+2}^*$  será un conjunto candidato precisamente en base a idénticos fundamentos. Lo único que hace la exigencia es excluir al conjunto  $I^*$  a  $N^*$ . Ese conjunto es innecesariamente restringido e infringe la exigencia de extensión viable.

#### 4. LA EXIGENCIA DE IMPORTANCIA PERSONAL

Una segunda exigencia se encuentra respaldada incluso en forma más directa por la asociación entre la ciudadanía libre y las libertades básicas. De acuerdo con ella, los tipos de elecciones que cuentan como libertades básicas deben tener importancia personal para la gente: deben tener el tipo de importancia que las haría significativas en las vidas de los ciudadanos libres. Específicamente, dado que las libertades básicas no están hechas a medida del gusto idiosincrático individual, deberían tener una importancia personal para sus titulares de conformidad con criterios sociales amplios.

Puede haber variaciones entre las sociedades en el criterio de importancia personal, pero en cualquier explicación plausible esta segunda exigencia significa que las libertades básicas deben ser relativamente remotas y relativamente generales. Deben ser relativamente remotas en el sentido de no involucrar simplemente elecciones sobre cómo mover la lengua o las manos o el cuerpo, sin ninguna garantía de lo que esto provocará en el mundo. Uno debe ser libre para hablar, no solo para hacer ruido, y uno debe ser libre para hablar con otros, no meramente con uno mismo. Las libertades básicas deben ser relativamente generales en el sentido de no involucrar solamente elecciones entre opciones rigurosamente especificadas. Uno debe ser libre para hablar sobre más o menos cualquier tema con los demás, no meramente

sobre si el tiempo ha mejorado, y debe ser libre para hablar con los demás en general, no solo con interlocutores determinados.

Ninguna libertad puede ser considerada básica, de acuerdo con la segunda exigencia, a menos que sea intuitivamente importante en la vida del ciudadano libre. Y aquellas libertades que sean excesivamente próximas o específicas claramente pueden no tener esa importancia. A fin de tener la libertad de amplio alcance y general de hablar con otros sobre cualquier tema, debo tener la libertad específica de hablar acerca del tiempo y la libertad próxima de abrir mi boca. Pero las libertades más específicas y próximas no son necesariamente importantes como tales en mi vida personal: su importancia dependerá de la importancia de la libertad más remota y general a la que pueden servir. Por consiguiente, es la última libertad la que debe considerarse como básica<sup>3</sup>.

La segunda exigencia no establece que todos los tipos de elección que poseen importancia personal deben contar como libertades básicas, sino que solo los tipos que poseen importancia personal deben contar como tales. La idea es que un tipo de elección solo llegará a considerarse como candidato para ser una libertad básica en la medida en que tenga importancia personal en la vida de la gente en virtud de criterios sociales amplios. Es perfectamente posible que ciertos tipos de elección que revistan importancia personal no logren satisfacer las demás exigencias para ser considerados libertades básicas; en particular, pueden no satisfacer algunas de las versiones de la tercera exigencia que discutiré en un momento.

Esta segunda exigencia, al igual que la primera, se ajusta al enfoque adoptado por RAWLS y respaldado por HART. El hecho de que cada uno de ellos respalde esta exigencia se pone de manifiesto en una presuposición compartida sobre las clases de elecciones que ilustran la categoría de las libertades básicas. Ambos asumen que esas elecciones serán las tradicio-

<sup>3</sup> Existe una cuestión subyacente respecto de cuán remota o incluso general ha de ser una acción para contar como una opción del agente —como algo que puede simplemente escogerse o desarrollarse—. Una idea podría ser que puedo elegir desarrollar una acción *A* solo si «*A*» describe lo que debe hacerse de forma tal que su realización esté lógicamente garantizada por mi intento de llevarla a cabo. Y eso podría sugerir que, aunque puedo elegir abrir mi boca o quizás hablar, por ejemplo, no puedo elegir hablarle a otro: tengo que depender del hecho lógicamente contingente de que la persona no desaparecerá o morirá antes de que mis palabras lo alcancen. Pero esto no puede ser correcto, dado que debo depender de hechos lógicamente contingentes incluso para lograr abrir mi boca. Para que quede claro, lo que sostengo es que cualquier descripción de acción identifica una opción si las cosas son tales al momento de la acción que el agente puede hacer verdadera la descripción; que las cosas sean tales no necesita estar lógicamente garantizado. Una descripción de acción identificará una opción de un modo que se conjuga con la deliberación del agente, por cierto, solo si se verifica la condición adicional de que el agente toma a esa descripción como una que puede realizar. Asumo aquí que las libertades básicas serán capaces en forma natural de satisfacer esa condición adicional.

nalmente asociadas con la libertad de expresión, libertad de asociación, etc. Ninguno de ellos sugiere que deberíamos remitirnos a tipos de elecciones más próximas o específicas para identificar libertades básicas.

La tercera exigencia sobre las libertades básicas que se apoya en la conexión con la ciudadanía libre es la exigencia de disfrute conjunto igualitario, la cual constituirá el tema del resto de este trabajo. Ésta es la exigencia más importante de todas e indirectamente se encuentra en el corazón de las objeciones que HART dirigió contra el enfoque rawlsiano. Si bien ambos dan importancia a esta exigencia, concebida en sentido amplio, obviamente HART considera que RAWLS no toma suficientemente en cuenta los requerimientos que impone. La discusión que sigue respalda en sentido amplio la posición de HART.

## 5. LA EXIGENCIA DE DISFRUTE CONJUNTO IGUALITARIO

De acuerdo con la exigencia de disfrute conjunto igualitario, ningún tipo de elección puede constituir una libertad básica a menos que sea una elección que todos aquellos que cuenten como miembros o ciudadanos plenos de una sociedad pueden disfrutar conjuntamente por igual, esto es, pueden gozar por igual al mismo tiempo, más allá de cuán precisa o flexible sea la determinación de la identidad temporal. Podríamos adscribir una cierta libertad de elección a alguien sin que esto signifique que se trate de un grado o forma de libertad que otros pueden disfrutar conjuntamente en igual medida: podría ser una clase de libertad que solo se encuentra disponible para unos pocos. Pero hablar de una libertad básica sugiere que debe ser accesible simultáneamente y por igual para todos. De otro modo, es difícil ver por qué deberíamos tratarla como una libertad que define a todos los ciudadanos libres.

La exigencia de goce conjunto igualitario puede, por supuesto, imponer diferentes conjuntos de requerimientos dependiendo de lo incluyente que resulte la categoría de miembros o ciudadanos plenos que han de gozar de la libertad en forma igualitaria. Si los ciudadanos estuvieran restringidos a un grupo dominante, los propietarios de género masculino por ejemplo, podrían considerarse básicas ciertas libertades que no pasarían el test del goce conjunto igualitario bajo otras concepciones menos restrictivas: no podría hacerse que estuvieran disponibles simultáneamente para una categoría más amplia de individuos. Así, la Carta Magna —la Gran Carta de las libertades de los ingleses (HOBBS, 1990: 37)— no otorgaba libertades de un modo en que las mujeres, o incluso todos los hombres, pudieran gozar de cada una de ellas conjuntamente de forma igualitaria. En mi argumentación aquí asumiré que cualquier sociedad normativamente tolerable deberá ser maximalmente inclu-

yente en su demarcación de los miembros o ciudadanos plenos, y que entre ellos se incluirá con seguridad a los miembros nativos o naturalizados de la sociedad que sean adultos y capaces, de acuerdo con criterios intuitivos de adultez y capacidad. Bajo esa presuposición, la exigencia de goce conjunto igualitario significa que cualquier explicación de las libertades básicas deberá identificar tipos de elecciones que todos los miembros plenos de una sociedad incluyente puedan gozar cada uno en forma igualitaria al mismo tiempo.

Cuando RAWLS formula su principio que gobierna las libertades, estipula que cada uno ha de tener el mismo derecho a un «sistema de iguales libertades compatibles con un sistema similar de libertad para todos». Si esta estipulación se satisface, al menos bajo interpretaciones naturales, la exigencia de goce conjunto igualitario también será satisfecha. Cada una de las partes podrá gozar de cualquiera de las libertades relevantes en un pie de igualdad con los demás, y podrá hacerlo al mismo tiempo que los demás. Las partes podrán gozar conjuntamente de la libertad en forma igualitaria tal como lo he venido planteando.

La estipulación de RAWLS es más fuerte que la exigencia de goce conjunto igualitario. Ella sugiere no solo que cada libertad básica debería gozarse conjuntamente en forma igualitaria por todos: además, debería ser posible gozar de cada libertad básica en forma igualitaria por todos al mismo tiempo que se gozan otras libertades básicas en forma igualitaria por todos. Pero para nuestros fines no es necesario introducir esta exigencia más fuerte. Supóngase que un conjunto de libertades básicas es consistente, tal como idealmente debería serlo. Supóngase, en otras palabras, que se garantiza que el ejercicio de una libertad del conjunto no afecta el ejercicio de ninguna otra. Dado que cada libertad del conjunto puede ser gozada conjuntamente en forma igualitaria por todos, la consistencia entre las libertades aseguraría en sí misma que la condición rawlsiana resulte también satisfecha<sup>4</sup>.

Acordemos, entonces, que más allá de la extensión viable y la importancia personal, el goce conjunto igualitario es una exigencia sobre las libertades básicas. Ningún tipo de elección puede ser candidata a ser considerada una libertad básica a menos que pueda ser gozada conjuntamente en forma igualitaria por todos. Pero sucede que la exigencia de goce conjunto igualitario puede ser interpretada de diferentes maneras y con diferentes efectos:

---

<sup>4</sup> En cualquier momento, el conjunto de libertades básicas establecidas en una sociedad casi con certeza implicará inconsistencias ocultas, como lo ilustran la historia constitucional y la jurídica (ZUCCA, 2007). No obstante, estas inconsistencias probablemente se harán visibles tarde o temprano y plantearán interrogantes al proceso democrático local. Y si las cosas van bien, ellas serán resueltas por los tribunales, por la legislatura, o recurriendo a un referéndum. Puede ser que la consistencia no sea algo que se pueda asumir en ningún momento, pero a lo largo del tiempo sirve como ideal regulativo en el proceso de articular las libertades básicas (DIETRICH y LIST, de próxima aparición).

se traduce en un cierto número de exigencias o condiciones más específicas. En lo que resta del trabajo exploraré tres conjuntos de condiciones que puede asumir; examinaré hasta qué punto cada uno de ellos se apoya en la asociación con la idea del ciudadano libre, e inquiriré sobre sus implicaciones para la organización de una sociedad.

## 6. DOS FUENTES DE AMBIGÜEDAD

La exigencia de goce conjunto igualitario sostiene que si una cierta libertad, digamos la libertad para  $X$  o no  $X$ , ha de contar como básica, entonces debe ser posible para todos los ciudadanos de una cierta sociedad gozar conjuntamente de esa libertad en forma igualitaria. En particular, debe ser posible que gocen conjuntamente por igual de la libertad en relación con la opción, digamos de  $X$ , que hace que la elección sea importante y distintiva<sup>5</sup>. Pero hay dos fuentes obvias de ambigüedad en esta formulación. La primera radica en qué significa gozar conjuntamente de una libertad; la segunda en la clase de posibilidad implicada. En la medida en que esas ambigüedades se resuelvan a favor de reconstrucciones más exigentes, la categoría de las libertades básicas se torna cada vez más restringida en cuanto a su alcance.

A efectos de introducir la primera ambigüedad, considérese lo que se podría querer decir cuando se dice que alguien goza de la libertad para  $X$ , donde esta es la opción que confiere importancia a la elección. Se podría querer decir que la persona goza de la oportunidad para  $X$  o, en sentido más fuerte, que la persona puede ejercitar la acción  $X$  o, en sentido más fuerte aún, que la persona goza del beneficio asociado con  $X$ . La persona puede gozar de la oportunidad para  $X$  sin ser capaz de ejecutar la acción  $X$ , pero no a la inversa. Y la persona puede ejercitar la acción de  $X$  sin gozar realmente del beneficio asociado, pero no a la inversa. La distancia entre oportunidad y acción deviene de que la oportunidad solo garantiza que el agente pueda intentar  $X$ , no que el agente pueda realmente hacerlo. La distancia entre acción y beneficio deviene de que el agente puede hacer  $X$  en circunstancias que minen el beneficio asociado con  $X$ .

La ambigüedad relativa a lo que significa gozar de libertad en relación con una elección  $X$  —específicamente, en relación con hacer  $X$ — genera una correspondiente ambigüedad en lo que podría significar que la gente goce conjuntamente en forma igualitaria de la libertad asociada. Podría significar que gozan conjuntamente en forma igualitaria de la oportunidad de  $X$ , o

---

<sup>5</sup> Si hay más de una opción que confiera importancia a la elección, el argumento que sigue puede adaptarse para cubrir esa posibilidad.

que gozan conjuntamente en forma igualitaria de la acción *X*, o que gozan conjuntamente en forma igualitaria del beneficio de *X*. Esa es la primera de las dos ambigüedades que afectan la interpretación de la exigencia de goce conjunto igualitario sobre las libertades básicas<sup>6</sup>.

La segunda ambigüedad es de un tipo que resulta familiar de otros contextos. La exigencia de goce conjunto igualitario podría significar que debe ser lógica o metafísicamente posible que todos los miembros de la sociedad gocen conjuntamente de la libertad en forma igualitaria. O podría significar, en un sentido más exigente, que también debe ser físicamente posible — posible en condiciones físicas normales, bajo las leyes físicas reales — que todos los miembros gocen de ella en forma igualitaria.

La siguiente matriz identifica las diferentes formas en las que pueden resolverse las ambigüedades e imponerse la exigencia. Las versiones más fuertes se encuentran hacia la derecha y hacia abajo. Identifican las elecciones que pueden gozarse conjuntamente en forma igualitaria en condiciones físicas, no solo lógicas, y que pueden gozarse conjuntamente en forma igualitaria en los tres aspectos, esto es, en relación con la oportunidad, la acción y el beneficio<sup>7</sup>.

Goce conjunto igualitario	como posibilidad lógica	o también como posibilidad física
de la oportunidad de <i>X</i>	1	2
de la acción de <i>X</i>	3	4
del beneficio de <i>X</i>	5	6

## 7. LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA SUPERIOR

Resultaría altamente implausible decir que una elección *X* reviste el carácter de libertad básica si no es posible que la gente goce conjuntamente en forma igualitaria ni siquiera de la oportunidad de *X*. Difícilmente podríamos

<sup>6</sup> A los fines del presente argumento, la oportunidad igualitaria de escoger *X* puede significar la oportunidad jurídica igualitaria de hacer esa elección, o la igualitaria probabilidad en el mundo real de hacer esa elección. En cualquiera de los dos casos será verdad que tener la oportunidad consiste en poder ejercitar una elección entre intentar *X* e intentar no *X*.

<sup>7</sup> El cuestionamiento de HART del principio rawlsiano adopta la forma de una serie de preguntas que se suman para apoyar la siguiente sugerencia: que sería deseable establecer un sistema de libertades básicas — y, en particular, la versión más extensa de tal sistema — solo en la medida en que la exigencia de goce conjunto igualitario se interprete del modo más fuerte y que las libertades básicas se reconstruyan del modo más restringido. HART considera que esto plantea problemas a RAWLS, pero esas dificultades no han de preocuparnos en el presente contexto. Nuestro interés reside en ofrecer una explicación plausible de las libertades básicas que querríamos que se establezcan en una sociedad, no en apreciar en qué aspectos las tesis de RAWLS resultan carentes de sustento, indeterminadas o incluso — tal como HART (1973: 547) lo sugiere — ininteligibles.

considerar a una libertad como definitoria de un ciudadano libre —un rasgo compartido por cada ciudadano de un cuerpo de ciudadanos igualmente libres— si no satisface esa condición de posibilidad mínima.

Podría no ser posible que la gente goce conjuntamente en forma igualitaria de la oportunidad de *X* como consecuencia ya sea de limitaciones lógicas o físicas. Si es lógicamente imposible que cada uno tenga esa oportunidad en forma igualitaria, entonces la condición de la casilla 1 excluirá a la elección *X* como candidata a libertad básica. Si es físicamente imposible que cada uno tenga una oportunidad igual de *X* —si es imposible en condiciones físicas contextualmente normales— entonces la condición de la casilla 2 excluirá la elección *X*.

¿Qué clases de elecciones resultan excluidas como libertades básicas por las condiciones de la línea superior? La categoría más sobresaliente es la clase de elección que efectúa un miembro de la población en particular y que otorga a esa persona, o a quienes están asociados con ella, una mejor oportunidad para elegir la opción significativa que la que otros tienen posibilidad de gozar. Podríamos describir estas clases de elecciones como particularizadas, en virtud de su asociación con personas en particular. Un ejemplo estará dado por cualquier elección en la que la opción significativa se refiere por su nombre a una persona *A* en particular, como en hacer que *A* haga algo o posibilitar que *A* goce de algún beneficio o ayudar a los amigos de *A*<sup>8</sup>.

Será lógicamente imposible que las personas gocen conjuntamente en forma igualitaria de la oportunidad de hacer ciertas elecciones particularizadas, y físicamente imposible que gocen conjuntamente en forma igualitaria de la oportunidad de hacer otras. En consecuencia, es lógicamente imposible que todos gocen conjuntamente de una oportunidad igual de hacer que una persona *A* en particular decida sobre cierto tema: por una cuestión de lógica, solo esa persona puede tomar la decisión de *A*. Entonces no puede ser una libertad básica de cada uno que haga que *A* decida sobre cualquier cuestión o cuestiones. Nuevamente, es físicamente imposible en este sentido que cualquiera goce conjuntamente de una igual oportunidad de tener amistad con *A*: existe un límite inescapable, si no contingente, de cuántas personas puede conocer *A* y considerar como posibles amigos. Por consiguiente, no puede ser una libertad básica de cada uno el buscar la amistad de *A*.

Esas elecciones particularizadas no son entonces candidatas para constituir libertades básicas. Mirando hacia adelante, tampoco lograrán satisfacer las condiciones asociadas con la segunda y la tercera línea de nuestra matriz,

---

<sup>8</sup> Mi discusión en esta sección y en la próxima se ha visto fuertemente influenciada por intercambios con Ian Carter y Serena Olsaretti.

dado que no todos serán capaces de gozar conjuntamente en forma igualitaria de la elección de la opción característica y no todos serán capaces de gozar conjuntamente en forma igualitaria del beneficio de la opción. Pero el punto importante es advertir que no lograrán satisfacer incluso las condiciones asociadas con la primera línea. No todos serán capaces igualmente de gozar de la oportunidad de elegir esa opción, sin mencionar a la elección misma o al beneficio asociado.

## 8. EL IMPACTO DE LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA SUPERIOR

¿Cómo deberíamos reaccionar frente a este primer conjunto de condiciones sobre aquellas elecciones que pueden contar como libertades básicas? La respuesta obvia consiste en decir que si bien diversas elecciones particularizadas no pueden plausiblemente ser consideradas como libertades básicas, ése no es el caso de las correspondientes elecciones relativizadas: específicamente, de las correspondientes elecciones relativas al agente.

Considérese la elección de convencer a *A* para que tome una decisión sobre cierta cuestión. Es sin duda verdad que no todos pueden gozar conjuntamente en forma igualitaria de la oportunidad de convencer a *A* de que tome una decisión. Pero ello no obsta a que sea verdad respecto de cada persona *V* que ella puede tener la oportunidad de decidir por sí —esto es, que *V* decida—, una oportunidad que es igual a la que cualquier otra persona *W* tiene para decidir por sí —esto es, que *W* decida—. En tanto la elección relativa al agente se distinga de la elección particularizada respecto del agente, cada uno puede gozar de la oportunidad de ejercitar la primera.

Considérese nuevamente la elección de entablar amistad con alguien. Es ciertamente verdadero que no todos pueden gozar de una oportunidad igual de entablar amistad con una persona determinada. Pero no obstante todos —o al menos todos en una cierta sociedad— pueden gozar de una oportunidad igual de entablar amistad con una u otra persona dentro de su círculo de relaciones. Entonces, la elección relativa al agente puede constituir una libertad básica, mientras que es imposible conferir esa calidad a la elección particularizada respecto del agente.

No debería ser una sorpresa que las elecciones particularizadas no puedan constituir libertades básicas mientras que sí puedan serlo las correspondientes elecciones relativas al agente. Muchas de las libertades básicas que figuran en la lista estándar —el tipo de lista que se da por sentada, por ejemplo, por RAWLS y HART— son relativas al agente. Incluyen, por ejemplo, la libertad de formar sus propias opiniones, expresar sus ideas, seguir su conciencia y asociarse con quienes lo acepten.



## 9. LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA INTERMEDIA

Las condiciones de las casillas 3 y 4 excluyen las elecciones de hacer X tales que no todos en la sociedad puedan simultáneamente ejecutar la acción X, incluso si la elección no es particular y todos pueden tener una oportunidad igual para hacerla<sup>9</sup>. El que una persona sea capaz de ejecutar esa acción dependerá de que no sea el caso que todos los otros —quizás incluso algunos otros— estén ejecutándola en el mismo tiempo relevante. La asociación entre las libertades básicas y la idea del ciudadano libre ofrece un fuerte argumento a favor de la exclusión de esas opciones. Existiría una genuina paradoja en afirmar que la elección de hacer X constituye una libertad básica en la sociedad, protegida adecuadamente por las instituciones públicas, si no hubiera posibilidad física o incluso lógica de que todos pudieran hacer X conjuntamente. Significaría que el estatus de ciudadano libre, que está ligado al goce de las libertades básicas, no sería un status que todos pueden hacer valer simultáneamente.

Supóngase entonces que la elección de hacer X puede ser una libertad básica solo si es lógicamente posible que la gente ejercite conjuntamente la acción X. ¿Introduce esta condición de la casilla 3 una restricción sustancial sobre los posibles candidatos a libertades básicas? Sí, lo hace. Sea el hacer X la acción de controlar las elecciones de otros, a cuyo respecto es posible asumir que si yo controlo sus acciones, usted no puede controlar las mías: el control mutuo no es control (PETTIT, 2008). O sea ella la acción de superar a otros --como algo distinto de tratar de superar a otros--, a cuyo respecto resulta evidente que no todos pueden superar a los otros: no todos pueden ser los primeros o siquiera estar por encima del promedio. Sea ella incluso la acción más bien trivial de trasnochar más que otros (O'NEILL, 1979: 80, 49). La condición de la casilla 3 diría que la libertad de efectuar elecciones sobre tales acciones no puede ser una libertad básica, dado que no es lógicamente posible que la gente ejercite conjuntamente esas acciones: cada uno de ellos no puede controlar a otros —con seguridad no a todos los otros—; cada uno no puede superar a los otros —con seguridad no en un mismo aspecto— y cada uno no puede trasnochar más que otros (O'NEILL, 1979: 80, 49)<sup>10</sup>.

La casilla 4 introduce una condición que tornaría aún más restrictiva a la categoría de las libertades básicas. Ello debido a que excluiría casos de

<sup>9</sup> Una elección no será particular si es relativa al agente, como hemos visto. Pero tampoco será particular si, como en muchos casos posibles, es neutral respecto del agente y no implica referencia a ningún agente particular en las opciones.

<sup>10</sup> Este tipo de exigencia se acerca a la exigencia de posibilidad conjunta que HILLEL STEINER (1994) impone sobre los derechos básicos. Para discusiones vinculadas, véase CARTER, 1999; KRAMER, 2003.

realización de X en los que podría ser lógicamente posible que todos gocen conjuntamente de la ejecución de esa acción pero que les resulte físicamente imposible hacerlo. El granjero y el vaquero podrían ser amigos, como dice la canción, si existiera tierra suficiente como para que cada uno pueda usarla como lo desee: el granjero cercará una zona, el vaquero dejará que el ganado deambule en otra. Pero si no hay suficiente tierra para repartir, entonces bajo esa condición de escasez será imposible que cada uno de ellos use la tierra como lo desea. Si se establece esta condición, la libertad para usar de la tierra de acuerdo al gusto personal no puede constituir una libertad básica.

En su discusión acerca de RAWLS, HART se centra en las acciones competitivas del tipo que resultaría excluido por estas condiciones de la línea intermedia, en particular, por la condición de la casilla 4. En palabras de un trabajo anterior, tales acciones están ilustradas paradigmáticamente por opciones en las que «debido a la escasez, la satisfacción de un hombre provoca la frustración de otro» (HART, 1955: 175). Las elecciones excluidas de la categoría de las libertades básicas por la condición de la casilla 3 comprenden necesariamente opciones competitivas: acciones tales que resulta lógicamente imposible que todos puedan lograr producir. Las opciones excluidas por la condición de la casilla 4 comprenden contingentemente opciones competitivas: acciones que en circunstancias físicas corrientes —como la circunstancia de la escasez de tierras— es imposible que todos puedan concretar.

HART utiliza el uso irrestricto de la tierra para ilustrar el hecho de que existen ciertas libertades que no pueden ser ejercitadas simultáneamente por todos: habría conflictos físicamente inevitables entre las personas que persigan a la vez el ejercicio de esa libertad (HART, 1973: 546-547). Otro ejemplo sugerido por HART estaría dado por la acción de viajar en el medio de transporte preferido por cada uno, dado que habría un similar «conflicto entre la libertad de movimiento de los peatones y los derechos de los automovilistas» (HART, 1973: 546, n. 49). Y otra acción podría ser la de retirar el dinero propio del banco: si todos intentaran hacerlo, la institución quebraría. Es fácil imaginar ejemplos semejantes. De este modo, una clase interesante de casos ilustrativos puede derivarse del ejemplo de G. A. COHEN (1979), en el que todos en una habitación son libres de irse por la puerta, siempre que los demás no intenten hacerlo al mismo tiempo.

#### 10. EL IMPACTO DE LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA INTERMEDIA

Supóngase que consentimos estas condiciones anticompetitivas. ¿Qué hacemos entonces? ¿Decimos que el uso de la tierra o de los medios de

transporte, por ejemplo, no es un área en la que la gente puede tener una libertad básica a proteger? En ese caso podría haber un anárquico vale todo en el que el vencedor se queda con todo. O podría haber un sistema de racionamiento centralizado en el que la gente debe vivir con lo que se le haya asignado, como permisos para el uso de la tierra o del transporte.

Ninguna de estas alternativas es muy atractiva, pero no es necesario que eso constituya una preocupación porque existe una tercera y más atrayente posibilidad. Esto exigiría a una sociedad adoptar dos medidas: en primer lugar, introducir reglas de coordinación que eliminen el problema de la competencia por el uso de la tierra, el transporte o lo que sea y luego, en segundo lugar, proteger una elección adecuada dependiente de reglas al modo de una libertad básica. Si se establecen reglas comunes de propiedad, por ejemplo, será posible que todos a la vez posean y usen la tierra o cualquier otro bien de acuerdo con esas reglas. Y entonces la libertad básica de tener y usar la propiedad de acuerdo con esas reglas puede recibir una protección adecuada. Si se establecen reglas viales será posible que todos a la vez usen su medio de transporte preferido: los conductores tomarán un camino, los peatones otro. Y así, nuevamente, la libertad básica correspondiente también podrá protegerse en esta área: la libertad de viajar de acuerdo con las reglas viales por cualquier medio que uno prefiera.

Esta iniciativa regulatoria o coordinadora permitiría a una sociedad evitar las alternativas anarquista o centralizadora e introducir, en cambio, ciertas libertades básicas dependientes de reglas. Podrían usarse iniciativas análogas para despejar un amplio espectro de problemas similares. Las reglas que gobiernan el sector bancario pueden hacer posible que la gente tenga acceso regulado o coordinado a sus fondos. Y cualquier regla que coordine el acceso a algo a lo que todos no pueden acceder a la vez —esto es, de acuerdo con el modelo de la salida de una habitación abarrotada— puede hacer posible que la gente tenga una libertad básica protegida en el ejercicio de la elección dependiente de reglas.

¿Una sociedad debería identificar y proteger libertades básicas dependientes de reglas en lugar de tomar la ruta anarquista o la centralista? La exigencia de extensión viable sugiere que sí. Considérense dos sociedades que protegen igualmente bien ciertas libertades básicas tales como la libertad de expresión, de asociarse con quienes lo acepten, o de residir donde se desea dentro del territorio disponible. Ahora supóngase que, de un modo consistente con las exigencias de importancia personal y goce conjunto igualitario, una sociedad introduce reglas mediante las cuales el espectro de libertades protegidas aumenta, mientras que la otra sociedad no lo hace. En ese caso el principio de extensión viable apoya a la primera sociedad. La segunda

sociedad no protege las libertades básicas de sus miembros, solo un subconjunto innecesariamente restringido de esas libertades.

En todos los casos en los que sirven para extender el espectro de libertades básicas, las reglas de coordinación son entonces deseables con fundamento solamente en la libertad. Se apoyan en el principio de extensión viable, que a su vez se apoya en la asociación entre la idea de libertades básicas y la imagen del ciudadano libre. Sostener esto es seguir a RAWLS (1971) cuando sugiere que existen razones fundadas en la libertad para tener un sistema de libertades que incluya la libertad de tener propiedad privada en el marco de reglas locales de propiedad. Pero los argumentos ofrecidos aquí no dependen de la idea de que la introducción de esa libertad aumentaría la libertad en abstracto, tal como parece sostener el argumento rawlsiano: como se mencionó antes, el principio de extensión viable es de carácter paretiano y no se basa en ninguna idea de ese tipo. De todos modos, la línea adoptada sigue el espíritu de RAWLS y va en contra de la sugerencia de HART de que introducir libertades básicas dependientes de reglas solo puede justificarse a partir de fundamentos genéricamente utilitarios (HART, 1973: 547).

Pero una cosa es decir que la causa de las libertades básicas — la causa asociada con la idea de ciudadano libre — apoya la introducción de libertades básicas dependientes de reglas, y otra es sostener que éste o aquel es el mejor conjunto de reglas para establecer en cualquier dominio. ¿Cómo debe tomarse la decisión entre diferentes sistemas de reglas que pueden gobernar la propiedad, los viajes, o cualquier otra área de elección similar?

Debería quedar claro desde el punto de vista que aquí se defiende que ninguna regla será adecuada si compromete el proyecto de suministrar protección adecuada a libertades personalmente importantes que todo miembro de la sociedad ha de ser capaz de gozar conjuntamente en forma igualitaria. Supóngase que la protección adecuada se identifica con una protección robusta contra el control dominante de otros, como en el enfoque republicano. Entonces será importante no introducir reglas que otorguen una discrecionalidad tan amplia a los funcionarios públicos que la protección contra esos mismos funcionarios se vea comprometida. Y, quizás incluso de un modo más llamativo, será importante no introducir reglas — por ejemplo, de propiedad — que permitan que ciertos individuos obtengan un poder económico tal que los habilite a dominar a otros en ciertos ámbitos. Esto podría exigir defender límites a la riqueza, a la desigualdad, o restringir las ventajas comparativas que el dinero puede comprar — por ejemplo, las ventajas en la educación o en la publicidad.

Pero esta restricción sobre qué reglas son adecuadas para establecer libertades básicas dependientes de reglas bien puede dejar en juego diversos sistemas de reglas como candidatos. ¿Y cómo querríamos entonces hacer la

elección entre esos sistemas? ¿Cómo deberíamos decidir entre las diferentes libertades básicas dependientes de reglas que establecerían estos sistemas rivales?

Parece plausible sostener que ésta debería ser una cuestión a resolver por el proceso democrático. En ese proceso será perfectamente legítimo introducir valores diferentes de la libertad, incluyendo las consideraciones utilitaristas que HART apoya, para favorecer un sistema de reglas sobre otros. Entre los valores que pueden legítimamente ser tenidos en cuenta se encuentra el valor de tener un sistema que se ajuste a la cultura heredada de la sociedad. De manera que no es necesario que haya un sistema de reglas, y un conjunto de libertades dependientes de reglas, que sea el correcto para toda sociedad. Puede haber un grado admisible de relatividad cultural en las libertades que deberían establecerse en diferentes sociedades<sup>11</sup>.

## 11. LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA INFERIOR

Las condiciones de las casillas 5 y 6 excluyen la clase de elección que implica una opción tal que si todos la eligen, entonces el beneficio asociado a ella se ve menoscabado o disminuido. El beneficio que hace que esa opción sea atractiva para quien no cree que todos harán lo mismo deja de suministrar apoyo cuando todos los demás, o quizás solo algunos, optan por el mismo camino. Puede que en esa coyuntura haya o no una razón definida para que un individuo se apegue a esa opción —volveré sobre esto en un momento—, pero ésa sería una razón diferente de aquello que la hacía atractiva en primer lugar.

La asociación con el ciudadano libre apoya la imposición de estas condiciones, así como apoya las otras condiciones asociadas con la exigencia de goce conjunto igualitario y las anteriores exigencias de extensión viable e importancia personal. Si los tipos de elección que deberían protegerse como libertades básicas han de ser asociados con el estatus de ciudadano libre, entonces sería extraño permitirles incluir libertades que hagan que las personas se frustren unas a otras ejerciéndolas; en particular, que se frustren unos a otros hasta el punto de privar a la elección de su atractivo originario. Existen argumentos intuitivos en contra de permitir que las libertades básicas incluyan tales elecciones colectivamente autoderrotantes o contraproducentes.

---

<sup>11</sup> Esto no es inconsistente con el argumento, que he desarrollado en otro lugar (PETTIT, 1997, 2008), de que el juicio acerca de si una cierta elección es relativamente dominada o no dominada, no libre o libre, se establece independientemente de cualquier compromiso valorativo. La noción de libertad como no dominación no se encuentra moralmente cargada, aunque la cuestión de qué elecciones deberían protegerse de la dominación sí puede estarlo.

HART dirige la atención a nuestras condiciones de la línea inferior con el simple ejemplo de hablar ante un grupo grande de personas (HART, 1973: 543). Supóngase que todos gozan de la libertad de dirigirse a un grupo a voluntad. Sería lógica y físicamente posible que cada uno de ellos se dirija al grupo al mismo tiempo, de modo que esa libertad superaría las condiciones antiparticularizadas de la línea superior y las condiciones anticompetitivas de la línea intermedia. Pero todavía deberíamos detenernos a pensar si esta libertad debería establecerse y protegerse a la manera de una libertad básica. Porque si cada miembro de un grupo le hablara a la asamblea al mismo tiempo, nadie se escucharía. Y entonces sería físicamente — si no lógicamente — imposible que gozaran conjuntamente en forma igualitaria de los beneficios de dirigirse al grupo. El sentido de la actividad en la que se protege la libertad resultaría menoscabado en caso de que todos realicen esa actividad a la vez.

Esta clase de ejemplo representa a un amplio espectro de casos. En ellos, el tipo de elección bajo consideración como candidata a libertad básica implica una opción que puede ser elegida a la vez por todos. Pero supóngase que la opción es elegida por todos y, ya sea como una cuestión de necesidad lógica o física, nadie es capaz de gozar del beneficio que le confería a esa opción su sentido y atractivo original. El problema surge, en palabras de HART, de que proteger la elección de una cierta opción como libertad básica «hace necesariamente dos cosas: en primer lugar, les atribuye a los individuos la ventaja de esa libertad; pero, en segundo lugar, los expone a todas las desventajas que la práctica por parte de los demás de esa libertad pueda acarrearles» (HART, 1973: 550). Más específicamente, el problema consiste en que la práctica de esa libertad por todos puede significar que su ejercicio pierda para todos su sentido original<sup>12</sup>.

En cada caso en el que se verifican las condiciones de la línea inferior, existe pues una opción que puede ser protegida para todos, existe un beneficio más o menos obvio que la elección de la opción promete a cada uno, y ese beneficio resulta menoscabado en caso de que todos los demás, o quizá solo algunos, elijan simultáneamente esa opción. Todos querrían llevar adelante la actividad protegida si nadie más lo hace, pero todos preferirían un escenario en el que nadie la ejecuta sobre uno en el que todos lo hacen. Todos querrían dirigirse al grupo, pero todos preferirían que nadie hable a que todos lo hagan a la vez. En ese caso, cada uno desperdiciaría esfuerzos sin obtener ningún beneficio. El ejercicio de la actividad en cuestión puede

---

<sup>12</sup> HART está preocupado por las desventajas que la práctica general de la libertad puede ocasionar, no solo por la desventaja específica sobre la cual me concentro: que ejercitar la elección en cuestión pierde su sentido para todos. Por eso habla de la posibilidad de que la práctica general de la libertad puede implicar «daño, pérdida de comodidades u otros elementos de utilidad real» —por ejemplo, «dolor, sufrimiento y angustia» (HART, 1973: 548).

ser individualmente atractivo, pero su ejercicio por parte de todos resulta autofrustrante o al menos contraproducente (PARFIT, 1984: parte 1).

Suministran posibles ejemplos de tipos de elección en los que se aplican las exigencias de la línea inferior los conocidos casos de la bibliografía sobre dilemas, en los que la elección individual de una cierta opción es atractiva para cada uno, pero el resultado agregado de que todos efectúen esa elección hace que cada uno termine en peor situación. Todos los propietarios de inmuebles en un vecindario pueden desear tener la libertad de ampliar o decorar sus casas a voluntad, pero si todos hacen eso, entonces de acuerdo con sus propios criterios estéticos pueden terminar viviendo en un espacio público francamente horrible. Todos pueden desear poder entrometerse y divulgar los asuntos privados de cualquier otro, pero si todos lo hicieran, puede que cada uno tenga que vivir en una sociedad a la que todos aborrecen. Todos pueden desear tener la libertad de poseer un arma, pero si todos tienen una, dejando de lado a la industria de las armas, probablemente nadie estará mejor desde el punto de vista defensivo.

Como en el caso de hablarle a un grupo de personas, las características que confieren a estos ejemplos su posible conexión con las condiciones de la línea inferior son, en primer lugar, que todos tienen una razón para llevar adelante la actividad si ningún otro lo hace y, en segundo lugar, que todos prefieren que nadie lo haga a que todos lo hagan. Pero vale la pena advertir que en algunos de estos casos, a diferencia del caso de hablarle a un grupo, se satisface además una tercera condición: todos pueden tener una razón —una nueva razón— para realizar la actividad si todos los demás lo hacen. Si se deja de lado la virtud, a nadie le agradaría ser la única persona desarmada en una sociedad portadora de armas, o ser la única persona sin licencia para contar chismes en una sociedad chismosa. Ello hace que estos ejemplos particulares sean casos de un carácter ventajista en sentido amplio<sup>13</sup>. En ellos todos tienen una razón para llevar a cabo la actividad incluso si todos los demás lo hacen —no querrían quedar como imbéciles, como se dice a veces—, pero esa razón no es lo que le dio originalmente su atractivo a la elección.

## 12. EL IMPACTO DE LAS CONDICIONES DE LA LÍNEA INFERIOR

¿Dónde nos deja esto? ¿Qué hemos de decir a nivel general respecto de cómo deberían impactar las condiciones de la línea inferior sobre las libertades básicas a reconocer dentro de una comunidad política?

---

<sup>13</sup> Sobre los problemas del ventajista y los dilemas del prisionero multilaterales, véase PETTIT, 1986.

Existen sin duda ciertos casos, como el de hablarle a un grupo de personas, en los que parece del más elemental sentido común denegar el estatus de libertad básica a la elección no regulada. En este tipo de casos la línea exigida será, no renunciar del todo a establecer una libertad básica de hablarle a un grupo, sino establecer reglas que nos permitan definir una opción más restringida —por ejemplo, hablar de acuerdo con las reglas de orden de Robert— que pueda satisfacer las condiciones de la línea inferior y figurar como una libertad básica. Esta línea será atractiva desde nuestro punto de vista, porque incrementará el número de libertades básicas disponible, como lo exige el principio de extensión viable. El caso es relativamente claro porque la idea de hablarle a un grupo cuando todos los demás también están hablando no tiene ningún valor o atractivo en absoluto.

HART (1973: 543) apoya esta línea y reconoce que tiene sentido no solo en términos utilitaristas sino también en términos rawlsianos (véase también RAWLS, 1971: 203). Así, recomienda «la introducción de reglas de orden en el debate, que restrinjan la libertad de hablar cuando queramos. Sin esta restricción, la libertad de decir y defender lo que nos place se vería seriamente dificultada y resultaría menos valiosa para nosotros». Si se introducen reglas, será una libertad básica dirigirse a un grupo de acuerdo con las reglas, pero no dirigirse al grupo cuándo y cómo a uno le guste.

La sugerencia que este ejemplo permite derivar es que así como podemos acomodar las condiciones de la línea intermedia contra la competencia introduciendo libertades básicas dependientes de reglas y dándoles una adecuada protección, también podemos acomodar las condiciones de la línea inferior contra efectos contraproducentes adoptando medidas similares. La razón que apoya la introducción de libertades básicas dependientes de reglas será que el número de libertades protegidas puede así incrementarse, como lo requiere la exigencia de extensión viable. Y la elección entre posibles sistemas de reglas estará determinada tanto por las exigencias de protección adecuada como por la apelación a otros valores, incluyendo el valor de adecuarse a las costumbres locales.

¿Hay muchos casos tan claros como el de hablarle a un grupo? Parecería que no. En otros casos, podrían existir razones para sostener que la elección retiene su sentido original en caso de que todos la adopten, de manera que no está en realidad sujeta al efecto contraproducente agregado. Así, ciertos individualistas duros podrían negar como cuestión de hecho que el sentido defensivo de tener un arma se vea menoscabado si todos llegaran a tener un arma. O podrían no estar de acuerdo en que el sentido original de la elección era puramente defensivo: podrían conferirle a la actividad un significado expresivo. Otros más comunitaristas podrían adoptar un punto de vista diferente, como insiste HART. «Otras personas no pagarían el precio de una



libertad irrestricta en estas cuestiones: dado que, por su temperamento, valorarían más la protección suministrada por las restricciones que la libertad irrestricta» (HART, 1973: 549).

Todos podríamos estar de acuerdo, entonces, en que las libertades básicas no deberían ser colectivamente contraproducentes del modo en que lo es la libertad de dirigirse a un grupo como uno lo desea. Pero ese acuerdo dejará considerable espacio para divergencias entre la actitud de los individualistas duros y visiones más comunitaristas. Los comunitaristas sostendrían que se debería permitir a los propietarios de inmuebles ampliar o decorar sus casas pero únicamente bajo reglas comunes de zonificación, desarrollo y preservación del patrimonio. Y estarían a favor de darles a las personas la libertad de poseer armas pero solo bajo reglas estrictas de posesión y uso de armas de fuego, las que podrían tornar imposible para muchas personas tener acceso a armas. Los individualistas duros insistirían en que tales regulaciones son innecesarias, negando que el efecto agregativo de que todos adopten la elección relevante menoscabe el sentido original de la elección individual. Podrían acoger la diversidad de estilos de viviendas como atractiva y la posesión universal de armas de fuego como mutuamente inhibitoria e individualmente defensiva.

Los individualistas duros podrían enorgullecerse en esos casos por no hacer que las libertades en discusión dependan de reglas. Pero en la práctica están obligados a reconocer —sobre bases relacionadas con las condiciones de la línea inferior— que deberían existir ciertas reglas, aunque mínimas, para regular ciertas elecciones extremas.

Casi con seguridad considerarán que, cualquiera sea el sentido de la posesión de armas, ese sentido probablemente resultará menoscabado si se permite que alguien posea armas nucleares de corto alcance, y que cualquiera sea el sentido de la remodelación de inmuebles, ese sentido será puesto en peligro si se permite construir rascacielos próximos a viviendas suburbanas. De modo que también ellos estarán a favor de introducir reglas que definan y canalicen las elecciones en estos ámbitos. Ésa será la forma de extender las libertades tanto como sea posible, respetando al propio tiempo las condiciones de la línea inferior. El debate entre formas más individualistas o más comunitaristas no se centrará en si es mejor tener libertades dependientes de reglas o independientes de reglas en esos ámbitos, sino más bien en cuán restrictivas deben ser las reglas.

Esto significa que aquí, como en el caso de las condiciones de la línea intermedia, la cuestión crucial surge de la suposición de que habrá ciertas reglas para regular las libertades. Esa cuestión radica en qué sistema de reglas ha de preferirse en cada área de elección. Como en el caso anterior, la respuesta se obtendrá de manera plausible a través del proceso democrático.

Ella puede resultar determinada en parte por el modo en que los sistemas rivales apoyan una protección robusta de las libertades y en parte por el modo en que apoyan valores independientes, incluyendo el valor de adecuarse a las costumbres existentes en la sociedad. Así, el sistema de reglas no debería otorgar al gobierno una discrecionalidad tal que la gente quede expuesta a la dominación de los funcionarios públicos, ni tampoco debería conferir a los individuos o grupos un poder de tal magnitud que haga que la dominación resulte más probable en el frente privado. Y el sistema de reglas en cualquier sociedad, aunque pueda constituir un reto en ciertos sentidos, debería tener el ajuste mínimo respecto de las costumbres sociales que pueda ser requerido para que el sistema resulte elástico. Por consiguiente, las reglas apropiadas pueden estar sujetas a cierto grado de diversidad cultural.

### 13. EN CONCLUSIÓN

Comenzamos con la conexión entre las libertades básicas y la ciudadanía libre, y luego identificamos tres exigencias sobre la categoría de las libertades básicas que justifica esa conexión: las exigencias de extensión viable, importancia personal y goce conjunto igualitario. Muchos diferentes conjuntos de libertades satisfacen esas exigencias, tal como hemos advertido, y compiten como candidatos para que se les otorgue el estatus de libertades básicas. En cada uno de esos conjuntos, las elecciones a ser protegidas satisfarán nuestras tres exigencias, y tendrán extensión máxima, importancia personal y podrán ser gozadas conjuntamente en forma igualitaria por todos.

La exigencia de goce conjunto igualitario es de particular importancia, dado que impone tres conjuntos distintos de condiciones sobre las libertades básicas. El efecto de esas condiciones puede recogerse en la siguiente modificación de la matriz antes presentada:

Goce conjunto igualitario	como posibilidad lógica y física
de la oportunidad de $X$	→ no hay opciones particulares del agente
de la acción de $X$	→ no hay opciones mutuamente competitivas
del beneficio de $X$	→ no hay opciones colectivamente contraproducentes

Espero que esta discusión brinde cierta guía sobre qué elecciones deberían contar como candidatas a libertades básicas y, volviendo a una clave republicana, como elecciones que deberían protegerse del control dominante de otros. No creo que las clases de elecciones que resultarán justificadas bajo el enfoque adoptado constituirán un conjunto sorprendente: si lo fueran, esto en sí mismo podría ser una razón para preocuparse. De modo que las liberta-

des básicas incluirían seguramente la libertad de pensamiento y expresión, de asociación y reunión, la libertad de movimiento y de disfrutar de la propiedad privada, así como la libertad de tener participación en la vida pública, ya sea como votante, como candidato o como crítico. Si se protegen esas libertades básicas del modo en que lo exige la teoría republicana —contra el control dominante de cualquier tipo sobre el ejercicio de tales elecciones—, las personas podrán actuar como ciudadanos iguales de la sociedad<sup>14</sup>.

Podría haber solo una sorpresa en la lista de las libertades básicas respaldadas. Ésta está dada porque, de acuerdo con nuestro enfoque, muchas libertades tendrán que ser identificadas de un modo dependiente de reglas, si es que han de satisfacer las condiciones de las líneas intermedia e inferior de la matriz. Esa necesidad plantea el interrogante de qué sistema de reglas debería establecerse en cierto ámbito. He sostenido que si bien cierta preocupación vinculada con la libertad puede ayudar a reducir el conjunto de sistemas candidatos, también puede ser necesario invocar otros valores para seleccionar entre esos candidatos, incluyendo el valor de instalar un conjunto de libertades que se adecue a las costumbres existentes.

La selección de las reglas específicas a imponer para definir las libertades básicas se dejará naturalmente a la práctica democrática. Ciertas libertades básicas, o ciertos tipos de libertades básicas, son tales que ninguna sociedad sería considerada democrática si no se ocupara de protegerlas. Los ejemplos de ello incluirían seguramente la libertad de expresión y la libertad de tener participación en la vida pública. Pero en la medida en que una sociedad cuente efectivamente como democrática sobre tales bases, deberá tener un cierto grado de discrecionalidad para especificar detalladamente las libertades básicas que protege, esto es, para fijar las reglas mediante las cuales se especifican diversas libertades y para resolver las compensaciones y cuestiones vinculadas esbozadas en la introducción. En toda sociedad deberían protegerse las libertades básicas, siendo éstas definidas de diferentes formas en diferentes sociedades. Pero no es el caso que existan libertades básicas, definidas sobre bases universales e independientes de reglas, que deban ser protegidas en toda sociedad<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Así, para relacionarlo con otro enfoque, compartirán por igual las capacidades básicas que se requieren para funcionar en su sociedad (SEN, 1985; NUSSBAUM, 1992). Véase PETTIT, 2001.

<sup>15</sup> Estoy muy agradecido a Matthew KRAMER y Kinch HOESKSTRA, quienes me hicieron comentarios muy útiles sobre borradores de este trabajo, y a Ian CARTER y Serena OLSARETTI, quienes dirigieron valiosos interrogantes sobre la tercera exigencia. El trabajo fue presentado en el Simposio de la Academia Británica sobre H. L. A. HART en Cambridge, en julio de 2007, y más tarde en un congreso de derecho y filosofía en Berkeley, y como Conferencia Max Kampelman en la Universidad Hebrea de Jerusalén. Estoy en deuda con muchos participantes de esos eventos, sobre todo con Matthew ADLER, Bob COOTER, Peter LIPCTO, Susan MENDUS, Onora O'NEILL, Leif WENAR y LORENZO ZUCCA.



QUINTA PARTE  
**DERECHOS**



## CAPÍTULO XII

### DERECHOS PÓSTUMOS\*

Cécile FABRE

#### I. INTRODUCCIÓN

Una de las importantes contribuciones de HART a los debates sobre los derechos es su formulación de la denominada *teoría de la voluntad* de los derechos. No solo es de rutina que otros teóricos de la voluntad se refieran a ella, sino que también lo hacen los principales oponentes de la teoría, quienes apoyan en cambio la *teoría del interés*. Dicho brevemente, de acuerdo con la teoría de la voluntad, *X* tiene un derecho frente a *Y* para que *Y* haga  $\phi$  si, y solo si, *X* es capaz de renunciar a, o exigir, la realización por *Y* de su deber de hacer  $\phi$  y si es capaz de renunciar a, o exigir, reparaciones en caso de que *Y* no haga  $\phi$ . De acuerdo con la teoría del interés, *X* tiene un derecho frente a *Y* de que *Y* haga  $\phi$  si el cumplimiento por parte de *Y* de su deber de hacer  $\phi$  preserva cierto(s) interés(es) de *X*. Para la teoría del interés, para que *X* tenga un derecho

---

\* Estoy muy agradecida a Matthew Kramer y a Claire Grant por invitarme a presentar este trabajo en Cambridge en el Simposio de la Academia Británica sobre el legado de H. L. A. HART. Pese a que un problema de salud me impidió asistir a la conferencia, su invitación me dio un incentivo muy necesario para atocarme a la tarea de defender mi intuición, sostenida desde hace tiempo, de que no pueden existir derechos póstumos. Además, Kramer me envió algunos comentarios escritos a un primer borrador que me ayudaron mucho a mejorarlo. Finalmente, una versión de este trabajo fue presentado en el congreso de teoría jurídica de Edinburgo. Estoy muy agradecida a todos los participantes por la muy estimulante discusión, así como a Rowan Cruft, Katrin Flickchuh y Leif Wenar por sus comentarios escritos.

no es necesario que sea capaz de renunciar a, o exigir, la ejecución por *Y* de su deber<sup>1</sup>.

Este punto en particular —si la habilidad de ejercer control sobre quienes tienen un deber es una condición necesaria para ser titular de un derecho— es uno de los principales motivos de la discordia entre las dos teorías. Mientras los teóricos de la voluntad tienden a acusar a los teóricos del interés de que confieren derechos a individuos que (a juicio de los primeros) simplemente no pueden ser coherentemente considerados como titulares de derechos, los teóricos del interés critican a los teóricos de la voluntad por excluir ilícitamente la posibilidad de que individuos tales como los niños y los enfermos mentales puedan tener derechos. Pero mientras la teoría de la voluntad excluye el otorgamiento de derechos a esos individuos mediante una estipulación definicional, la teoría del interés no lo incluye por estipulación: en lugar de ello, lo hace suministrando una explicación sustantiva de las condiciones que se deben satisfacer para ser titular de derechos.

Ahora bien, existen dos grandes razones de por qué *X* podría no estar en posición de renunciar a, o exigir, la ejecución por *Y* de su deber. Por un lado, *X* podría no tener las aptitudes mentales para hacerlo. Por el otro, *X* podría no existir al momento en que surge la cuestión de si *Y* cumplirá o no con su deber. Es interesante señalar que en la disputa entre las dos teorías existe mucho escrito sobre individuos en coma, discapacitados graves y niños. En cambio, comparativamente existe muy poco sobre la gente que no existe<sup>2</sup>.

En este trabajo sostendré que según la teoría del interés, los muertos no pueden tener derechos (morales). Justificaré mi posición en la sección 2, y trataré dos objeciones en la sección 3<sup>3</sup>. Si mi argumentación tiene éxito, privará a la teoría del interés de una de sus armas favoritas contra la teoría

<sup>1</sup> Para diferentes defensas de la teoría del interés, véase por ejemplo RAZ, 1986; McCORMICK, 1977; KRAMER, 1998 y 2001. Para diferentes defensas de la teoría de la voluntad, véase HART, 1955; SIMMONDS, 1998; STEINER, 1998; STEINER, 1994; SUMNER, 1987; WELLMAN, 1985 y 1995. Para discusiones recientes sobre el debate entre las dos teorías, véase CRUFT, 2004; KRAMER y STEINER, 2007; SREEVENISAN, 2005 y WENAR, 2005. Para un enfoque de los derechos que no está comprometido ni con la teoría del interés ni con la de la voluntad, véase RAINBOLT, 2006. En el enfoque de RAINBOLT, «una persona tiene un derecho si y solo si una característica de esa persona es una razón para que otros tengan una obligación o imposibilidad» (xiii). Como sostiene RAINBOLT, los derechos así entendidos no excluyen derechos póstumos o anteriores a la concepción como conceptualmente incoherentes.

<sup>2</sup> No quiero con esto significar que pocos autores prestan atención a los derechos de la gente que no existe; más bien quiero decir que los participantes del debate entre estas dos teorías rivales de los derechos tienden a no prestarles mucha atención. Hillel STEINER y Matthew KRAMER constituyen excepciones destacables.

<sup>3</sup> En otro trabajo sostengo que las generaciones futuras pueden tener derechos, pero en muchos menos casos de los que a primera vista podría pensarse (FABRE, de próxima aparición). En otras palabras, los casos de los muertos y de las generaciones futuras son algo diferentes —*pace*, por ejemplo, Joel FEINBERG y Matthew KRAMER, cuyos enfoques serán discutidos en la sección 2,



de la voluntad en general, y contra la explicación que de ella ofrece H.L.A. HART en particular.

Antes de comenzar, quisiera formular unas pocas aclaraciones. En primer lugar, centraré la atención sobre los derechos morales más que sobre los jurídicos. En segundo lugar, no intentaré evaluar la teoría del interés como alternativa plausible a la teoría de la voluntad. Tampoco, en realidad, evaluaré si el hecho de que (si estoy en lo correcto) deba negar el carácter de titulares de derechos a los muertos cuenta decisivamente contra ella. Mi objetivo, en consecuencia, es primordialmente descriptivo. En tercer lugar, asumiré que los muertos no existen. Tal como ciertos autores han advertido, la presuposición de la mortalidad hace difícil dar cuenta de algunas de nuestras prácticas respecto de los muertos (MULGAN, 1999; GOSSERIES, 2003). No obstante, está demasiado fuertemente arraigada en nuestras intuiciones corrientes y en nuestro discurso como para que la abandone aquí. En este sentido, este trabajo puede leerse como un intento por demostrar que, a pesar de los argumentos en contrario, la presuposición de la mortalidad es incompatible con la idea de que pueden existir derechos póstumos.

## 2. LA TEORÍA DEL INTERÉS Y LOS DERECHOS PÓSTUMOS

La expresión «derechos póstumos» es ambigua, porque denota tanto la afirmación «los muertos pueden tener derechos a que se den ciertos estados de cosas» como la afirmación «los vivos pueden tener derechos a que se den ciertos estados de cosas cuando estén muertos». En consecuencia, para que pueda haber derechos póstumos basados en el interés, debe ser el caso que, o bien los muertos puedan tener intereses de que se den ciertos estados de cosas, o bien que los vivos puedan tener intereses de que se den ciertos estados de cosas una vez que estén muertos. Ambas afirmaciones suponen que el acaecimiento (o no) de ciertos estados de cosas una vez que las personas están muertas puede causarles daño. En lo que sigue sostendré que ninguna de estas afirmaciones es correcta.

Comúnmente, el grado en que un interés de *X* es lo suficientemente importante como para garantizar la imposición de un deber sobre *Y* es una función del grado en que *X* resultaría dañado si *Y* desistiera de actuar como lo requiere el deber. Por tanto, lo que necesita la teoría del interés para conferir derechos póstumos es una explicación plausible de los intereses póstumos,

---

o A. BAIER, quien invoca la noción de una comunidad transgeneracional como fundamento para conferir derechos tanto a los muertos como a las personas futuras (BAIER, 1980)—.

así como una explicación plausible de los daños póstumos<sup>4</sup>. Si no puede suministrarse una explicación semejante, entonces no puede haber nada parecido a un derecho póstumo (nuevamente, en esa teoría en particular).

Ahora bien, cualquier argumento orientado a justificar que los derechos póstumos basados en intereses (derechos póstumos para abreviar) son, o no son, una noción coherente debe ofrecer en primer lugar una explicación de los intereses *tout court*. De acuerdo con ciertos enfoques, los intereses se definen en forma puramente objetiva, como aquello que es bueno para sus titulares sin tener en cuenta lo que ellos quieren o desean. Otros enfoques definen a los intereses en forma puramente subjetiva, como aquello que sus titulares quieren o desean. Y otros incluso sostienen que los intereses se definen en forma puramente objetiva, pero incluyen un interés en la satisfacción de los propios deseos.

Hablando en términos definicionales, la teoría del interés es neutral respecto de esas diversas caracterizaciones de los intereses. Dependiendo de cuál de ellas se prefiera, la teoría del interés sostiene que *X* tiene un derecho frente a *Y* de que haga  $\phi$  si no hacer  $\phi$  frustraría el bien objetivo de *X*, o los deseos de *X*, al extremo de constituir un daño, y un daño tal como para justificar que se sujete a *Y* al deber de hacer  $\phi$ . Ello implica, entonces, que conferir el estatus de titular de derechos a una cierta entidad exige que ella sea capaz de padecer cierto daño como portadora de proyectos, necesidades, metas y deseos.

Las consideraciones precedentes pueden dar la impresión de que (como diría FEINBERG) constituye una condición necesaria y suficiente para que un evento *E* dañe a *X* en un tiempo *t*, que *E* entorpezca los intereses (fundamentales) de *X* en *t*. Sin embargo, el requisito de que *E* debe obstaculizar los intereses (fundamentales) de *X*, aunque necesario, no es suficiente para que *E* dañe a *X* en *t*: además —al menos eso pienso— debe darse el caso de que *E* afecte en forma adversa la experiencia de *X* en *t*. Para apreciarlo, volvamos a los derechos póstumos, y examinemos primero la tesis según la cual podemos tener derechos una vez muertos. En la medida en que los derechos protegen intereses, es condición necesaria para que tengamos derechos póstumos que podamos tener intereses póstumos, esto es, intereses que nos sobreviven y que pueden verse frustrados después de nuestra muerte. A primera vista esa condición parece satisfacerse. Parece, en efecto, tener sentido decir, por ejemplo, que si dedico mi vida a una determinada causa,

---

<sup>4</sup> Esto no compromete de manera alguna a quienes defienden la teoría y también creen que los muertos pueden tener derechos a sostener la tesis de que efectivamente tienen esos derechos. Podría ser que sus intereses no fueran lo suficientemente importantes como para someter a otra(s) persona(s) a cierto deber.

tengo un interés una vez muerto de que esa causa no fracase, y que si lo hace, ese interés mío en particular se ve frustrado aunque yo esté muerto. De modo similar, parece tener sentido decir que mi interés en la prosperidad de mis hijos sobrevive a mi muerte, y que si mi testamento, que vela por ella, fuera anulado después de mi muerte, ese interés mío en particular se vería frustrado aunque yo esté muerto. En ambos casos parece tener sentido decir que sufro un daño, aunque esté muerto, por el fracaso de mi causa o la anulación de mi testamento.

Y, sin embargo, un examen más detenido siembra dudas sobre la coherencia de adscribir intereses a los muertos y, por ende, de considerarlos como susceptibles de un daño. Porque para hacer ello se debe dar cuenta de quién es el titular del interés. Claramente no puede ser el cadáver, ni las cenizas, ni el difunto. De modo que solo puede serlo la persona que fue y ya no es o, como lo expresa FEINBERG, la persona *antemorten* (FEINBERG, 1984: 89; PITCHER, 1984; véase también GOSSERIES, 2003 y WALUCHOW, 1986). No obstante — volviendo a una conocida cuestión —, la persona *antemortem* es, de hecho, la persona mientras estaba viva: en pocas palabras, los vivos con otro nombre. El evento póstumo no afecta ningún interés *de una persona muerta*. Dicho de otro modo, ese evento no causa que la persona ahora muerta sufra un menoscabo en sus intereses al momento en que los terceros actúan en tal sentido. En la medida en que los muertos no sufren un menoscabo en sus intereses, y en la medida en que sufrirlo es una condición necesaria para sufrir un daño, los muertos no pueden sufrir daños, de lo que se infiere que no pueden tener derechos.

Supóngase, *por mor* de la argumentación, que los muertos pueden tener intereses (póstumos) y, por ende, que satisfacen esa condición necesaria para sufrir daños por parte de terceros. ¿Es suficiente que sufran un menoscabo en algún interés importante para decir que han sido dañados? La cuestión aquí es si los muertos, no entendidos como esqueletos o montones de cenizas, sino como si existieran inmaterialmente y, pese a ello, tuvieran intereses, pueden ser dañados. No creo que puedan serlo. Para apreciarlo, identifiquemos un conjunto de seres de quienes resulte claro que no pueden sufrir daños, aunque no sea completamente incoherente adscribirles intereses. Distingámoslos luego de seres de quienes resulte claro que pueden sufrir daños, y evaluemos dónde encajarían mejor los muertos<sup>5</sup>. Ahora, doy por sentado que los objetos inanimados<sup>6</sup> no pueden sufrir daños. Considé-

<sup>5</sup> Sigo la estrategia de M. KRAMER en KRAMER, 2001. Sin embargo, como quedará claro dentro de poco, mis conclusiones son radicalmente diferentes a las suyas.

<sup>6</sup> A diferencia de entidades como las corporaciones, que como tales son inanimadas pero que están constituidas por seres animados. No necesito asumir una posición aquí sobre la cuestión de si tales entidades pueden sufrir daños.

rese una pintura deteriorada. Podríamos decir, de un modo no enteramente implausible, que es de su interés no ser acuchillada. Si decidiéramos tajarla, no obstante, no estaríamos por ello infligiéndole un daño, porque no tiene la capacidad de experimentar lo que es sufrir un daño. Asimismo, podríamos decir que es de interés para un automóvil que no se lo maltrate, pero que si lo fuera no sería dañado en su integridad física. Compárense estos objetos con el señor Rojo, un ser humano adulto, a quien el señor Blanco somete a una severa paliza. La diferencia crucial entre ellos —por decir algo obvio— es que Rojo es un sujeto capaz de experiencias mientras que un automóvil no lo es. La razón por la que Rojo, a diferencia de un automóvil, sufre un daño por la paliza es precisamente que ella afecta (en forma adversa) su experiencia. Compárense ahora tanto los objetos como los humanos con los muertos. A diferencia de un automóvil, los muertos pertenecieron, mientras estaban vivos, a la especie humana. En eso son muy similares a Rojo. Sin embargo, a diferencia de Rojo y al igual que un automóvil, no tienen experiencias. Y si eso —tener experiencias que pueden verse afectadas— es lo que nos permite decir que un automóvil no puede sufrir un daño mientras que Rojo sí, entonces parece que los muertos no pueden sufrir daños. Dicho de manera más general, en la medida que, una vez muerto, no se es más sujeto capaz de experiencias, nuestras experiencias no pueden verse afectadas en forma adversa por eventos póstumos, y esto incluso si (*pace* mi argumento del último párrafo) los muertos pueden tener intereses<sup>7</sup>.

Vayamos ahora al segundo sentido del término «derechos póstumos», según el cual se trata de derechos que tienen los vivos a que ciertos estados de cosas se produzcan una vez que han muerto. Pues bien, tiene perfecto sentido decir de ciertas personas que ellas tienen *ahora* un interés en que su cuerpo permanezca intacto después de su muerte. Y parece, a primera vista, que en efecto este interés puede protegerse mediante un derecho que tienen ahora a que su cuerpo no sea profanado —por ejemplo, por actos de necrofilia— una vez que mueran. Asimismo, cuando el señor Azul le promete al señor Verde que va a quemar todos los manuscritos de Verde luego de su muerte, puede interpretarse que le está confiriendo a Verde, al tiempo de hacer la promesa, un derecho correlativo, y de ese modo está asumiendo

<sup>7</sup> Un intento por establecer que los muertos no pueden tener intereses pero que pueden no obstante sufrir daños puede encontrarse en LEVENBOOK, 1984 y 1985. LEVENBOOK sostiene que si se concibe un daño como el sufrimiento de una pérdida (considerable), entonces la noción de daños póstumos (esto es, de daños que se sufren después de la muerte) tiene sentido. Sin embargo, si se concibe un daño como un menoscabo de los intereses, entonces esa noción no tiene sentido dado que con la muerte y después de ella ya no existe un titular de intereses del que hablar. No tengo espacio para analizar sus argumentos aquí. Pero merece advertirse que si LEVENBOOK está en lo correcto, entonces no existe algo semejante a un derecho póstumo basado en intereses. También vale la pena señalar que no queda en absoluto claro cómo podría *una persona muerta* sufrir una pérdida a pesar de no tener ya intereses.

al tiempo de hacer la promesa el deber de hacerlo *una vez que Verde esté muerto*. Después de todo, éste es el modo en que entendemos la mayoría de las promesas. Si le prometo a mediodía que me encontraré con usted para tomar té a las 4 pm, usted adquiere ahora un derecho a que lo haga, y yo asumo ahora el deber de hacerlo.

Sin embargo, no tiene sentido conferirles a los vivos derechos a que se produzcan póstumamente ciertos estados de cosas, como tampoco lo tiene el conferirle derechos a los muertos. Ésto es así porque los vivos no pueden tener tales derechos mientras viven, a menos que también los tengan una vez muertos. Para ilustrarlo, considérese el caso antes mencionado de una promesa. Es cierto que usted tiene ahora el derecho a que nos encontremos a las 4 pm; pero también es cierto que usted debe tener todavía ese derecho *a las 4 pm* a efectos de que yo esté sujeto a un deber *a las 4 pm* de presentarme entonces. Si usted me ha liberado específicamente de mi promesa a las 3:50 pm, o si usted ha contraído un segundo compromiso y se ha obligado a la 1 pm a encontrarse con otra persona a las 4 pm a 30 millas, usted no tiene un derecho frente a mí a las 4 pm de que me encuentre con usted a las 4 pm para tomar el té, y yo no tengo ya el deber de hacerlo. Consideraciones similares, *mutatis mutandis*, se aplican al caso de los muertos. Considérese la afirmación de que X tiene ahora el derecho frente a Y a que su cuerpo no sea póstumamente profanado. Y cumplirá con su deber frente a X una vez que X esté muerto; de hecho, solo puede hacerlo una vez que X haya muerto. De manera similar, considérese la afirmación de que X tiene ahora el derecho a que cierta compañía de seguros haga efectivo el pago de una póliza de vida para sus hijos en caso que muera. La compañía solo puede cumplir su deber una vez que X haya muerto. En ambos casos, Y solo puede ser considerado sujeto a ese deber de actuar si *todavía* es el caso de que X, que está muerto, tiene el derecho a que lo haga. Sin embargo, como vimos antes, no se puede tener tal derecho una vez que se está muerto.

El argumento expuesto implica que, para que X tenga derechos póstumos frente a Y mientras vive respecto de estados de cosas póstumos, debe darse el caso que Y dañe a X una vez que este último ha muerto incumpliendo su deber. Pero quizás esto sea equivocado. Quizás, como sostiene FEINBERG, el daño a X comienza «en el momento, anterior a su muerte, en el que la persona ha invertido tanto en algún resultado posdatado que se convirtió en uno de sus intereses» (FEINBERG, 1984: 92). Pero esto no puede funcionar. Si FEINBERG está en lo cierto, X tiene un derecho antes de morir a que la compañía de seguro pague, porque tiene un fuerte interés *antemortem* en que se haga precisamente eso. Supóngase ahora que X contrata una póliza de seguro que cubrirá una cierta suma a su hijo si X resulta gravemente discapacitado. En el enfoque de FEINBERG, X tiene un derecho, antes de resultar discapacitado, a que el seguro haga efectiva la cobertura, dado que tienen

un fuerte interés *previo a la incapacidad* en que haga precisamente eso. Pero esto resulta extraño, porque solo si, y cuando, se incapacita es que la compañía será llamada a cumplir con su deber hacia X y podría incumplir con él. Del mismo modo, solo si, y cuando, X se incapacita es que surgirá la cuestión de si X resulta dañado o beneficiado por la conducta de la compañía. Y si eso es correcto, entonces solo cuando X muere es que, en el caso de la póliza de seguro de vida, surge la cuestión de si X resulta dañado o beneficiado por la conducta de la compañía (RAINBOLT, 2006: 214 y WALUCHOW, 1986: 230-232).

Adviértase que, aunque he negado que los muertos puedan sufrir daños, no he negado que la compañía de seguros menoscabe el interés de X en la prosperidad de sus hijos al no pagar, y tampoco he negado que los terceros menoscaben el interés de una persona en su integridad corporal si someten su cuerpo a actos necrofílicos. De hecho, es enteramente plausible decir que, si esos intereses que tenemos cuando estamos vivos resultan frustrados una vez que hemos muerto, nuestra vida en general (digamos, la de un padre preocupado por el bienestar de sus hijos) empeorará en virtud de ello. Pero decir esto no alcanza para establecer que *nosotros sufriríamos un daño* si nuestros planes se frustran una vez que hemos muerto. Dicho en términos generales, la afirmación de que alguien resulta dañado o beneficiado por cierto evento E no equivale a la afirmación de que su vida va mal o bien como resultado de E (GLANNON, 2001; KAGAN, 1994). Por cierto, debe haber alguna conexión entre ellas: sería extraño pensar que la vida de alguien va bien si esa persona nunca fue beneficiada de alguna manera por las secuencias de eventos y/o las acciones de terceros. No obstante, hay cierto espacio —por así decirlo— entre esas dos afirmaciones que de hecho nos permite entender estas dos intuiciones: que los muertos no sufren daños por eventos póstumos dado que éstos últimos no afectan negativamente su experiencia y que, sin embargo, puede que haya algo que lamentar sobre la ocurrencia de esos eventos<sup>8</sup>.

Mi argumento contra la idea de que puede haber derechos póstumos basados en intereses apela a las dificultades inherentes a la identificación de los titulares de esos derechos y, con carácter más amplio, a la explicación del sentido en que una persona puede ser dañada póstumamente. Para algunos, sin embargo, esto no representa ninguna dificultad. Así, Matthew KRAMER, en su interesante discusión de esta cuestión, sostiene que los muertos pueden ser titulares de derechos en la medida en que todavía determinen e influyan en las vidas de los vivos (a través de los recuerdos que estos últimos tienen de los muertos, las acciones que realizan en honor a los muertos, etc.).

<sup>8</sup> Sobre un fracaso para trazar esa distinción, véase LOMASKY, 1987: 216.

Tal como lo expone KRAMER, un individuo muerto «perdura, no típicamente como un ser material intacto, sino como una presencia multifacética en la vida de sus contemporáneos y sus sucesores» (KRAMER, 2001: 49-50. Véase también SPERLING, de próxima aparición, especialmente cap. 1). Para este enfoque, lo que resulta decisivo para conferirles el carácter de titulares de derechos a los muertos es el hecho de su presencia perdurable, no sus propiedades materiales. Una vez que se acepta esto, no hay nada misterioso en adscribirle ahora intereses, por ejemplo, a Martin Luther King, como no lo hay en afirmar que uno admira ahora a Martin Luther King.

Sin embargo —y como respuesta—, incluso si pudiera, sin incurrir en error lingüístico o conceptual, afirmar aquí y ahora en 2008 que admiro a Martin Luther King, mi admiración (o la de cualquier otro) no lo beneficia en ningún sentido inteligible. Tampoco puede, a la inversa, sufrir un daño aquí y ahora por las acusaciones de infidelidad marital que se hicieran después de su muerte<sup>9</sup>. Dicho de un modo más general, el hecho de que un individuo que ha muerto hace mucho perdure en las vidas de sus sucesores no es suficiente para conferirle estatus moral. Ese individuo debe ser el tipo de ser de quien tenga sentido decir que puede resultar dañado o beneficiado. Como sostuve arriba, los muertos no son esa clase de seres.

Como cuestión incidental, la última posición también dispone de otro posible intento para rescatar a los deberes póstumos correlativos a derechos. En su enriquecedora explicación de los derechos, Carl WELLMAN sostiene que «los derechos de los vivos continúan imponiendo deberes incluso después de que las personas que los poseían dejaron de existir», esto es, incluso después de que los propios derechos dejaron de existir (WELLMAN, 1995: 156)<sup>10</sup>. La tesis de WELLMAN apela a la interesante idea de que la tenencia del deber y la tenencia del derecho no necesitan ser contemporáneas. Sin embargo, aunque eso sea cierto, todavía debe cumplirse que, al tiempo en que Y cumple o deja de cumplir con su deber frente a X, este último pueda beneficiarse o resultar dañado por su acción. Esto, a su vez, exige que X sea un sujeto capaz de experiencias —lo que claramente no es una vez muerto—.

Recapitulando, los muertos no pueden sufrir daños; además, aunque los vivos, mientras viven, pueden tener intereses respecto de estados de cosas

---

<sup>9</sup> Nuestro uso del lenguaje ordinario parece sugerir que afirmaciones como «admiro —ahora, en 2008— a Martin Luther King» no son problemáticas. Pero podríamos de hecho estar usando en forma inadecuada el lenguaje natural (CALLAHAN, 1987: 342-343). Para decirlo de otro modo, aunque sea verdad que Martin Luther King tenga en 2008 la propiedad (relacional) de ser admirado por mí, esto no es suficiente para establecer que hay un sentido en el cual ser admirado por mí (o, por supuesto, por cualquier otro) lo beneficia, aquí y ahora, en 2008.

<sup>10</sup> Aunque WELLMAN apoya la teoría de la voluntad, su tesis bien podría ser sostenida por un teórico del interés.

póstumos, no pueden sufrir daños por la frustración póstuma de esos intereses. En consecuencia, no puede haber algo semejante a derechos póstumos basados en intereses, en ninguno de los dos sentidos del término «derechos póstumos» que se identificaran al inicio de esta sección.

### 3. DOS OBJECIONES

El punto de vista que defiende en este trabajo podría considerarse susceptible a dos objeciones. En primer lugar, podría sostenerse que implica —implausiblemente— que lo que no sabemos, y nunca sabremos, no puede dañarnos mientras estamos vivos. En segundo lugar, podría argüirse que tiene consecuencias contraintuitivas en lo que respecta al significado de la muerte. Abordaré cada una de estas dos objeciones por separado.

#### 3.1. El muerto y el completo ignorante

He sostenido que no podemos sufrir un daño en  $t$  por cierto evento  $E$  a menos que este último afecte adversamente nuestra experiencia en  $t$ . En la medida en que un evento póstumo  $E$  no modifica nuestras experiencias una vez que hemos muerto, no podemos sufrir un daño entonces en virtud de él, de lo que se sigue que no podemos entonces tener un derecho a que  $E$  no ocurra. Mi argumento contra los derechos póstumos descansa entonces sobre una explicación de los daños en términos de experiencias, y como tal puede invitar a formular la siguiente objeción: si nuestra experiencia debe resultar afectada por  $E$  para que  $E$  nos dañe, entonces se sigue que lo que no sabemos, y nunca sabremos, tampoco puede dañarnos. No obstante, como FEINBERG advierte acertadamente, no creemos realmente que eso sea verdad: si alguien difunde mentiras difamatorias acerca de mí entre la gente que quiero y respeto, sufro un daño, incluso aunque no sepa, y nunca llegue a saber, acerca de ello, y no me vea afectado por ello. Si ése es el caso, entonces puedo sufrir un daño por acusaciones difamatorias póstumas o por la destrucción póstuma del testamento en el que efectúo disposiciones en favor de mis hijos, aun cuando claramente no sé, y nunca sabré, nada sobre ellas (FEINBERG, 1984: 87 y 1974; McMAHAN, 1989).

Si se acepta que no puede haber daños póstumos (una cuestión que ahora daré por sentada), la objeción puede responderse de dos formas diferentes. Por un lado, podría sostenerse que el caso del muerto y el de alguien que nunca sabrá sobre —o será afectado por— acusaciones difamatorias son, en efecto, análogos, y derivar la conclusión de que, así como el muerto no sufre un daño por acusaciones difamatorias, tampoco lo hace una persona com-



pletamente ignorante (PAFRIDGE, 1981 y GLANNON, 2001). Por otro lado, se podría aceptar la tesis de que los vivos pueden sufrir daños en tanto vivan por eventos y acciones que no conocen y nunca conocerán, y negar que ese caso sea similar en lo relevante al del muerto.

Quienes rechazan la noción de daños póstumos toman normalmente el primer camino. En lo que sigue ofreceré una defensa de la segunda estrategia. A primera vista no se trata de una línea de investigación muy prometedora: si uno sufre un daño debido a cierto evento en  $t$  solo si ese evento afecta en forma adversa nuestras experiencias en  $t$ , entonces en la medida en que nuestras experiencias no resultan afectadas por eventos que no conocemos y nunca conoceremos, uno no puede sufrir un daño por tales eventos. O eso podríamos suponer.

Y aun así, mi explicación de los daños no me compromete con la idea de que los vivos no pueden sufrir daños por eventos de los que nunca sabrán. Adviértase, primero, que la afirmación de que uno sufre un daño por algún evento  $E$  en  $t$  si, y solo si,  $E$  afecta en forma adversa nuestras experiencias en  $t$ , no equivale a la afirmación de que uno debe experimentar, ya sea el propio evento, o el menoscabo a nuestros intereses que causa ese evento. Supóngase (*prueba contrarreloj 1*) que  $A$  compite en una prueba contrarreloj individual de una carrera de ciclismo que cree que se desarrollará limpiamente y en la cual, si efectivamente así lo fuera,  $A$  sería el favorito de manera abrumadora. El objetivo de  $A$  es ganar la carrera, y ganarla limpiamente. Sin que  $A$  lo sepa,  $B$  ingiere antes de la prueba drogas que aumentan su rendimiento, como consecuencia de lo cual gana.  $A$  no experimenta la ingesta de drogas por parte de  $B$ , pero sí experimenta un revés: el de perder la carrera. En contraste, supóngase (*prueba contrarreloj 2*) que  $A$ , que no sabe que  $B$  está tomando drogas, cree durante toda la carrera que está ganando (sabe que es incomparablemente mejor que  $B$  en las pruebas contrarreloj, pero no sabe que  $B$ , que empezó primero, ha obtenido un mejor tiempo individual).  $A$  cruza la línea de llegada, cae de su bicicleta, y sufre una herida en la cabeza que le provoca un coma profundo del que nunca se recupera.  $A$  no experimenta ni que  $B$  tomó drogas ni tampoco el revés de perder la carrera. Creo, sin embargo, que la ingesta de drogas por parte de  $B$  daña a  $A$ .

Considérese lo siguiente: hay diferentes maneras en las que un evento puede afectar o introducir una diferencia relevante en nuestras experiencias. La más obvia es que puede transformar una buena experiencia ( $B$  no toma drogas y  $A$  gana) en una mala ( $B$  toma drogas y  $A$  pierde). Puede también destruir por completo nuestras experiencias (una cuestión sobre la cual volveremos más abajo). La menos obvia, pero crucial para nuestros fines aquí, es que puede transformar nuestras experiencias del mundo de una que se ajusta a él a una que no lo hace. Supóngase que estoy en una habitación con

una silla. Veo esa silla, en esa habitación, en el tiempo  $t$ . Supóngase ahora que en un tiempo  $t_1$  suceden dos cosas: la silla es removida de la habitación y tomo una droga alucinógena que hace que experimente las cosas tal como eran en el tiempo  $t$ . Hay un sentido en el que mi experiencia (entendida como «experiencia vivida») no se ha visto afectada por la droga: todavía veo la silla. Pero hay otro importante sentido en el que mi experiencia (entendida como «verídica», si se lo desea) sí se ha visto afectada: como ya no es el caso que haya una silla en la habitación, ya no experimento el mundo tal como es. En la *prueba contrarreloj 2*,  $A$  (equivocadamente) experimenta el mundo como si fuera tal que la carrera se desarrolla limpiamente y él de hecho la gana. Pero la ingesta de drogas por parte de  $B$  hace que la experiencia del mundo que posee  $A$  durante la carrera no se ajuste al mundo tal como es, y es eso lo que, a mi criterio, daña a  $A$ .

Este pensamiento —que los eventos pueden afectar nuestra experiencia en ese sentido— refuerza la sugerencia de que el caso del muerto es diferente del caso del completo ignorante. Compárese la *prueba contrarreloj 2* con la *prueba contrarreloj 3*, en la que  $A$  tiene buenas razones para creer que  $B$ , de quien (en este caso) sabe que está limpio y que es un ciclista de habilidades incomparablemente inferiores, nunca superará su marca de tiempo en la carrera contrarreloj. Supóngase además que, dos años después de la muerte de  $A$ ,  $B$  comienza a tomar drogas que aumentan su rendimiento y quiebra la marca de  $A$ . Las acciones de  $B$  no introducen ninguna diferencia en las experiencias de  $A$  dado que  $A$  ya no es un sujeto capaz de experiencias.  $A$  no solo no experimenta ni la ingesta de drogas de  $B$  ni el revés de presenciar el quiebre de su marca: el hecho de que  $B$  actúe luego de su muerte implica que  $A$  no padece una experiencia no verídica del mundo. Considérese el caso, menos extravagante, de alguien —Jack— que confía en que su mejor amiga, Jill, nunca hablará mal de él a sus espaldas<sup>11</sup>. Supóngase que Jill traiciona la confianza de Jack durante la vida de éste, que Jack nunca se entera de ello, y que su vida no se ve afectada (sus otros amigos no lo abandonan, no pierde su empleo, etc.). Como alternativa, imagínese que Jill traiciona la confianza de Jack luego de su muerte. En el primer caso —al menos así lo sostengo— Jill daña a Jack precisamente en tanto hace que su experiencia de vida no sea verídica respecto de su vida tal como es. En el segundo no lo daña —al menos así lo sostengo— precisamente porque ya no tiene experiencias y, en consecuencia, ya no tiene experiencias de las que tendría sentido decir que resultan o no verídicas.

Para recapitular brevemente, he sostenido que (a) sufrimos daños por cierto evento solo si la ocurrencia de este afecta nuestras experiencias (y

<sup>11</sup> Debo este ejemplo a Leif Wenar.

ésa es la razón por la cual no existe algo semejante a un derecho póstumo), y (b) podemos sufrir daños por cierto evento incluso si no experimentamos ese evento en particular en sí mismo o el menoscabo que el evento ocasiona a nuestros intereses (y ésa es la razón por la cual puede haber algo semejante a un derecho a que no nos hagan ciertas cosas mientras vivimos aunque no seamos, y nunca vayamos a ser, conscientes de ellas)<sup>12</sup>. Mi argumento a tal efecto descansa en un enfoque de la experiencia centrado en su veracidad, que puede provocar la siguiente obvia objeción. En la *prueba contrarreloj 3*, la ingesta de drogas por parte de B después de la muerte de A hace que las experiencias (*antemortem*) del mundo por parte de A (un mundo en el cual su marca nunca sería quebrada) no sea verídica. De modo similar, si Jill habla mal de Jack una vez muerto, su conducta hace que la percepción (*antemortem*) de Jill como alguien que nunca se comportaría de esa manera no sea fiel al mundo tal como era, tal como el que ella hable mal de él en vida falsifica su experiencia de ella. ¿Qué razón hay —se objetará— para tratar a esos dos casos en forma diferente? En la medida en que mi enfoque de la experiencia centrado en su veracidad apoya la afirmación de que Jack sufre un daño por las acciones de Jill mientras vive aunque nunca sepa de ellas, entonces por la misma razón también apoya la afirmación de que Jack sufre un daño por las habladurías póstumas de Jill.

Esta objeción tiene dos variantes. En su primera variante podría considerarse que afirma que la conducta de Jill después de la muerte de Jack, por ejemplo en el tiempo  $t_{10}$  produce que la percepción de Jack sobre Jill cuando estaba vivo, en  $t$ , haya sido falsa. De ser así, es vulnerable a la objeción de que se apoya en una noción retrospectiva de la causalidad —la cual, en un mundo de agentes intencionales (como los titulares de derechos y deberes) conduce a absurdos bien conocidos—<sup>13</sup>. En cualquier caso, en la medida en que no haya conexión física entre la conducta de Jill en  $t_{10}$  y la experiencia

<sup>12</sup> Obsérvese que, de acuerdo con mi enfoque, el caso del muerto es análogo al de un enfermo de Alzheimer que no tiene ninguna conciencia de que su hijo, a quien dejó su negocio con la esperanza y expectativa de que lo expandiera, de hecho ha llevado a la compañía a la ruina. (Es decir, el padre no solo no recuerda haberle dejado la compañía a su hijo: ni siquiera recuerda a su hijo; de hecho, ni siquiera recuerda que tiene uno). No veo ninguna dificultad en aceptar esta consecuencia de mi argumento. Debo este ejemplo a Kramer. Él, Wenar y Rowan Cruft me han discutido mucho mi explicación del completo ignorante, lo cual agradezco. También estoy agradecida a Katrin Flikschuh por ayudarme a aclarar mi respuesta a sus objeciones.

<sup>13</sup> El más destacado: si un evento  $E_1$ , que ocurre en un tiempo  $t_1$ , puede ser causado por otro evento  $E_2$  que ocurre en  $t_2$ , entonces debe ser posible para cierto agente A en  $t_2$  (esto es, después del acaecimiento de  $E_1$  pero antes de  $E_2$ ) actuar de forma tal que anticipe  $E_2$ , con el resultado de que  $E_1$  no ocurrirá, lo cual es absurdo. Sobre la causalidad retrospectiva véase, por ejemplo, BLACK, 1956; DUMMETT, 1964; GOROVITZ, 1964. Sobre causalidad retrospectiva y daños póstumos véase FEINBERG, 1984: 90-91; PITCHER, 1984 y LOMASKY, 1987 (donde, incidentalmente, se critica la segunda variante de la objeción tal como se la postula en el párrafo siguiente del texto, sobre bases similares a las mías).

de Jack en  $t$ , Jill no causa nada que le ocurra a Jack. Adviértase, al pasar, que esto también se aplica al caso en que Jill, tras contenerse de hablar mal de Jack en  $t$ , primero lo hace en  $t_1$ , cuando Jack todavía está vivo, pero sin que lo sepa. La conducta de Jill en  $t_1$  no provoca que Jack sufra un daño en  $t$ , pero sí provoca que sufra un daño desde  $t_1$  en adelante (hasta su muerte).

En su segunda variante la objeción no sostiene que la experiencia de Jack se haya tornado falsa respecto del mundo tal como era en virtud de la conducta de Jill, sino más bien que la conducta de Jill muestra que la percepción que Jack tenía de ella como enteramente confiable siempre fue falsa, y que Jack siempre fue dañado por Jill (al menos en ese aspecto).

Concedo que la experiencia de Jack acerca del mundo, en ese aspecto en particular, nunca fue verídica. Sin embargo, eso no alcanza para establecer que Jill daña a Jack (y eso es lo que debe establecerse, como se recordará, para que la noción de derechos póstumos tenga sentido). Tal como lo acepta la objeción bajo análisis, no se *vuelve* verdadero, como resultado de la conducta de Jill, que Jack haya sido dañado todo el tiempo. La conducta de Jill solo tiene el efecto meramente heurístico de mostrar que la experiencia (*antemorten*) del mundo por parte de Jack no era verídica. Ahora bien, desde luego nosotros —observadores imparciales— podríamos lamentar que la vida de Jack no haya sido la vida que él creía; incluso podríamos concluir que su vida en general fue peor debido al engaño de Jill. Pero —para reiterarlo— esto no es lo mismo que decir que el propio Jack es dañado por Jill. Para que esto último sea verdad, debería darse el caso que Jill afecte en forma adversa su experiencia. En la medida en que, en primer lugar, ella realmente no causa nada de lo que le haya pasado a él y que, en segundo lugar, en el momento en que ella actúa él no tiene experiencias de las que se podría decir que sean o no verídicas, se sigue que ella no puede dañarlo.

### 3.2. La relevancia de la muerte

La segunda objeción a la posición que aquí se defiende — que no existe nada semejante a un derecho póstumo porque no existe nada semejante a un daño póstumo —, es que exagera y minimiza a la vez la importancia de la muerte. Permítaseme abordar primero la acusación de exageración. Como lo sostiene Jeff McMAHAN, rechazar los derechos póstumos pero confiriéndole a la vez derechos al completo ignorante supone que la muerte es lo que marca la diferencia. Así, imagínese que el trabajo de toda la vida de una persona se desmorona sin que ella lo sepa. De acuerdo con la idea que defiende aquí, el desmoronamiento del trabajo de toda su vida no es una desgracia si ocurre justo después de su muerte, mientras que es «una terrible desgracia» si

ocurre justo antes de su muerte. Seguramente, no obstante, el hecho de que ese colapso ocurra un poco antes o un poco después de su muerte no puede marcar semejante diferencia (McMAHAN, 1989: 38-39)<sup>14</sup>.

Y, sin embargo, yo creo que efectivamente marca una diferencia. Porque aunque el hombre no sufre una «terrible desgracia» —al menos eso sostengo— si el trabajo de toda su vida colapsa poco antes de su muerte, sí sufre cierto daño —el daño que resulta a partir del hecho de que, en ese breve instante entre la destrucción de todo lo que ama y su muerte está, de hecho, viviendo una mentira. Por el contrario, no sufre ninguna desgracia si muere justo antes del colapso. Adviértase, no obstante, que en el primer caso, cuanto más corto sea el lapso, menor será el daño. De manera que la muerte sí marca *toda* la diferencia, pero puede que, de hecho, esa diferencia no sea tan grande.

La acusación de minimización no puede descartarse tan fácilmente. Ella sostiene que las razones por las que no puede haber derechos póstumos implican que la muerte no puede dañar a aquellos a quienes les ocurre. Pues considérese lo siguiente: he sostenido que una persona, X, puede sufrir un daño como resultado de cierto evento solo si ese evento afecta adversamente su experiencia. He afirmado que ésta es la razón por la cual los muertos no pueden sufrir daños, mientras que los vivos sí, incluso aunque nunca sepan de ello. Sin embargo —sostendría la objeción—, lo anterior supone que X es un sujeto capaz de experiencias al tiempo en que el evento ocurre, dado que de lo contrario el evento no podría afectar las experiencias de X. Dado que X ya no es un sujeto semejante al momento de su muerte, la muerte no puede ser algo malo para él. Para decirlo de un modo más general, no puede haber algo semejante a un interés en no estar muerto y, por lo tanto, no puede haber algo semejante a un derecho a no ser asesinado.

En la medida en que cualquier explicación de los derechos que excluya el derecho a no ser asesinado debe ser rechazado —al menos eso supongo—, la objeción, si funciona, es fatal para la teoría del interés. Por consiguiente, solo podemos sostener la teoría si podemos adoptar en forma convincente alguna de las siguientes estrategias: (a) conceder que puede haber derechos póstumos; (b) negar que puedan existir esos derechos y mostrar que no obstante puede existir un derecho a no ser asesinado. Por las razones ya mencionadas (a) no es una opción viable. Sin embargo, es posible —pienso— defender (b). El hecho de que, al morir, X ya no sea un sujeto capaz de experiencias no plantea un problema serio a mi explicación de la razón por la cual X no puede sufrir menoscabos póstumos a sus intereses. Porque lo

---

<sup>14</sup> Al pasar, en el caso del enfermo de Alzheimer la acusación sería que exagero la importancia de la senilidad. *Mutatis mutandis*, mi respuesta a la objeción de McMAHAN también se aplica a ese caso.

relevante para determinar si *X* sufre un daño por cierto evento *E* en *t* no es si *X* es o no un sujeto capaz de experiencias en ese momento sino, más bien, si sus experiencias resultan o no afectadas adversamente por *E* en *t*. En la medida en que la muerte destruye las experiencias de *X*, las afecta. Por cierto, que esto dañe o no a *X* depende de la medida en que resulta beneficioso para *X* seguir siendo un sujeto capaz de experiencias, y eso, a su vez, depende de las clases de bienes, tanto presentes como futuros, de los que la muerte lo privaría<sup>15</sup>. Sea como sea, la muerte puede ser y será en ciertos casos mala para *X* en la medida que poner fin a sus experiencias resulte malo para él (McMAHAN, 1989: 33). La teoría del interés no necesita, entonces, negar que Rojo tiene un derecho a no ser asesinado<sup>16</sup>. Lo que sí niega, no obstante, al menos de acuerdo con la explicación de los daños que he defendido aquí, es que Rojo, una vez muerto, pueda todavía sufrir un daño. Como a estas alturas debería resultar claro, eso no me parece problemático.

Señalé arriba que el que *X* exista o no en *t* es irrelevante para determinar si *E* le provoca un daño. Incluso si eso es incorrecto, la teoría del interés no necesita de todos modos rechazar la afirmación de que hay un derecho a no ser asesinado. La idea de que la teoría del interés debe rechazar esa afirmación puede reconstruirse del siguiente modo: «*X* debe existir en *t* para que pueda ser dañado por *E* en *t*; *X* no existe al morir, de modo que la muerte no puede dañar a *X*; en la medida en que la muerte no puede dañar a *X*, *X* no tiene un derecho a no ser asesinado». No obstante, aun si aceptamos, *ad arguendo*, que la muerte no daña a *X*, la conclusión no se sigue de las premisas. Porque

<sup>15</sup> Para discusiones sutiles e interesantes sobre lo malo de la muerte, véase FELDMAN, 1991; McMAHAN, 1989 y NAGEL, 1979.

<sup>16</sup> A diferencia de la teoría de la voluntad, que está comprometida con la tesis de que *X* tiene un derecho frente a *Y* a que *Y* haga  $\phi$  si y solo si es capaz de renunciar a, o exigir, reparaciones si *Y* no hace  $\phi$ . En la medida en que, una vez muerto, *X* no será capaz de renunciar a, o exigir, reparaciones si *Y* lo mata, *X* no puede tener un derecho a no ser asesinado. Un teórico de la voluntad podría verse tentado a bloquear esta objeción abandonando la exigencia de que ser capaz de renunciar a, o exigir, reparaciones para el caso en que *Y* no haga  $\phi$  sea una condición necesaria para que *X* tenga un derecho frente a *Y* a que haga  $\phi$ . Podría decir, en cambio, que es suficiente (así como necesario) que *X* sea capaz de renunciar a, o exigir, la ejecución de *Y* de su deber de hacer  $\phi$ . No obstante, esta pretendida variación no es apta para rescatar a la teoría de la voluntad. Y ello porque de acuerdo con la posición que aquí se discute, la teoría está comprometida con el siguiente par de afirmaciones: (a) si Rojo está consciente antes de que Blanco le inflija el último golpe, entonces Rojo puede tener un derecho a que Blanco no lo mate; (b) sin embargo, si Rojo ha perdido la conciencia en algún momento durante la golpiza, entonces, en la medida en que carece de la aptitud para controlar las acciones de Blanco en el momento en que Blanco le inflige el último golpe, no puede tener un derecho a que Blanco no lo mate, incluso si recobrara la conciencia si la golpiza se detuviera. Eso me parece extremadamente implausible. Seguramente, la pérdida temporal de conciencia no puede marcar toda la diferencia entre tener y no tener un derecho a no ser asesinado por un atacante malvado. Vale la pena advertir, por supuesto, que de acuerdo con la idea que defiende en este trabajo, la teoría de los derechos basada en el interés está comprometida con la tesis de que una persona en coma irreversible no puede tener derechos (lo cual no significa decir que no pueda considerársenos sujetos a ciertos deberes respecto de ellos).

entre *E* —el acto que produce la muerte de *X*— y la muerte de *X*, existe un cierto tiempo, sin importar cuán infinitesimalmente breve, durante el cual *X* todavía existe. El derecho a no ser asesinado puede entenderse entonces como un derecho a que los demás no actúen de un modo tal que acarree nuestra muerte: esos actos, y no la muerte en sí misma —*ad arguendo*—, nos dañan, y nos dañan precisamente en la medida en que contribuyen a privarnos del bien que constituye la continuación de la vida. Si eso es correcto, entonces se puede por un lado negar que exista algo semejante a un derecho póstumo basado en intereses y, por el otro, afirmar (como se debe) que existe algo semejante a un derecho basado en intereses a no ser asesinado.

#### 4. CONCLUSIÓN

He sostenido que una persona sufre un daño por cierto evento si y solo si ese evento afecta adversamente sus experiencias, no necesariamente en el sentido de que sienta, vea u oiga en forma diferente, sino a veces en el sentido de que ya no tiene ninguna experiencia, o que sus experiencias, si bien superficialmente intactas, ya no encajan con el mundo tal como es. Y es precisamente porque no se puede sufrir un daño a menos que nuestras experiencias se vean afectadas que ni los muertos ni los vivos pueden tener derechos respecto de estados de cosas póstumos. Como también he advertido, la afirmación así entendida de que los muertos no pueden sufrir daños es compatible con la idea de que un completo ignorante puede sufrir daños.

Por supuesto, nada de lo que he dicho aquí impide imponer sobre los vivos obligaciones respecto de los muertos (aunque sí impide que existan obligaciones debidas *al* muerto que no se correlacionen con derechos, si es que existen tales obligaciones después de todo). Por ello, la afirmación de que no podemos tener un derecho frente a los vivos a que actúen de cierta forma una vez que estemos muertos es compatible con la idea de que los vivos se encuentran obligados hacia alguna otra persona viva (por ejemplo, nuestros familiares directos) a actuar de ciertas formas respecto de nosotros. No obstante, si las conclusiones a las que se arribó aquí son correctas, y si resultara que la teoría del interés ofrece la explicación más plausible de los derechos, entonces debemos dejar de lado lo que constituye, para algunos de nosotros, la intuición profundamente arraigada de que tenemos derecho a que nuestro testamento será respetado y a que nuestra tumba no será profanada, o que tenemos un derecho a que nuestra reputación será restaurada si ha sido destruida erróneamente, y eso incluso si estamos muertos. En otras palabras, debemos conceder a los teóricos de la voluntad, en particular a HART, uno de los puntos clave que, de acuerdo con sus oponentes, constituye una buena razón para apoyar la teoría del interés.





## CAPÍTULO XIII

### ¿HAY TODAVÍA DERECHOS NATURALES?

Hillel STEINER

Permítaseme comenzar diciendo que lo que este ensayo presenta tiene más la naturaleza de una perplejidad que de un argumento y, en ese sentido, es probable que lo deje tan insatisfecho como a mí. En ese sentido nuevamente, es también una petición de ayuda, una invitación para cualquiera que pueda arrojar algo de luz sobre el enigma que explora. ¿Cuál es ese enigma?

Entre los diversos trabajos de HART sobre filosofía política y moral, uno de los dos más renombrados es, sin dudas, su ensayo «Are There Any Natural Rights?», originariamente publicado en 1955 en *The Philosophical Review* (HART, 1955)<sup>1</sup>. Durante las siguientes décadas, este ensayo fue reimpreso en numerosas antologías y compilaciones y generó una extensa bibliografía en respuesta. Las obras de muchos filósofos políticos (incluyendo las mías) fueron fuertemente influenciadas por los argumentos centrales de ese ensayo.

En consecuencia, para esas personas, y muchas otras también, causó cierta sorpresa — y no poca consternación — que HART declinara incluirlo en su colección de 1983 de Oxford University Press de lo que consideraba sus trabajos más significativos, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Allí, a

---

<sup>1</sup> Reimpreso en QUINTON, 1967. Las referencias a páginas son a este último texto y se las designa como HART, 1967. El otro trabajo famoso es HART, 1963.

modo de explicación, solo ofreció un breve y esencialmente poco esclarecedor comentario de que

aunque atrajo cierta atención no lo he incluido aquí debido a que su argumento principal parece ser equivocado y mis errores no son lo suficientemente reveladores como para justificar ahora su reimpresión (HART, 1983:17).

Tampoco ninguna otra persona con la que hasta ahora he tenido la oportunidad de discutir esta cuestión ha sido capaz de arrojar luz sobre las razones de esta renuncia. Por ejemplo, Joseph RAZ relata que

[HART] se convenció, hace muchos años, de que su argumento no era válido, pero no recuerdo por qué ... Recuerdo que encontraba irónico que RAWLS hubiera dicho en algún lugar, o quizás en privado, que ese artículo lo llevó a una búsqueda infructuosa que condujo a que se lanzaran miles de libros y artículos sin gran sentido<sup>2</sup>.

Y, en una línea similar, la reciente biografía escrita por Nicola LACEY simplemente registra el hecho de que HART tuvo luego dudas sobre su argumento, sin informar sobre ninguna razón para ello (LACEY, 2001:169).

De manera que estoy verdaderamente perplejo. Aquí tenemos este trabajo tan influyente que, *inter alia*, y como ha sugerido Neil MACCORMICK, parece inequívocamente conformar el fundamento justificatorio de la crítica liberal de HART al moralismo jurídico en sus celebradas conferencias *Law, Liberty and Morality*, publicadas en 1963 (MACCORMICK, 1981: 150). Y, sin embargo, en algún punto de las dos décadas siguientes, y sin abandonar (hasta donde sabemos) su antimoralismo liberal, HART se vuelve completamente desencantado con ese ensayo fundamental. ¿Por qué? O, ¿qué es lo que resulta objetable?

El presente ensayo es simplemente un intento de especular sobre las posibles razones de ese desencanto y de evaluarlas. Y propongo hacerlo considerando dos cuestiones: (1) ¿qué es lo que, según HART, hace de un derecho *moral* un derecho *natural*?, y (2) ¿qué es lo que, según HART, hace que un deber sea el correlato de un derecho? Las respuestas de HART a estas dos preguntas están, por supuesto, conectadas entre ellas muy estrechamente en ese ensayo. De manera que una cosa que también deberemos considerar es si hay alguna razón para suponer que su desencanto final con el trabajo se debió a la percepción de una ruptura en esa conexión, causado por algún cambio en sus ideas sobre cuáles serían las respuestas apropiadas para una o ambas de esas preguntas.

<sup>2</sup> Comunicación personal, 30 de junio de 2007.

Veamos en primer lugar la primera cuestión. Para muchos escritores de la tradición iusnaturalista, quizás para la mayoría de ellos — y también para HART —, una cosa que hace que un derecho moral sea un derecho natural es que se trate de un derecho *fundacional*. Un derecho fundacional es aquel que no puede inferirse de ningún otro, y a partir del cual otros derechos — los *derivados* — pueden inferirse. Hay diversas formas en que los derechos derivados pueden ser derivados a partir de los fundacionales y, de hecho, de otros derechos derivados. Así, un derecho a *Y* podría derivarse de un derecho a *X* en virtud del hecho de que *Y* es una forma o *instancia* de *X*. Esto es claramente evidente si *Y* consiste en suministrar salud física y *X* consiste en suministrar bienestar, o si *Y* consiste en no encarcelar y *X* consiste en autorizar la libertad de alguien. Otro modo de derivación es *instrumental*: así, por ejemplo, si *Y* consiste en suministrar tratamiento médico y *X* consiste en garantizar la salud física. Las derivaciones por instanciación e instrumentales unen, respectivamente, premisas conceptuales y causales con el enunciado de que existe un derecho a *X*, a fin de derivar su conclusión de que existe un derecho a *Y*. Es decir, el deber de hacer *Y* es, o bien un elemento constitutivo del deber correlativo de hacer *X*, o bien hacer *Y* es un medio para hacer *X*.

Otros modos adicionales de derivación invocan consideraciones hohfeldianas. Una manera en que un derecho a *Y* puede derivarse de un derecho a *X* es a través del ejercicio de *potestades* que acompañan al derecho a *X*. Su actual derecho *Y* a ese automóvil fue creado por mi ejercicio antecedente de mi derecho *X* a ese automóvil, esto es, por mi ejercicio de la potestad para transferirle la propiedad del automóvil. Al ejercer esa potestad, extingo mi derecho *X* a que usted (y otros) no interfieran con mi posesión del automóvil, y creo su derecho *Y* a que otros (incluyéndome) no interfieran con su posesión sobre él. De manera similar, el derecho *Y* de la Universidad de Manchester a mis servicios de docencia se deriva del ejercicio de potestades que acompañan a varios de mis derechos *X* pertenecientes a mi cuerpo y su trabajo. Y todavía otra clase de derivación involucra el ejercicio de *libertades*. Así, mis derechos *X* a (que otros no interfieran con) la posesión de mis suministros de papel y a mi trituradora de papel me otorgan normalmente un derecho *Y* a la no interferencia de otros con mi posesión del papel triturado. Esas «derivaciones hohfeldianas» combinan el enunciado que afirma el derecho *X* con enunciados que afirman (a) la existencia de las potestades o libertades relevantes y (b) el hecho de haber sido ejercidas, a efectos de inferir el derecho a *Y*.

En el análisis de HART de los derechos naturales, los modos primarios de derivación son la instanciación y el ejercicio de potestades. Lo que él llama allí *derechos generales* — los ejemplos que ofrece son «el derecho a decir lo que pienso» y «el derecho de profesar el culto que desee» — son instanciaciones de su derecho natural. Como lo expresa HART, cada uno de ellos es

una «ejemplificación particular del derecho igual a ser libres» (HART, 1967: 64). El tener esos derechos morales significa contar con una justificación moral para exigir y, si es necesario, hacer efectivo el deber de no interferencia de los demás respecto de esos actos de culto y de expresión. Más estrictamente, estos derechos implican que su titular está investido con una variedad de pretensiones correlativas a los deberes ejecutables de otros de abstenerse de realizar acciones que comúnmente tendrían el efecto de impedir que el titular lleve a cabo esos actos de culto y expresión. Estos derechos morales generales y sus deberes correlativos, siendo simples instancias particulares de ese derecho natural a la igual libertad y su deber correlativo, al igual que estos últimos, no son ni creados ni conferidos por ninguna acción voluntaria y tienen incidencia universal —lo que, de manera significativa, HART considera que significa que corresponden a «todos los hombres capaces de elección» (HART, 1967: 53, 64).

Cuando llegamos al modo de derivación que HART denomina *derechos especiales*, las cosas son, no obstante, algo menos claras. Lo que es claro es que los derechos especiales son modificaciones —de hecho, truncamientos— de derechos generales. Las acciones de interferencia que los derechos generales de las personas exigirían que los demás eviten pueden, en virtud de los derechos especiales de los demás, volverse permitidas y a veces incluso de ejecución obligatoria. ¿Cómo es esto posible? ¿Cómo puede haber derechos morales que aparentemente cercenan el derecho moral más básico, el derecho a igual libertad?

HART ofrece varias respuestas a esta pregunta, de las cuales la más clara expresa lo siguiente:

Los casos más obvios de derechos especiales son los que nacen de las promesas. Al prometer hacer o no hacer algo, voluntariamente asumimos obligaciones y creamos o conferimos derechos a quienes formulamos la promesa; modificamos la independencia moral existente de la libertad de elección de las partes respecto de alguna acción, y creamos una nueva relación moral entre ellas, de modo tal que se vuelve moralmente legítimo para la persona a quien se ha formulado la promesa determinar cómo deberá actuar el promitente. El destinatario de la promesa goza de una autoridad o soberanía temporaria sobre la voluntad del otro en relación con un asunto específico ... Pero la promesa no es el único tipo de transacción mediante la cual se confieren derechos. Ellos pueden ser *otorgados* por una persona que consiente o autoriza que otra interfiera en cuestiones que, de no mediar este consentimiento o autorización, sería libre de determinar por sí misma (HART, 1967: 60, 61).

En estos casos, el promitente o quien autoriza puede describirse como si transfiriera a otra persona una porción de lo que podría denominarse su *dominio legítimo de discrecionalidad*. El promitente o quien autoriza pierde

algo de libertad y el destinatario de la promesa o «autorizado» la gana. Y a los filósofos que han considerado misterioso que «los fenómenos morales —derechos y deberes u obligaciones— puedan originarse en la acción voluntaria de los individuos», HART responde que:

no han visto con claridad cuán especiales son las nociones morales de derecho y obligación, ni la forma peculiar en que ellas están conectadas con la *distribución* de la libertad de elección (HART, 1967: 60-61).

En otras palabras, HART cree que las *redistribuciones* de la libertad, efectuadas por las elecciones del promitente y de quien autoriza, son perfectamente consonantes con la distribución de libertad impuesta por su derecho moral básico, el derecho natural a igual libertad. El ejercicio de las potestades correlacionadas con los derechos generales que componen ese derecho natural *no* debe considerarse que constituya una violación al tipo de igualdad que impone. Tanto la distribución de libertad legítima anterior a la promesa, como su contraparte bien distinta posterior a la promesa, pueden ser consistentes con ese derecho natural. En otras palabras, un derecho fundacional a igual libertad es consistente con su ejercicio por parte de su poseedor de tal forma que permita a otra persona restringir algo de esa libertad. De hecho, incapacitar a ese poseedor para ejercerlo en esa forma equivaldría al cercenamiento de ese derecho fundacional. Los contratos de trabajo y las transferencias de propiedad no son, *per se*, violaciones al derecho natural a igual libertad. Aquí vale la pena advertir que en su ensayo HART no continúa —como quizá debería haberlo hecho— considerando lo que esto implica más precisamente respecto del sentido en que su derecho natural a la libertad es *igual*. Pero he sostenido en otro lugar que la distribución de igual libertad impuesta por ese derecho natural se entiende mejor como una igualdad *inicial* u *originaria* (o en el *punto de partida*) (STEINER, 1994: 224-228)<sup>3</sup>.

La explicación más clara que ofrece HART de la derivación de derechos especiales a partir de su derecho natural es, como he señalado, su idea de cómo se crean mediante el ejercicio de potestades correlacionadas a ese derecho. Mucho menos claro es lo que tiene para decir sobre los derechos especiales que *no* son correlatos de esas obligaciones asumidas deliberadamente. Entre éstos, HART individualiza en particular a los derechos que surgen de relaciones naturales especiales, como entre el progenitor y su hijo, y que desde entonces afamadamente han sido denominados *derechos de juego limpio* (*fair play*).

<sup>3</sup> Una cuestión conceptualmente distinguible y altamente compleja consiste en cuánta igualdad puede asegurarse entre personas cuyas respectivas existencias son solo en parte contemporáneas unas con otras. Dejaré aquí de lado esa cuestión (cfr. STEINER, 1994: 27C-273).

Se dice que existe un derecho de juego limpio en las siguientes circunstancias:

[C]uando un número de personas llevan a cabo alguna empresa común de acuerdo con reglas, restringiendo así su libertad, quienes se han sometido a estas restricciones toda vez que ello haya sido exigido, tienen derecho a un sometimiento similar de parte de quienes se han beneficiado con su sometimiento (HART, 1967: 61).

Es fácil ver, me parece, por qué ese derecho a una sumisión similar podría considerarse como limpio. Es menos fácil entender, no obstante, cómo podría derivarse ese derecho de un derecho básico a la libertad. ¿Cuál es el modo de derivación en el que aquí se apoya? Quizás podríamos decir que, cuando las actividades de ciertas personas producen efectos externos positivos semejantes para otros, podría *presumirse* que esos otros han consentido asumir esos deberes de similar sumisión: esto es, que esos otros han hecho *hipotéticamente* el equivalente a lo que los promitentes y quienes autorizan *realmente* hacen. Existen diversos problemas bien conocidos con este tipo de explicación. Uno es simplemente que el hecho de que una actividad produzca un beneficio para ciertas personas no implica por sí mismo que ese beneficio supere cualquier posible pérdida que pudieran sufrir al adquirir el ya mencionado deber restrictivo de la libertad de sumisión similar. Si su consentimiento hipotético ha de ser inferido aquí después de todo, el beneficio de que se trate debe ser al menos un beneficio *neto*. Pero, en segundo lugar, e incluso si se trata de un beneficio neto, no queda claro por qué la equidad exige que la actividad que lo produce sea una empresa *conjunta* conducida por *diversas* personas de acuerdo con reglas que restringen su libertad. ¿Por qué no podría la equidad exigir que *cualquier* actividad que confiera beneficios a otros — incluso una llevada a cabo unilateralmente por una única persona — de lugar de manera similar a ciertos deberes recíprocos que restringen la libertad de quienes reciben? Y si el otorgamiento de esos beneficios no solicitados *puede* generar tales deberes de parte de quienes los reciben, ¿qué ocurre con la distinción corriente, sostenida igualmente por HART, entre los respectivos dominios de la benevolencia y de los derechos?<sup>4</sup>

Igualmente poco clara es la derivación de derechos especiales a partir de relaciones naturales especiales. Aquí HART incluye los derechos de los padres a la obediencia de sus hijos. Pero inmediatamente continúa afirmando que se consideraría que este derecho a la obediencia «cesa cuando el niño

<sup>4</sup> Sin embargo un problema adicional que acecha a esta idea de derechos de juego limpio podría ser que se apoya manifiestamente en el criterio *¿cui bono?* asociado con la teoría de los derechos basada en el interés; véase *infra*.

alcanza "la edad de la razón"» (HART, 1967: 63). Y aquí no podemos evitar preguntar *por qué*. ¿Por qué debería cesar en ese momento? Después de todo, la relación natural que se dice que lo origina no cesa. De modo que, presumiblemente, la respuesta debe ser que, si *no* cesara en ese momento, constituiría una violación del derecho natural a la libertad del hijo. Y si luego preguntamos por qué no constituiría una violación antes de ese momento, la respuesta se ofrece en la segunda línea del ensayo de HART, donde dice que su derecho natural a la libertad debe entenderse que corresponde a «todo ser humano adulto capaz de elección» (HART, 1967: 53). Antes de alcanzar la edad de la razón —antes de convertirse en una persona capaz de elección— el niño simplemente no tiene un derecho moral a la libertad que pueda violarse. Por consiguiente, el proyecto central del ensayo —que, como se recordará, consiste en explicar cómo puede justificarse la interferencia con una acción que de otro modo sería un legítimo ejercicio de libertad—, simplemente no tiene ninguna aplicación a los menores, porque ninguna de sus acciones puede contar como un ejercicio semejante. Y eso a su vez se debe a que, cualquiera sea la libertad que pudieran poseer, no puede ser suya por derecho. Al carecer de tales derechos morales, no se necesita presuponer que los menores están investidos de obligaciones morales para justificar cercenamientos de su libertad. Y, de hecho, la misma razón por la que aquí se presume que carecen de derechos morales a la libertad —esto es, su incapacidad de elección— con frecuencia se considera que implica que carecen asimismo de obligaciones morales.

Entonces nuevamente, y más bien como una especulación, parece como si una razón para el desencanto de HART con su ensayo yaciera en la percepción de que su explicación de los derechos especiales de juego limpio y de los que surgen de relaciones naturales especiales no permite derivarlos adecuadamente de su derecho natural. Si existen tales derechos morales, parecería que su derivación debe invocar un fundamento distinto del derecho a una igual libertad, un derecho que de ese modo carecerá del estatus fundacional excluyente que HART le atribuía. Dicho esto, sin embargo, debería decir también que esas deficiencias me parecen, como mucho, marginales respecto del núcleo principal del argumento del ensayo, y difícilmente sean suficientes para justificar la renuncia de HART. Por ello pienso que debemos buscar en otro lugar si hemos de encontrar una justificación semejante.

En tal sentido, una razón diferente y mucho más significativa —aunque no enteramente desvinculada— para justificar ese desencanto podría haber surgido de su compromiso con la propia teoría de la voluntad sobre los derechos, a la que HART brindó, como es bien conocido, un considerable desarrollo en la forma de lo que con mayor claridad denominó la *teoría de la elección*. La mayoría de las discusiones de «Are There Any Natural Rights?» identifican correctamente a la teoría de la elección como si conformara la

base — y, de hecho, gran parte de la cúspide— kantiana de su argumento central allí (MACCORMICK, 1981: 149). Pero aquí permítaseme adelantarme y agregar dos cosas. En primer lugar, en general se acepta que la formulación más desarrollada de la teoría de la elección se encuentra en su ensayo «Bentham on Legal Rights» — un ensayo que apareció justo dieciocho años después del ensayo de los derechos naturales y que, entre paréntesis, HART sí consideró digno de ser incluido en su siguiente colección de 1982, *Essays on Bentham*<sup>5</sup>. En segundo lugar, en «Bentham on Legal Rights», así como en otros de sus escritos, HART establece claramente lo que considera que constituyen severas limitaciones al alcance de la capacidad de la teoría de la elección para servir como herramienta conceptual para analizar ciertos tipos de disposiciones *jurídicas*: a saber, aquellas que sustentan deberes del derecho penal e inmunidades constitucionales. De manera que la conjetura que ahora propongo explorar es que su desencanto con su ensayo sobre los derechos naturales podría deberse en cierta forma al hecho de haber adquirido subsiguientemente la creencia de que esas limitaciones perjudicaban seriamente su explicación de los derechos naturales.

Por supuesto, nos llevaría demasiado lejos revisar aquí la teoría de la elección con todas sus detalladas consecuencias y, en todo caso, asumo que el lector se encuentra ya familiarizado con gran parte de ellas (cfr. STEINER, 1998: 233-302). Es suficiente con decir, entonces, que la conocida tesis central de esa teoría es que el titular de un derecho, en el sentido estricto de un derecho como pretensión, es todo aquel que tenga las potestades tanto para dispensar como para exigir y, de ser necesario, hacer cumplir el deber correlativo de esa pretensión. Y casi lo mismo puede decirse de los titulares de derechos como inmunidades, en el sentido de que son aquellos que tienen la potestad tanto para extinguir la inhabilidad correlativa derivada de otra persona, como para, en forma alternativa, anular supuestos ejercicios de cierta potestad de la que, *ipso facto*, carecen. Al investir de ese modo con dominios de control discrecional a los titulares de pretensiones y de inmunidades, la teoría de la elección les asigna esferas de libertad, precisamente de la misma manera que vimos previamente en el ensayo de los derechos naturales de HART. Son las personas que están investidas de la potestad de decidir si ciertos cambios o continuidades en cómo es el mundo deben o no ocurrir.

Ahora bien, respecto de la conjetura que estamos a punto de explorar, la importancia del acercamiento creciente de HART a los trabajos de BENTHAM difícilmente pueda sobreestimarse. De hecho, aunque su compromiso oficial con el Proyecto BENTHAM comienza justo después de su temprano retiro de

<sup>5</sup> Este ensayo apareció en SIMPSON, 1973. Todas mis referencias a este ensayo son del texto de HART, 1982.



la cátedra de Teoría del Derecho en 1968, su fascinación con BENTHAM era muy anterior. Como cuenta LACEY:

[D]esde su clase inaugural [publicada un año antes de su ensayo sobre los derechos naturales], sus trabajos publicados habían demostrado su consideración por BENTHAM como una fuente profunda de entendimiento (LACEY, 2004: 298)<sup>6</sup>.

Como es bastante bien conocido, la hostilidad de BENTHAM a la idea misma de derechos naturales rayaba lo patológico. Desde su primera época como un *tory* conservador hasta su conversión en un demócrata radical, un tema que aparece continuamente en todo su pensamiento es que esa idea es ininteligible, *peligrosamente* ininteligible. Tanto la *Declaración de la Independencia* de Estados Unidos como la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* francesa fueron objeto de una corrosiva denuncia, dado que ellas invocaban centralmente lo que BENTHAM consideraba la tesis anarquista de que las personas se encuentran natural y pre-políticamente investidas de derechos morales básicos (cfr. WALDRON, 1987: 29-45).

Parece seguro, no obstante, que el desencanto de HART con su propio ensayo sobre los derechos naturales está muy lejos de constituir simplemente una reflexión sobre esa actitud benthamita. En el importante número de ensayos en los que discute la visión de BENTHAM sobre los derechos naturales, HART se esfuerza constantemente por identificar lo que puede atribuirse a cada uno de los diversos factores que convergían para motivar esa vehemente hostilidad (cfr. HART, 1982: caps. I-IV). Uno de esos factores era, sin duda, el temor y la aversión inicial de BENTHAM al anarquismo. Y sobrevivió con vigor en lo que HART, en su artículo de 1978 «Utilitarianism and Natural Rights», describe como la adopción final de:

Una visión profundamente pesimista de todos los gobiernos, de los «pocos que gobiernan», como él los llamaba. Vea los gobiernos como bandas de potenciales criminales, tentados como ladrones de perseguir sus propios intereses a expensas de aquellos sobre quienes tenían poder, los «muchos súbditos». Pero la democracia, al colocar el poder de designación y destitución de los gobiernos en las manos de la mayoría era, a su juicio, el mejor mecanismo para asegurar que los gobiernos trabajaran para el interés general (HART, 1983: 185).

Es la democracia, no el anarquismo o una aristocracia rapaz, la que hará lo que se debe. Como ese párrafo sugiere además, HART encuentra un segun-

<sup>6</sup> La clase inaugural de HART, dictada en 1953, fue publicada en 1954 (véase HART, 1954).

do factor motivador de la hostilidad de BENTHAM hacia los derechos naturales en su concepción utilitarista de la moral. Dado el papel esencial que a su juicio solo el gobierno podía desempeñar en la obtención de estados de cosas óptimos desde el punto de vista moral, la idea de que los individuos tuvieran pretensiones e inmunidades morales, que podría incapacitar a los legisladores para responder en forma óptima a las cambiantes circunstancias, era considerada simplemente como una condena. La creencia de que las respuestas a esos cambios debían ser solo una cuestión de elecciones individuales era simplemente inaceptable, y las doctrinas sobre derechos inalienables e imprescriptibles no eran otra cosa que herramientas reaccionarias para obstruir el proceso moral.

Existe, sin embargo, escasa evidencia para sugerir que HART compartía, ya sea el temor y aversión de BENTHAM, o su compromiso con un utilitarismo sin cortapisas. Por ello pienso que necesitamos buscar las posibles fuentes del desencanto en un tercer factor que estaba presente en el pensamiento normativo de BENTHAM, a saber: su concepción de los derechos *per se*.

En «BENTHAM ON Legal Rights» y en otros trabajos, HART destina una buena cantidad de elogios al cuidadoso análisis de BENTHAM del concepto, subrayando el impresionante modo en que anticipó la explicación canónica formulada por HOHFELD un siglo más tarde y, de hecho, dirigiendo la atención sobre un importante número de cuestiones en las que el análisis de BENTHAM debería considerarse superior al de HOHFELD<sup>7</sup>. Pero este entusiasmo se ve atenuado por varias importantes reservas, siendo la principal de ellas la adhesión de BENTHAM a la *teoría del interés* (que HART también denomina *teoría del beneficio*) de los derechos. Como bien se sabe, el debate entre la teoría de la voluntad o elección y la del interés o beneficio es de muy larga data, remontándose por lo menos a fines de la Edad Media, y todavía continúa (cfr. KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998). El trabajo de HART «BENTHAM ON Legal Rights» es una de las contribuciones más importantes a ese debate.

Nuevamente, como antes con la teoría de la elección, evitaré aquí revisar la teoría del interés en todas sus detalladas consecuencias y, en cambio, asumiré simplemente que el lector ya está al tanto de gran parte de esos detalles. El punto central sobre el cual debemos enfocarnos para nuestros fines es la diferencia básica entre los respectivos criterios de estas dos teorías para identificar al titular del derecho como pretensión correlativo a un deber exigible. En el caso de la teoría de la elección, como hemos visto, el criterio es *formal* o *estructural*, esto es, pregunta ¿quién elige? ¿Quién está

<sup>7</sup> HART, 1983: 162. Tiene especial importancia la distinción de BENTHAM entre libertades desnudas y conferidas.

investido con la potestad para dispensar o, alternativamente, para erigir y, si es necesario, hacer cumplir ese deber? En el caso de la teoría del interés, el criterio correspondiente es de *contenido*: ¿quién se beneficia? ¿Qué intereses se verían afectados adversamente por una violación de ese deber? Mientras la validez de las pretensiones e inmunidades de la teoría de la elección es independiente de la multiplicidad de sus contenidos, la validez de sus contrapartes de la teoría del interés no lo es. Este criterio *¿cui bono?* —calificado de diversas formas por BENTHAM y por otros autores a efectos de excluir ciertas consecuencias contraintuitivas—<sup>8</sup> nos dice a quién pertenecen esos derechos.

HART, junto con otros escritores de la tradición de la teoría de la voluntad, ha expresado ciertas dudas respecto del poder explicativo de ese modelo de derechos. Uno de las más conocidas de ellas, y que resulta altamente relevante para algunas de las cuestiones a discutir ahora, está dada por el problema de los *terceros beneficiarios* de los contratos jurídicos. Como advierte HART:

En muchas jurisdicciones, los contratos realizados expresamente para beneficiar a terceros, por ejemplo, un contrato entre dos personas para pagarle a un tercero una suma de dinero, no es exigible por el tercero ni puede éste dispensar o liberar de la obligación. En ese caso, aunque el tercero es un beneficiario directo puesto que la ruptura del contrato constituye un directo perjuicio para él, no tiene control jurídico sobre el deber y, por ello, no tiene un derecho subjetivo. Por otro lado, la parte contratante que tenga el control adecuado tendrá el derecho subjetivo, aunque no sea la persona a quien se intenta beneficiar con la ejecución del contrato (HART, 1982: 187).

Aquí, entonces, tenemos una clase de casos en los que la teoría de la elección o de la voluntad ofrece claramente una mejor guía que el criterio *¿cui bono?* de BENTHAM para identificar correctamente a los titulares de pretensiones. Y, en esa medida, la dependencia del argumento de los derechos naturales de HART de esa teoría no debería representarle ningún problema.

Frente a esto, no obstante, BENTHAM y otros teóricos del interés han replicado con distintos reclamos *tu quoque*. Han acusado, y HART ha concedido, que el poder explicativo del modelo de la teoría de la voluntad no puede extenderse a los deberes exigibles del derecho penal. Pues aquí, el hecho de que la víctima de un delito pudiera haber consentido —*ex ante* o *ex post*— el acto del autor, no resultaría suficiente ni para extinguir ese deber ni para eximir al autor de su ejecución. La respuesta de HART a esto tiene

<sup>8</sup> Como otorgar derechos a una clase indefinidamente grande de beneficiarios de la ejecución de un deber particular.

esencialmente dos partes: (a) que esos casos reflejan los límites de *cualquier* teoría general de los derechos como herramienta para analizar los deberes exigibles, y (b) que el hecho de que la teoría de la elección resulte así limitada no es suficiente fundamento como para adoptar la teoría rival, dado que ésta no asigna ninguna función característica al concepto de derechos — los torna redundantes — en la medida en que sus análisis de los derechos son enteramente traducibles, sin pérdida de significado, al lenguaje general de los deberes (HART, 1982: 188-190).

Dicho esto, HART concede que esta réplica de la redundancia:

ya no es pertinente cuando lo que se encuentra en discusión no son los derechos del derecho común, sino los derechos fundamentales que, podría decirse, se esgrimen frente a la legislatura, limitando sus potestades para hacer (y deshacer) el derecho común (HART, 1982: 190).

Sin embargo, esta concesión no tiene la intención de ofrecer ningún consuelo a la teoría del interés de BENTHAM, dado que HART sostiene que ella también resulta:

insuficiente para suministrar un análisis de los derechos constitucionalmente garantizados. Ellos requieren para su análisis la noción de inmunidad. BENTHAM, a diferencia de HOWFELD, no aisló esta noción al distinguir diferentes clases de significados de derechos subjetivos, y de hecho su atención nunca se dirigió seriamente al análisis de los derechos subjetivos fundamentales (HART, 1982: 190).

HART cree que esas inmunidades constitucionales escapan de la red de la teoría de la elección simplemente porque no son renunciables por los ciudadanos. Pero, desde su punto de vista, también escapan de la red de BENTHAM:

porque, aunque a diferencia de AUSTIN, BENTHAM no consideraba que hubiese objeciones lógicas o conceptuales a la noción de limitaciones jurídicas de una legislatura soberana, contemplaba con extrema desconfianza a cualquier diseño jurídico que pudiera impedir que la legislatura dicte cualquier medida que pudiera ocasionalmente ser requerida por los dictados de la utilidad general; y la desconfianza se tornó en desprecio frente a la sugerencia de que tales diseños debían emplearse para dar forma jurídica a las doctrinas de los derechos individuales naturales o fundamentales (HART, 1982: 190).

A juicio de HART, es mejor concebir estas inmunidades constitucionales, no suministrando a las personas las elecciones protegidas de la teoría de la elección ni tampoco los beneficios protegidos de la teoría del interés, sino

más bien lo que HART, distinguiéndolas de las dos anteriores, identifica como *necesidades* individuales básicas o fundamentales (HART, 1982: 190).

Ahora bien, la pregunta que quiero plantear aquí es si la teoría de la elección de HART está necesariamente obligada a efectuar las concesiones que HART efectivamente hace respecto de la capacidad analítica de dicha teoría frente a las disposiciones jurídicas que establecen deberes del derecho penal e inmunidades constitucionales. No estoy cuestionando la capacidad correlativa de la teoría del interés para lidiar con esas disposiciones: no tengo dudas de que, no obstante el argumento de HART sobre lo que BENTHAM dice de tales inmunidades, la teoría del interés es perfectamente capaz de dar cuenta de ellas como derechos, así como, por supuesto, de aquellas que se encuentran en las disposiciones del derecho penal<sup>9</sup>.

¿Por qué supone HART que los deberes del derecho penal no implican derechos como pretensiones correlativos? Hemos visto que el fundamento de esa suposición es la ausencia en manos de las víctimas potenciales de los delitos de potestades para redimir esos deberes. Usted y yo no podemos ordinariamente consentir ser agredidos o, al menos, nuestro consentimiento —ya sea *ex ante* o *ex post*— no liberará a nuestro agresor de su deber de abstención ni lo eximirá de la persecución judicial por su violación. Pero ¿por qué suponer que lo decisivo aquí es *nuestra* carencia de potestad para redimir?

Considero que la única base para esa suposición es la idea de que somos *nosotros* los beneficiarios directos del cumplimiento de ese deber por parte de los otros. En otras palabras, la reticencia de HART para buscar derechos correlativos a los deberes del derecho penal está de por sí implícita en el criterio *¿cui bono?* de la teoría del interés, una teoría que HART rechaza explícitamente. De manera que, en cambio, y en lugar de conceder que tales deberes constituyen una limitación de la capacidad analítica de la teoría de la elección, lo que debería haber considerado es si el derecho otorga potestades a alguien más —normalmente, un funcionario jurídico— para redimir esos deberes. Y aquí, hasta donde llega mi conocimiento, la respuesta es invariablemente «Sí». James Bond tiene, como es bien conocido, licencia para matar, y presumiblemente también para agredir.

Ahora bien, es sin duda correcto que el funcionario autorizado en cuestión difícilmente será un policía ordinario o un fiscal novato, quienes normalmente tendrían la obligación jurídica de hacer cumplir esos deberes y, por ende, serían incapaces de redimirlos. Pero esa obligación se la imponen

<sup>9</sup> Un componente importante de esa explicación será sin duda alguna forma de utilitarismo de reglas.

sus superiores y puede ser revocada, ya sea por ellos o, si ellos también reciben órdenes, a su vez por sus superiores. No hay duda de que esas órdenes para redimir se utilizan esporádicamente, por obvias razones de índole moral y política. Pero ese hecho no avanza siquiera un paso para justificar el rechazo de que, en algún punto de la jerarquía de las autoridades jurídicas, hay personas que tienen la potestad de elegir si esas órdenes deben ser impuestas o, alternativamente, canceladas y, por ende, quiénes parecen ser los principales candidatos para el papel de titulares de derechos de acuerdo con la teoría de la elección en el derecho penal (cfr. STEINER, 1994: 64-73 y STEINER, 1998: 248-255). Bajo esta intelección, el papel de los ciudadanos comunes en relación con los deberes del derecho penal puede describirse de manera perfectamente adecuada como el de *terceros beneficiarios*, un papel que, como lo advertí previamente, HART consideraba que la teoría del interés era incapaz de analizar correctamente en lo que respecta a las cláusulas de ciertos contratos jurídicos.

Pienso que esta misma línea de razonamiento puede además extenderse respecto de lo que hemos visto que HART reconocía como la otra limitación de la capacidad de la teoría de la elección para analizar disposiciones jurídicas, a saber: las inmunidades constitucionales contra las disposiciones promulgadas por las legislaturas. Pues también aquí se sugiere que es la incompetencia del *ciudadano ordinario* —en este caso, para renunciar a esas inmunidades— lo que resulta suficiente para derivar su impermeabilidad a ser caracterizadas por la teoría de la elección. Nuevamente, sin embargo, parecería que, al concentrarse en la cuestión de si tales potestades para renunciar se encuentran en cabeza de los ciudadanos comunes, HART podría estar sucumbiendo nuevamente a los encantos subliminales de alguna versión del criterio *¿cui bono?*, en la medida en que contempla a esas inmunidades —correctamente— como concebidas para proteger las disposiciones que tutelan a las necesidades individuales básicas o fundamentales de las violaciones que, de otra forma, los legisladores podrían infligirles.

Sugeriría nuevamente, sin embargo, que la incompetencia de los ciudadanos ordinarios para renunciar a esas inmunidades no implica que ellas sean irrenunciables. HART está mirando al lugar equivocado —a las personas equivocadas— al buscar, sin encontrar, potestades de renuncia respecto de las inmunidades contra las disposiciones promulgadas por los legisladores. Porque si los ciudadanos carecen de tales potestades, la lógica hohfeldiana nos dice que ellos son, por tanto, incompetentes y que alguien más esta por consiguiente investido de la inmunidad correlativamente derivada de esa incompetencia. Y no se necesita una cadena de razonamiento demasiado larga para alcanzar la conclusión de que alguien más será quien esté jurídicamente investido de la potestad para determinar el significado de tales cláusulas constitucionales. Ese alguien más será quien esté investido de la potestad

para elegir si las disposiciones de los legisladores han de ser preservadas como válidas o anuladas. Por consiguiente, ese alguien más cumplirá el papel de titular de derechos de acuerdo con la teoría de la elección, y los ciudadanos ordinarios ocuparán nuevamente la posición de terceros beneficiarios, si bien en este caso lo serán respecto de las inmunidades constitucionales.

Respecto de esta defensa y esta extensión no buscadas de la teoría de la elección, puedo imaginar —creo que todos podríamos imaginar— que HART respondería que eso está muy bien como extensión de la lógica hohfeldiana<sup>10</sup>, pero que no refleja correctamente un buen número de características importantes del uso jurídico ordinario y profesional. Sencillamente no hablamos de derechos subjetivos a no ser asesinados, y de inmunidades jurídicas frente a leyes que limitan nuestra libertad de culto, como si fueran derechos que poseen los funcionarios jurídicos, ni siquiera los jueces constitucionales.

Esto es, sin duda, verdad. Pero también es verdad que gran parte del trabajo analítico sobre los derechos realizado por HOHFELD y anteriormente por BENTHAM, y de hecho por el propio HART, estaba motivado por una percepción compartida de que tanto el uso ordinario como también el de los abogados estaban seriamente acosados por numerosas imprecisiones e inconsistencias en la comprensión de ese concepto —deficiencias que con demasiada frecuencia conducían a inferencias inválidas respecto de casos particulares—. Sus respectivos intentos de conferir una coherencia unificadora a los diferentes sentidos en que puede usarse ese concepto —para obtener un cosmos a partir de un caos— difícilmente podría esperarse que capte todos y cada uno de los aspectos del uso prevaleciente, y con frecuencia ellos explícitamente advirtieron esas divergencias.

En cualquier caso, el objeto de esta larga digresión abordando aspectos de la teoría de la elección ha sido, como se recordará, con el fin de considerar si el ulterior desarrollo que de ella hiciera HART luego de la publicación de su ensayo sobre los derechos naturales podría de algún modo explicar su desencanto con ese trabajo. Más específicamente, y dado que la teoría de la elección —si bien en una forma más rudimentaria— suministró claramente los cimientos para su principal argumento en él, hemos estado examinando si las limitaciones que HART atribuía a la capacidad explicativa de la teoría podría de algún modo haber promovido su creencia final de que su principal argumento estaba equivocado. Respecto de esta conjetura, supongo que el veredicto adecuado debería ser «no probada». Pues, como he tratado de mostrar, sean cuales sean los defectos que pudiera tener la teoría de la elec-

---

<sup>10</sup> Aunque no solo de una lógica hohfeldiana. Para anticipos de este argumento general, véanse HOLLAND, 1906: 125-127; GRAY, 1921: 19-20 y 79-83, y WILLIAMS, 1957: 264-265.

ción, el propio HART está equivocado al creer que se encuentra acosada por esas limitaciones. Ella *puede* servir perfectamente como una teoría general de los derechos, y la creencia contraria de HART bien podría reflejar, *inter alia*, cierta influencia benthamita, en la medida en que parece descansar implícitamente en la aplicación del criterio *¿cui bono?*

Por consiguiente, simplemente concluiré aquí con el enigma con el que comencé. Ninguna de las dos conjeturas que he explorado para explicar el desencanto de HART con su ensayo de 1955 parece ser concluyente. Por consiguiente, espero ansiosamente nuevas sugerencias que expliquen este misterio<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> El trabajo en este artículo fue realizado con el apoyo de la Leverhulme Trust Major Research Fellowship. Me he beneficiado también de los comentarios de John Finnis, Matthew Kramer, William Lucy, Neil MacCormick, Onora O'Neill y Jeremy Waldron.



## CAPÍTULO XIV

# EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS

Leif WENAR

La referencia de MAINE a que BENTHAM no descubre o revela el significado de la expresión «un derecho», sino que le *confiere* un significado claro, es acertada y plantea una cuestión metodológica de cierta importancia (HART, 1982: 162-163).

La fidelidad a la forma de los conceptos comunes es en sí misma un acto de relevancia normativa (RAZ, 1986: 64).

### 1. INTRODUCCIÓN

En ciertos aspectos, la investigación sobre la naturaleza de los derechos se parece a la investigación en las ciencias físicas. Una investigación sobre la naturaleza de un derecho en particular, como el derecho al silencio o el derecho a dictar una sentencia penal, busca describir ese derecho en términos de su estructura lógica y sus funciones normativas. Esto es análogo a una investigación sobre un compuesto químico en particular, que intenta describir ese compuesto en términos de su estructura física y sus propiedades causales ordinarias.

En la filosofía de la ciencia es una cuestión controvertida si las generalizaciones de los científicos deben ser interpretadas como causales o nómicas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Compárese con HEMPEL, 1965; SALMON, 1984 y KITCHER, 1989.

No obstante, todos los contendientes en esta disputa están de acuerdo en que una teoría científica será más potente que otra si explica más fenómenos, y si explica los mismos fenómenos usando menos conceptos y relaciones básicas. El carácter *comprendivo* y la *simplicidad* son dos dimensiones primordiales de acuerdo con las cuales deben medirse las explicaciones científicas. También existe un amplio consenso sobre qué teorías científicas tienen más poder explicativo, al menos respecto de comparaciones interparadigmáticas. Para ofrecer un ejemplo evidente, existe un acuerdo casi universal acerca de que el marco explicativo de la química moderna es superior al marco basado en los elementos tierra, aire, fuego, agua y éter del Medioevo al que reemplazó. Aunque la moderna tabla periódica de elementos no es tan simple como el diagrama de elementos medieval, el carácter comprensivo de la teoría moderna la hace globalmente más poderosa.

Una teoría de la naturaleza de los derechos también perseguirá mayor poder explicativo, y los dos parámetros principales para medirlo serán nuevamente el carácter comprensivo y la simplicidad. Manteniendo lo demás constante, una teoría de los derechos será más potente cuando logre explicar más derechos, y cuando utilice menos conceptos y relaciones básicas. Al igual que respecto de las teorías científicas, nadie cree que exista una receta exacta para comparar el carácter comprensivo con la simplicidad. Pero no hay razones para pensar que habrá mayor disenso respecto de casos particulares que en la comparación entre teorías científicas.

Los «fenómenos» que, en última instancia, una teoría de los derechos busca explicar son *qué derechos hay* y *qué derechos podría haber*. Sin embargo, lo que se encuentra comprendido en la extensión de ese concepto resulta más controvertido que lo que se encuentra comprendido en la extensión de conceptos análogos en muchas ciencias físicas (por ejemplo, «qué compuestos químicos hay y podría haber»). Esto se debe a que la cuestión acerca de qué derechos morales hay y podría haber depende de qué teoría moral sea correcta, y qué derechos jurídicos hay y podría haber depende de qué teoría del derecho sea correcta. Qué teoría moral sea correcta y qué teoría jurídica sea correcta son cuestiones algo controvertibles.

De manera que el teórico de la naturaleza de los derechos no puede simplemente establecer una lista de los fenómenos a explicar —los derechos que hay y los que podría haber— sin efectuar suposiciones fuertemente polémicas fuera de su ámbito de investigación. De hecho aquí hay un doble problema, dado que resultará controvertible no sólo qué teoría moral o jurídica es correcta, sino también qué derechos se siguen de cualquiera de esas teorías dado un cierto conjunto de circunstancias.

En respuesta a estas dificultades los teóricos de los derechos han adoptado un enfoque indirecto respecto de su objeto de estudio. Han

evaluado el poder explicativo de sus teorías, no respecto de qué derechos hay y podría haber, sino respecto de qué derechos *dice la gente que hay y podría haber*. Los teóricos de los derechos han adoptado, por lo general, una comprensión corriente de los derechos para determinar los fenómenos a explicar. Por ejemplo, un teórico de los derechos rechazará cualquier teoría que adscriba derechos a las plantas de tomate o a las colonias de hormigas, porque una teoría semejante sería incompatible con la comprensión ordinaria que se tiene de los derechos. La misma razón se ofrecería para rechazar cualquier teoría que niegue que es coherente adscribir derechos a las mujeres. Este enfoque indirecto resulta atractivo porque lo que personas informadas y reflexivas creen sobre los derechos es mucho menos discutible que qué derechos hay en realidad. Las personas reflexivas que no son teóricos tienen ciertas conocidas diferencias respecto de qué derechos hay y podría haber, pero los teóricos morales y jurídicos comparten todas esas diferencias y tienen además muchos otros desacuerdos.

Por consiguiente, los «datos» de la comprensión ordinaria son significativamente menos polémicos que los «datos» sobre qué derechos hay realmente, y el centrarse en la comprensión ordinaria permite que los debates sobre la naturaleza de los derechos se refieran a un conjunto común de hechos a ser explicados. En cambio, si algún teórico alegara que su teoría de la naturaleza de los derechos es superior porque se ajusta a su teoría sustantiva de los derechos preferida, inmediatamente se lo desafiaría a que mostrara que su teoría sustantiva preferida es correcta. Un debate en el terreno de la «conformidad con una teoría moral o jurídica preferida» rápidamente devendrá en un sucedáneo de un debate acerca de qué teoría moral o jurídica es mejor.

Por tanto, en su mayoría los teóricos han intentado suministrar un análisis conceptual del concepto de derecho tal como éste es entendido ordinariamente. En el lenguaje de la cita de HART que encabeza este artículo, los teóricos han estado más preocupados por «descubrir o revelar el significado de la expresión «un derecho»», y menos preocupados por «conferirle» al concepto un significado. No obstante, como veremos en la sección final de este artículo, los teóricos de los derechos también han permitido subrepticamente que el deseo de reafirmar teorías sustantivas los empuje hacia definiciones revisionistas del concepto. De hecho los teóricos de los derechos han sucumbido subrepticamente a este deseo de un modo que ha contribuido a que el debate sobre la naturaleza de los derechos haya sido hasta ahora definitivamente inextricable.

## 2. LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD Y LA TEORÍA DEL INTERÉS

De entre las dos características de los derechos que una teoría acerca de su naturaleza ha de explicar, esto es, la estructura lógica y la función normativa, hay mucho más consenso sobre la primera que sobre la segunda. El marco hohfeldiano es, por lejos, el análisis más ampliamente aceptado de la estructura lógica de los derechos, y es usado por la mayoría de los teóricos de los derechos contemporáneos. En lo que respecta a las funciones de los derechos, no obstante, existe un desacuerdo de larga data. Los partidarios de la teoría de la voluntad y de la teoría del interés han luchado por décadas — si no siglos — sobre qué teoría suministra la explicación más potente de lo que significan los derechos para sus titulares<sup>2</sup>. Este debate sobre las funciones de los derechos es lo que constituye aquí nuestro principal objetivo.

La cuestión de la función de los derechos tiene que ver con lo que significan los derechos para quienes los tienen. La teoría de la voluntad de los derechos sostiene que la función de todos los derechos es darle al titular elecciones. De acuerdo con la teoría de la voluntad de HART, por ejemplo, la función del derecho jurídico del dueño de una propiedad es otorgarle la potestad, reconocida jurídicamente, de dispensar o no dispensar los deberes que poseen otros de no ingresar en ella. HART describe la idea central de la teoría de la voluntad en el contexto de los derechos jurídicos como «quien tiene un derecho tiene una elección reconocida jurídicamente» (HART, 1982: 171, 183-185, 188-189)<sup>3</sup>.

El enfoque del teórico de la voluntad respecto de la función de los derechos limita lo que se reconoce como un derecho: donde no hay una elección normativamente reconocida, no puede haber un derecho. El enfoque del teórico de la voluntad también restringe la clase de potenciales titulares de derechos. Solo aquellos seres que tienen cierta capacidad — la capacidad de ejercer una elección que controle sus propias acciones y los deberes de los otros — son potenciales titulares de derechos para la teoría de la voluntad.

En cambio, la teoría del interés sostiene que la función de todos los derechos es promover los intereses de sus titulares. El análisis más prominente de la teoría del interés pertenece a RAZ: «X tiene un derecho» si y solo si X puede tener derechos y, permaneciendo lo demás constante, un aspecto

---

<sup>2</sup> Algo de esta historia puede consultarse en TUCK, 1997; BRETT, 1997. Véanse también las reflexiones de SIMMONDS sobre la historia de la teoría jurídica acerca de los derechos (KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998: 113-232).

<sup>3</sup> Además de HART, entre los defensores más influyentes del enfoque de los derechos basado en elecciones se encuentran SAVIGNY, KELSEN, WELLMAN y STEINER.

del bienestar de *X* (su interés) es una razón suficiente para sostener que alguna(s) otra(s) persona(s) tiene(n) un deber» (RAZ, 1986: 166). Aquí los derechos no ofrecen elecciones: son más bien pretensiones sobre las acciones de otros que están justificadas por los intereses de sus titulares.

Los partidarios de cada teoría están profundamente atrincherados en sus posiciones. A veces el debate parece uno de aquellos en el que —como el debate sobre el problema de NEWCOMB— cada grupo apenas puede imaginar que el otro tiene una postura razonable<sup>4</sup>. Así, al exponer la teoría de la voluntad, HART afirma que «es difícil concebir a los derechos sino como aptos para ser *ejercidos*» (HART, 1982: 184), mientras que por contraste WILLIAMS insiste que «nadie tiene un derecho a hacer algo: solo se tiene un derecho a que alguien más haga (o se abstenga de hacer) algo. En otras palabras, cada derecho en sentido estricto se relaciona con la conducta de otro» (WILLIAMS, 1956: 1145).

Estas posiciones se encuentran atrincheradas pese al hecho ampliamente reconocido de que cada una de las dos teorías es demasiado estrecha cuando se la contrasta con la comprensión ordinaria que se tiene de los derechos. Cada teoría explica un espectro insuficientemente abarcativo de derechos, y deja un amplio campo de derechos comúnmente aceptados sin explicar. Las razones por las cuales cada teoría resulta demasiado restringida son, a estas alturas, bien conocidas. De hecho, el debate entre las dos teorías ha generado una explicación estándar de las deficiencias de cada enfoque. Aquí simplemente resumiré esa explicación estándar de tales deficiencias para sentar las bases para una discusión de las estrategias que los dos grupos de teóricos han adoptado para responder al problema del carácter restrictivo de sus teorías<sup>5</sup>.

El carácter restrictivo de la teoría de la voluntad es manifiesto, en primer lugar, respecto de los tipos de acciones que ella puede reconocer como violaciones de derechos. Muchos derechos jurídicos importantes se corresponden con las elecciones jurídicamente reconocidas de HART. Pero muchos otros no. Por ejemplo, usted no tiene discrecionalidad jurídica para modificar su pretensión a no ser esclavizado o a no ser torturado hasta morir. La teoría de la voluntad, por ende, no reconoce que usted tiene un derecho jurídico a no ser esclavizado o a no ser torturado hasta la muerte. Sin embargo, muchos considerarían que estas pretensiones irrenunciables son derechos, es más: se

---

<sup>4</sup> «He presentado este problema a un gran número de personas ... Para casi todo el mundo está perfectamente claro y es obvio lo que se debe hacer. La dificultad consiste en que esas personas parecen dividirse en partes casi iguales respecto de cuál es la solución del problema, con un gran porcentaje que cree que la otra mitad simplemente es idiota» (NOZICK, 1969: 117).

<sup>5</sup> Este resumen deriva de WENAR, 2005.

encontrarían entre los derechos más importantes que un sujeto posee<sup>6</sup>. De hecho, la teoría de la voluntad no reconoce que el derecho penal confiera ningún derecho a los ciudadanos, dado que la potestad para ejecutar tales derechos no es de los ciudadanos sino de los funcionarios estatales (KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998: 230; WELLMAN, 1985: 85). Sin embargo, para la mayoría de los ciudadanos resultaría sorprendente escuchar que el derecho penal no les confiere el derecho a no ser asesinados o violados.

Las limitaciones de la teoría de la voluntad resultan también evidentes debido a su incapacidad para dar cuenta de los derechos de cierto tipo de titulares: por ejemplo, de los derechos de los adultos incapaces (como una persona en coma) y de los niños (MACCORMICK, 1982: 154-166). La teoría de la voluntad puede reconocer derechos solo a quienes tienen capacidad para hacer elecciones, algo que ni los adultos incapaces ni los niños pueden hacer. En consecuencia, desde esta perspectiva los adultos incapaces y los niños no pueden ser titulares de derechos. Pocos legos sensatos insistirían en que existe una imposibilidad conceptual para que, por ejemplo, una persona en coma tenga derecho a no ser mutilado.

Como la teoría del interés gira en torno a intereses y no a elecciones, puede reconocer derechos irrenunciables a no ser esclavizado o torturado. La teoría del interés también puede aceptar que los niños y los adultos incapaces sean titulares de derechos, dado que los niños y los adultos incapaces tienen intereses que los derechos pueden proteger.

Sin embargo, la teoría del interés también resulta inadecuada para dar cuenta de la comprensión ordinaria de los derechos. Manteniéndonos con la versión de RAZ de la teoría del interés, hay muchos derechos para los cuales los intereses del supuesto titular no son suficientes para sostener que otra(s) persona(s) esté(n) sujeta(s) a un deber. Por ejemplo, el propio RAZ admite que el interés de un periodista en proteger sus fuentes no es de por sí razón suficiente para sostener que otros tienen un deber correlativo (RAZ, 1986: 179, 247-248). El derecho del periodista a proteger sus fuentes se funda más bien en los intereses del público en general en que existan medios activos e independientes. Pero como observa KAMM, «Si la satisfacción de los intereses de otros es la razón por la cual el periodista goza de un derecho a que su interés sea protegido, su interés *no es suficiente* para dar lugar al deber de no interferir con sus expresiones» (KAMM, 2002: 485). Tampoco esta dificultad concierne únicamente a los derechos de titulares de cargos como los perio-

---

<sup>6</sup> Pese a que no es capaz de reconocer la pretensión de una persona a no ser torturada como un derecho, la teoría de la voluntad sí reconoce muchas pretensiones insignificantes (como su pretensión renunciante a no recibir palmaditas en la cabeza) como derechos (MACCORMICK, 1977:197).

distas, dado que RAZ admite que derechos con mucho peso, como los de libertad de expresión y de libre contratación, no se justifican únicamente en los intereses de los ciudadanos que los poseen (RAZ, 1996a: 30-43, 131).

### 3. TRES ESTRATEGIAS PARA ADECUAR LA TEORÍA CON LOS DATOS

Tanto la teoría de la voluntad como la del interés son, en sus formas corrientes, demasiado restrictivas. Cada una de ellas da cuenta de ciertos derechos, pero no de todos los que cualquier comprensión ordinaria de los derechos aceptaría.

Los teóricos de la voluntad y del interés han batallado con este desajuste entre el alcance de sus teorías y la gama de fenómenos por un largo tiempo. Han adoptado tres estrategias para responder al problema de su carácter restrictivo. La primera estrategia consiste en sostener que sus teorías solo pretenden describir un rango más limitado de fenómenos de lo que originalmente se supone. La segunda estrategia consiste en intentar expandir el espectro de sus teorías para explicar más fenómenos. La tercera estrategia consiste en reemplazar el conjunto de fenómenos a explicar por un conjunto diferente. Las tres estrategias podrían resumirse como limitar los datos, ampliar la teoría y reemplazar el conjunto de datos.

A continuación examinamos algunos ejemplos de cada uno de estos tres tipos de estrategias adoptadas por las teorías de la voluntad y del interés como respuesta al problema de su carácter restrictivo. Si bien las tres estrategias son respuestas perfectamente razonables al problema, los resultados de seguir cada una de ellas han sido insatisfactorios. La razón de ese repetido fracaso, como podrá apreciarse, no es contingente. Como veremos en la discusión que sigue, ambas teorías comparten una premisa que les impide generar una comprensión adecuada de los derechos, más allá de cómo se las reformule.

#### 3.1. Limitando el rango de fenómenos a explicar

La primera respuesta de los teóricos de los derechos al problema del carácter restrictivo de sus teorías ha sido recortar el ámbito de los derechos a explicar para que se adecue al ámbito de la teoría. Así HART, al enfrentarse a los contraejemplos a la teoría de la voluntad relativos a las inmunidades constitucionales, confiesa que su teoría es satisfactoria «solo en el nivel del abogado que se ocupa del funcionamiento del derecho “común”», y no es

adecuada para dar cuenta de los derechos individuales en el nivel constitucional. HART dice que su teoría está incluso menos equipada para explicar los derechos tal como los entienden los críticos individualistas del derecho y los teóricos sociales (HART, 1982: 185-186, 192-193).

HART trata de transformar esta limitación en una virtud afirmando que su teoría de la voluntad solo pretende explicar los derechos de acuerdo con el derecho «común». Sin embargo, aunque le reconociéramos a HART que su teoría da cuenta de ese ámbito limitado, esta primera estrategia hace una concesión mayúscula. Al igual que con las teorías científicas, una explicación más comprensiva del objeto de estudio es siempre preferible a una menos comprensiva. Esto resulta particularmente claro en materia de derechos. Una teoría que solo es adecuada para los derechos de un sector del ordenamiento jurídico satisfará como mucho a ciertos especialistas, pero no suministrará un análisis que sea útil para comprender a los derechos como un concepto central de la moral, la política y del derecho visto desde una perspectiva más amplia.

Los teóricos del interés enfrentan la dificultad análoga de que los derechos de las personas con frecuencia exceden a sus intereses. Para poner un tipo de ejemplo, por ignorancia o descuido la gente con frecuencia traba relaciones contractuales que los invisten con derechos a recibir bienes o servicios que no tienen interés en recibir. Imagínese, por ejemplo, un fanático novato de los automóviles que encuentra en un diario lo que le parece un buen negocio respecto de un motor de segunda mano, y paga para que se lo envíen a su casa la semana siguiente. Sucede que el fanático se ha equivocado al comprar ese motor: no se ha dado cuenta todavía de que no sirve para su automóvil (o, de hecho, para ninguno existente). El fanático no tiene ningún interés en tener este motor inútil y difícil de desechar colgado en su garaje. Tal como descubrirá cuando regrese a su casa desde el trabajo y trate de instalar el motor, la entrega lo ha puesto en una posición significativamente peor. No obstante, mientras el camión se dirige a su casa con el voluminoso motor en la parte de atrás, no hay dudas de que sus conductores están cumpliendo con el derecho como pretensión del fanático. El ejemplo muestra que el bienestar de una persona no se eleva simplemente en virtud de que se cumplan las promesas que se le hicieron. Quien ha recibido una promesa puede estar mejor en todo aspecto si el acuerdo que celebró tontamente no se consuma, de modo que su derecho permanece insatisfecho.

En respuesta a los contraejemplos en los que los derechos exceden a los intereses, varios teóricos del interés han enmarcado sus teorías en torno a generalizaciones débiles, que solo intentan explicar algunos pero no todos los derechos. MACCORMICK, por ejemplo, expresa su tesis central en términos de «circunstancias normales»: «Adscribir a todos los miembros de una



clase *C* un derecho a recibir un trato *T* es presuponer que *T*, en todas las circunstancias normales, es un bien para todos los miembros de *C*» (MACCOR-MICK, 1982: 160, énfasis añadido). En forma similar, KRAMER presenta su teoría en términos de lo que «generalmente es beneficioso para cualquier ser humano o colectividad o criatura no humana típicos» (KRAMER y STEINER, 2007: 290, la cursiva es mía). Las calificaciones «circunstancias normales», «generalmente» y «típicos» limitan el dominio de derechos que estas teorías intentan explicar a uno en el que ciertos derechos (específicamente, los contraejemplos) han sido eliminados<sup>7</sup>.

Las generalizaciones débiles son insatisfactorias porque carecen de carácter comprensivo. Un lingüista que estudia castellano no se conformará con la regla *en todas las circunstancias normales, la «i» viene después que la «e»*. Un toxicólogo tampoco estará satisfecho con la tesis de que *los hongos son generalmente inofensivos al ingerirlos*. Resultaría inverosímil que la mejor teoría de los derechos adoptase la forma: «todos los derechos tienen la característica *F* (excepto los que carecen de la característica *F*)»<sup>8</sup>. Una generalización débil puede ser mejor que otra que es todavía más débil, o no ser mejor que ninguna en absoluto. Sin embargo, una teoría basada en una generalización débil siempre será descartada una vez que se encuentre una teoría con mayor alcance explicativo.

### 3.2. Expandiendo el alcance de la teoría

La segunda estrategia de los teóricos de los derechos para superar el problema del carácter restrictivo de sus teorías ha sido intentar modificarlas de modo de captar más derechos. Tanto los teóricos de la voluntad como los del interés han seguido este camino.

Por ejemplo, STEINER, en respuesta a la acusación de que la teoría de la voluntad no puede reconocer los derechos de los que «carecen de potestades», ha encontrado nuevos derechos dentro del alcance de la teoría (KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998: 258-262). La teoría de la voluntad de STEINER no puede reconocer los derechos de los niños, los adultos en coma y los animales porque estos seres carecen de la potestad de dispensar o hacer cumplir los deberes de otros. La teoría de la voluntad tampoco puede reconocer los derechos de las víctimas en un proceso penal, porque ellas

<sup>7</sup> Véase también RAZ, 1986: 173-176.

<sup>8</sup> Por supuesto, es posible tratar de recapturar una aplicación universal especificando cierta propiedad especialmente arreglada para dicho propósito, por ejemplo «todos los derechos comparten la propiedad de pertenecer a un conjunto cuyos miembros generalmente poseen la característica *F*». Pero el punto débil de la generalización subsistirá de todos modos.

no tienen la potestad de dispensar a otros de sus deberes de no agredirlos, matarlos, etc. Sin embargo, STEINER sostiene que su teoría de la voluntad *puede* reconocer derechos que protegen a estos seres sin potestades, en la medida en que se considere que esos derechos residen en seres diferentes de aquellos que tradicionalmente han sido considerados sus titulares.

En la interpretación de STEINER de la teoría de la voluntad, el titular de los derechos en estos casos no serían los ciudadanos, los niños o los animales que se encuentran protegidos mediante ciertos deberes. Más bien, los titulares serían los «poseedores de potestades» que tienen la autoridad de dispensar o hacer cumplir esos deberes. De modo que, por ejemplo, STEINER dice que el derecho a que un ciudadano no sea agredido no está en cabeza de ese ciudadano, sino en la del magistrado que puede decidir si acusa al agresor de ese ciudadano. El derecho a que el ciudadano no sea agredido es un derecho del magistrado. De manera similar, el derecho a que un niño en particular no sea abusado no se encuentra en cabeza de ese niño sino en la del juez que decidirá si debe sancionar a una persona por el abuso del menor. Es el juez, y no el niño, quien tiene el derecho a que el niño no sea abusado.

En respuesta al sentimiento antinatural que provoca esta localización de la titularidad de los derechos en el caso de los niños, las personas en coma y los animales, STEINER expresa:

¿Qué mínima diferencia práctica o analítica puede introducir si se construyen los derechos correlativos a los deberes de protección como si sus titulares fueran *los poseedores de potestades* en lugar de serlo esas criaturas incapaces de ser investidas de potestades? Hasta dónde puedo ver, ninguna. Y si tales poseedores de potestades son en realidad los titulares de esos derechos, entonces, como vimos en la discusión previa del derecho penal, los derechos que tendrían no serían otra cosa que derechos de la teoría de la voluntad (KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998: 261).

La dificultad que enfrenta aquí STEINER es que está a la vez recurriendo a la comprensión ordinaria de los derechos para respaldar su interpretación de la teoría de la voluntad, y también afirmando que no introduce ninguna diferencia relevante el hecho de que esa interpretación siga estando en conflicto con la comprensión ordinaria. La teoría de la voluntad de STEINER reconoce un mayor número de derechos que otras versiones de la teoría de la voluntad, pues según su interpretación se puede decir que hay derechos que protegen a los ciudadanos, a los niños, etc. Esto ubica a la teoría de la voluntad de STEINER más cerca de la comprensión ordinaria de los derechos. Sin embargo, la teoría revisada de STEINER coloca a esos derechos adicionales en lugares completamente equivocados de acuerdo con cualquier intelección ordinaria de los derechos. Dentro de la teoría de STEINER, los ciudadanos

siguen sin tener derechos contra las agresiones criminales, los niños siguen sin tener derechos contra los abusos, etc. De manera que tenemos aquí más derechos, algo que es bienvenido desde una perspectiva ordinaria, pero se sostiene que esos derechos se localizan en los individuos equivocados, lo cual no lo es. STEINER puede legítimamente recomendar su interpretación de la teoría de la voluntad por el modo en que capta mejor la comprensión ordinaria de los derechos, pero entonces mal puede sostener que la forma en que su interpretación sigue, no obstante, en conflicto con la comprensión ordinaria no introduce ninguna diferencia relevante.

De manera similar, KRAMER considera la posibilidad de expandir su teoría del interés para incluir a los derechos que parecen quedar fuera de su alcance<sup>9</sup>. KRAMER sugiere que dentro de una versión de su teoría del interés con «mayor capacidad» (algo que discute pero no suscribe), las potestades y privilegios pertenecientes a diversos cargos se clasifican adecuadamente como derechos porque promueven usualmente ciertos intereses de quienes ocupan esos cargos. Esta sugerencia no es muy atractiva a primera vista. Por ejemplo, considérese que la potestad de un juez de sentenciar a los delincuentes se clasifica adecuadamente como un derecho. Sonaría extraño decir que este hecho se explica porque la posesión de esa potestad es generalmente beneficiosa para el juez. Lo mismo ocurre con el hecho de que la libertad de un policía para detener a un sospechoso se clasifique adecuadamente como un derecho: no se podría considerar que esto se explica porque la posesión de esa libertad es generalmente beneficiosa para el policía<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Tengo dudas en ocuparme de la teoría del interés de KRAMER, porque KRAMER no ha tenido todavía la oportunidad de presentar su teoría en evolución por completo. Esto resulta evidente en el último artículo publicado por dicho autor sobre su teoría del interés (KRAMER y STEINER, 2007). Por ejemplo, KRAMER hace modificaciones filosóficamente significativas a su teoría sin tener espacio para explicar enteramente por qué lo hace o cuáles serían las consecuencias que podrían derivarse de ello, como cuando afirma que una amplia clase de intereses (a los que califica como «vicarios») son irrelevantes para establecer qué derechos hay (KRAMER y STEINER, 2007: 302-304). En términos más generales, KRAMER todavía tiene que presentar un método utilizable para aplicar el criterio propio de su teoría para identificar a los titulares de los derechos como pretensión. El criterio de KRAMER establece que *X* tienen un derecho como pretensión si el perjuicio de *X* es suficiente para determinar la violación de un deber. Sin embargo, KRAMER no ha expresado todavía cómo se puede decir si el perjuicio de *X* es de hecho suficiente para determinar la violación de un deber (sin presuponer lo que quiere demostrar al apoyarse subrepticamente en sus propias creencias acerca de si *X* tiene un derecho como pretensión). Un tratamiento íntegro de la teoría del interés de KRAMER deberá aguardar hasta que éste haya tenido la oportunidad de presentar una formulación completa de su teoría revisada, que explique cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para adscribir un derecho y ofrezca un modo más sistemático de dar cuenta de cómo se puede decir si esas condiciones se han satisfecho.

<sup>10</sup> A diferencia de la teoría del interés de RAZ, en la versión expansiva de la teoría de KRAMER, los intereses del titular de derechos no son necesariamente lo que justifica el establecimiento de un derecho; ellos no necesariamente son lo que justifica la imposición de deberes o la creación de normas o de funciones. Esto puede verse en el criterio de KRAMER de atribución de derechos (en la interpretación expansiva de su enfoque): «Si una norma o decisión confiere una pretensión

Sin embargo esto es lo que sostiene la versión «expansiva» de la teoría del interés<sup>11</sup>. Dentro de esta teoría expansiva, si una norma (aquí un cargo) confiere una aptitud normativa (una potestad o privilegio hohfeldiano) a una persona, entonces el hecho de que esa aptitud normativa se clasifique adecuadamente como un derecho se explica por el hecho de que tener esa aptitud normalmente los colocará en mejor posición. Dentro de esta teoría, el que la potestad de un juez de sentenciar a los delincuentes se clasifique adecuadamente como un derecho se explica porque tener ese poder permite al juez «llevar adelante su responsabilidad judicial sin sobresaltos y con eficiencia». Dentro de esta teoría, el que la libertad de un policía de detener a un sospechoso se clasifique adecuadamente como un derecho se explica porque el tener esa libertad permite al policía «cumplir con su deber de detener [al sospechoso] sin quedar expuesto a penalidades por hacerlo» (KRAMER y STEINER, 2007: 290-291). La teoría sostiene que los jueces y los policías se encuentran en mejor posición por tener las aptitudes normativas de llevar adelante sus responsabilidades. De manera que estas aptitudes normativas amplitan los intereses de los titulares de tales cargos y son, por tanto, derechos.

Esas apelaciones a un cumplimiento de responsabilidades sin obstáculos ni sanciones no pueden ayudar a una teoría del interés para explicar por qué las potestades y privilegios de tales cargos son derechos. Porque esta línea de razonamiento simultáneamente se apoya en y malinterpreta las normas que estatuyen cargos. No es que exista un cargo que pueda describirse coherentemente como «juez que tiene la responsabilidad de dictar sentencia pero

---

hohfeldiana sobre  $Q$ , y si la posesión de esa pretensión fuese usualmente beneficiosa para alguien en la situación de  $Q$ , entonces  $Q$  es titular de un derecho en virtud de esa norma o decisión» (KRAMER y STEINER, 2007: 290). Aquí el interés (lo que «sería usualmente beneficioso para alguien en la situación de  $Q$ ») no tiene necesariamente relación justificatoria alguna con la norma. Más bien, el interés explica (en parte) el hecho de que  $Q$  tenga un derecho pues usualmente está presente cuando la norma que confiere la pretensión hohfeldiana relevante está presente, esto es, cuando satisface el segundo conjunto del antecedente si el primero también es satisfecho. Este es el sentido en el que, por ejemplo, el hecho de que la libertad de un policía para detener a un sospechoso se clasifique adecuadamente como un derecho se explica por el hecho de que la posesión de esa libertad es generalmente beneficiosa para el policía.

<sup>11</sup> KRAMER presenta la versión «expansiva» de su teoría del interés con cierto detalle y dice que podría valer la pena desarrollarla más, pero en última instancia no la acepta (KRAMER y STEINER, 2007: 290-295). Esta versión expansiva de la teoría del interés necesitaría de todas formas de mayor explicación. Por ejemplo, al desarrollar esta teoría KRAMER apela a una distinción entre efectos «intrínsecos» y «extrínsecos» de las normas jurídicas sin definir estos términos y sin decir cómo se pueden distinguir unos de otros (293). KRAMER también apela a los propósitos de las normas jurídicas para darle sentido a estos casos (293), cuando unas pocas páginas antes había dicho que los propósitos no tenían ninguna «relación determinante» y que eran «bastante poco relevantes» en su teoría (289, 290). Discuto aquí la versión expansiva de la teoría de KRAMER porque se trata de un intento serio por ampliar la teoría del interés con el objeto de abarcar los derechos adscriptos a cargos y posiciones. Sin ciertas modificaciones como ésta, parece haber poca esperanza de que la teoría del interés de KRAMER sea capaz de captar estos derechos.

no la potestad para hacerlo», y luego se determine por separado que la vida de alguien que cubra ese cargo sería mejor si obtuviese la potestad de dictar sentencia. La descripción original no tiene sentido: un cargo que asigna la responsabilidad de hacer  $\phi$  pero sin aptitud normativa para hacer  $\phi$  no es un cargo que encaje en ninguna práctica humana reconocible<sup>12</sup>. Lo mismo se aplica al caso del policía. No hay ningún trabajo inteligible que pueda describirse como «policía que tiene el deber de no detener sospechosos cuando tiene el deber de tener sospechosos». Ese trabajo solo podría concebirse en todo caso en los confines de la fantasía, y la especulación sobre los intereses de quien lo tuviera sería polémica. En realidad, frente a cargos como el de «juez» o «policía», las responsabilidades correspondientes van de la mano de las aptitudes normativas adecuadas para llevar a cabo esas responsabilidades. Los «derechos del cargo» no son añadidos opcionales que ayuden a una persona a hacer su trabajo: son más bien una parte esencial de cualquier descripción del trabajo<sup>13</sup>.

La versión expansiva de la teoría del interés de KRAMER no puede explicar el hecho de que las potestades y libertades de los titulares de cargos para hacer lo que tienen el deber de hacer sean derechos. Tampoco puede explicar el hecho de que sus libertades discrecionales sean derechos. Por ejemplo, un padre tiene la libertad de castigar o no castigar a su hijo. KRAMER intenta explicar por qué la primera libertad (la de castigar) es un derecho de la siguiente manera. Imagínese un mundo en el que un padre no tiene la libertad de castigar a su hijo (esto es, tiene el deber de no castigar), pero en

<sup>12</sup> KRAMER podría sostener en cambio que la responsabilidad de un juez no es *dictar sentencia* sino más bien *ocuparse de que se dicten sentencias*. Sin embargo, imaginar que alguien tiene la responsabilidad de ocuparse de que se dicten sentencias pero que no tiene la potestad propia de dictar sentencias no se ajustaría a las palabras de KRAMER: esa persona no tendría «responsabilidades judiciales» en este sentido. Esa persona sería más bien el titular de algún tipo de cargo administrativo. Las potestades de ese cargo administrativo (ocuparse de que se dicten sentencias) incluirían presumiblemente potestades para nombrar, o quizás simplemente para controlar a los jueces que tienen la potestad para dictar sentencias. El que sea de interés para alguien que ocupa un cargo administrativo semejante que éste se redefina para que el propio titular obtenga la potestad de dictar sentencias depende por completo de cómo se conciba que su cargo ha de ser actualmente definido (por ejemplo, cuántos jueces tiene la responsabilidad de supervisar; si se supone que ha de tener un conocimiento acabado de los procedimientos para el dictado de sentencias; qué supervisión ha de enfrentar él mismo en la ejecución de sus responsabilidades, etc.). En cualquier sistema bien diseñado de cargos no habrá ninguna razón para presumir que los funcionarios con responsabilidad de supervisión tengan ningún interés semejante en que sus cargos se redefinan. [Este razonamiento se aplica también a los casos del policía de tránsito y del capitán del ejército (KRAMER y STEINER, 2007: 290)].

<sup>13</sup> Debería advertirse aquí que esta discusión no tiene que ver con la cuestión de si, en primer lugar, es del interés de alguien ocupar un cargo en particular. Puede que ello sea beneficioso para un individuo, o que sea enteramente una carga. Puede que sea, o que no sea, en el interés de Jane (o de cualquiera) ser juez, pero en cualquiera de los dos casos Jane tendrá los derechos de un juez si es un juez. Debería también mencionarse que esta discusión no toma partido respecto de qué es lo que justifica la creación de cargos que se definen a partir de deberes y derechos específicos.

el cual retiene la libertad de no castigar a su hijo. En un mundo semejante, dice KRAMER, el padre estaría mejor si adquiriese la libertad de castigar a su hijo, porque entonces ya no estaría sujeto a sanciones toda vez que lo castigue (KRAMER y STEINER, 2007: 291-292)<sup>14</sup>.

En el mundo imaginario de KRAMER a los padres se les prohíbe castigar a sus hijos. En este mundo los padres tampoco tienen el deber de castigarlos. ¿Por qué en este mundo un padre estaría mejor si obtuviera la libertad de castigar a sus hijos? Estaría mejor si obtuviera la libertad de castigar a sus hijos solo si tiene alguna razón para castigarlos. Sin embargo, no hay aquí ninguna razón a la que KRAMER pueda recurrir.

KRAMER parece sugerir que en su mundo imaginario un padre tendría una razón *basada en su papel* como padre para castigar a su hijo, y entonces estaría mejor si tuviera la libertad para castigarlo. KRAMER sostiene que con esta libertad el padre «no tendría que preocuparse de ser penalizado por adoptar las medidas que estime necesarias para la ejecución efectiva de su papel como padre» (KRAMER y STEINER, 2007: 292). Pero en este mundo imaginario los padres tienen prohibido castigar a sus hijos, por lo que su papel es bastante diferente del que tienen en nuestro mundo. En este mundo imaginario, el papel de padre podría ser descrito, en el mejor de los casos, como «criar a los hijos bien, en la medida de lo posible, sin castigarlos». Castigar a un hijo no podría ser razonablemente considerado un paso necesario para la ejecución efectiva de *ese* papel. En el mundo imaginario, la disciplina no es parte de la descripción del trabajo de padre. De manera que KRAMER no tiene a su disposición una razón basada en el papel de padre para explicar el interés en adquirir la libertad de castigar.

KRAMER podría aventurar que un padre en su mundo imaginario tendría alguna razón *no basada en el papel* de padre para disciplinar a su hijo<sup>15</sup>. Sin embargo, esto depende por completo de cómo se imagine que es ese mundo. Por ejemplo, en este mundo imaginario en el que los padres no tienen el deber de disciplinar a sus hijos y en el que de hecho se les prohíbe hacerlo, la responsabilidad de disciplinar a los hijos podría bien ser (de hecho, probablemente sería) asignada a alguien más. Si sostuviéramos que

<sup>14</sup> KRAMER advierte que su razonamiento es similar en dos variantes de este ejemplo. Aquí la discusión tiene que ver con la variante en la que el padre tiene el privilegio hohfeldiano de no castigar a su hijo, y KRAMER examina por qué el privilegio de castigar del padre es un derecho. El análisis de la otra variante, en la que el padre tiene el deber de castigar a su hijo, es captado por el del ejemplo del policía expuesto antes.

<sup>15</sup> Como se mencionó en la nota 9, KRAMER no admite apelaciones a intereses «vicarios» en su teoría [esto es, intereses que «residen por completo en el fomento de los intereses de otro» (KRAMER y STEINER, 2007: 303)]. De manera que, cualquiera sea la razón que proponga aquí KRAMER para justificar el deber de disciplina, no puede consistir en que un padre tiene que disciplinar a su hijo por el propio bien del hijo.

los padres tienen un interés en castigar a sus hijos incluso cuando alguien más lo está haciendo efectivamente, parecería que estamos presentando a los padres como si fueran simplemente crueles. O, nuevamente, los padres en el mundo imaginario de KRAMER podrían estar contentos, teniendo esto en cuenta, de que se les prohíba jurídicamente castigar a sus hijos. Podrían pensar que adquirir la libertad de castigar les acarrearía un sinnúmero de quebraderos de cabeza (familiares en nuestro mundo) que tratarían inmediatamente de evitar<sup>16</sup>.

Un enfoque teórico del interés como este no puede ser el camino hacia la comprensión de los derechos que surgen de los cargos y posiciones. Los derechos de un cargo no pueden ser explicados en términos del interés del individuo que ocupa ese cargo, tal como se lo ha definido. Una teoría del interés necesita ser expandida para captar esos derechos, pero el marco teórico del interés no suministra los recursos para hacerlo.

### 3.3. Redefiniendo los fenómenos a explicar

La tercera estrategia de los teóricos de la voluntad y del interés ha sido afirmar que sus teorías están pensadas para dar cuenta únicamente de los «derechos» en algún sentido técnico de ese término y no en el sentido ordinario. Esta tercera estrategia se asemeja a la primera en que altera el ámbito en el que la teoría pretende aplicarse. Sin embargo, a diferencia de la primera, esta estrategia aprueba el ajuste entre la teoría y cierto concepto *artificialmente construido* al que se le otorga el nombre «derechos». Los teóricos del interés que siguen este camino estipulan que sus teorías no pretenden dar cuenta de los derechos como se los comprende ordinariamente, sino solo de los «derechos» definidos como derechos como pretensiones Hohfeldianos. Los teóricos del interés que adoptan esta táctica sostienen que su teoría solo pretende explicar a los derechos definidos como pretensiones Hohfeldianas, acompañados por potestades Hohfeldianas de renunciar a ellos o hacerlos cumplir.

---

<sup>16</sup> Este ejemplo se parece al caso de John (KRAMER y STEINER, 2007:292-293). KRAMER enfoca este caso invocando su generalización débil acerca de cuál es generalmente el interés de la gente, y luego afirmando que sería «extremadamente extraño» que la gente esté mejor enfrentando una prohibición jurídica que los desaliente de hacer algo riesgoso o dificultoso que de otra manera hubiesen hecho. Pero como lo demuestra el ejemplo del padre, KRAMER debe enfrentar este tipo de cuestiones todo el tiempo. Por otra parte, la reflexión sobre la legislación paternalista da mayores razones para dudar de la afirmación de KRAMER. La legislación paternalista es un intento por hacer que la gente esté mejor instituyendo una prohibición jurídica que los desaliente de hacer algo riesgoso o dificultoso que de otra forma hubiesen hecho. Para que KRAMER pueda demostrar que es extremadamente extraño que una prohibición jurídica promueva los intereses de aquellos a quienes limita necesitaría mostrar que es extremadamente extraño que la legislación paternalista alcance sus objetivos.

De este modo, cuando estos teóricos presentan sus «teorías de los derechos», el término «derechos» pretende hacer referencia a un *explanandum técnico* (como «pretensiones» o «pretensiones con potestades»). El término «derechos» ya no se refiere al *explanandum* ordinario, que es el catálogo completo de derechos como se los entiende comúnmente. Como veremos, estos teóricos no repudian en última instancia el «ajuste con la comprensión ordinaria» como criterio de satisfacción. Con todo, al menos inicialmente, consideran que los fenómenos a explicar son «derechos» en cierto sentido específicamente definido.

Esta sustitución de la referencia del término «derechos» significa que los teóricos que usan esta tercera estrategia hablan un dialecto diferente del que usan los hablantes ordinarios tales como los jueces, los abogados y los legos. Así, cuando WELLMAN se enfrenta al hecho de que su teoría de la voluntad no puede reconocer los derechos de los menores, dice:

Ciertamente es confuso para mí insistir en que los niños no podrían tener derechos jurídicos debido al modo en que concibo a los derechos y no obstante admitir que los menores pueden tener y tienen derechos tal como los jueces y los abogados conciben a los derechos. Sin embargo, esta confusión puede minimizarse, aunque probablemente no eliminarse por completo, distinguiendo con cuidado entre dos esferas de discurso: el lenguaje del derecho y el lenguaje de la filosofía del derecho (WELLMAN, 1995: 135).

WELLMAN aquí distingue el lenguaje ordinario del derecho del lenguaje en que se presenta su *explanandum técnico*: el «lenguaje de la filosofía del derecho». KRAMER hace el mismo tipo de distinción para justificar la opción por su propio *explanandum técnico*. KRAMER desea trabajar en una esfera de discurso en la que el referente del término «derechos» son los derechos como pretensión. Al igual que WELLMAN, KRAMER enfrenta la dificultad de que el discurso ordinario no se alinea con su definición técnica. En el caso de KRAMER, un problema es que los derechos como pretensión conciernen únicamente a las acciones de otros, mientras que el uso ordinario acepta muchos derechos que otorgan a los mismos titulares el derecho de actuar (por ejemplo, a hablar, a profesar su religión, a prometer). Al enfrentarse a casos evidentes en los que el uso ordinario reconoce derechos de actuar, KRAMER responde menospreciando el lenguaje ordinario: «nuestras formas ordinarias de hablar acerca de los derechos como potestades para hacer diversas cosas son poco precisas» (KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998:13-14).

En el «lenguaje de la filosofía del derecho» de WELLMAN, el término «derechos» se refiere al concepto técnico de «pretensiones con potestades». En el «sentido estricto» de KRAMER, el término «derechos» se refiere al concepto técnico de «pretensiones». La pregunta para los teóricos de los derechos que



hacen uso de un concepto técnico es si pueden ofrecer una justificación para apartar el análisis del lenguaje ordinario y dirigirlo hacia el *explanandum* técnico específico que privilegian. Una justificación obviamente inadecuada sería señalar que redefinir el *explanandum* hace que los fenómenos a explicar se ajusten mejor a sus propios *explanans*. Un teórico de la voluntad, por ejemplo, no debería decir simplemente que prefiere su redefinición técnica del término «derechos» porque la teoría de la voluntad es satisfactoria para explicar los «derechos» así definidos. No obstante, si se deja de lado ese particular argumento, ¿de qué otro modo podría justificarse la opción por un *explanandum* técnico determinado?

Los teóricos de los derechos que trabajan en el marco de un cierto discurso técnico habitualmente alegan que esta opción es necesaria porque el discurso ordinario de los derechos es irremediablemente vago, o porque los hablantes del lenguaje ordinario tienden a caer en contradicciones cuando discuten sobre derechos (por ejemplo, KRAMER y STEINER, 2007: 295). Como lo expresa KRAMER en la cita antes transcrita, las formas ordinarias de hablar acerca de los derechos son «poco precisas». Estos teóricos sostienen que ninguna teoría puede pretender explicar un conjunto de afirmaciones si ellas tienen un contenido extremadamente indeterminado o contradictorio. De modo que, de acuerdo con estos teóricos, sus teorías deben orientarse en cambio a un dominio de «derechos» artificialmente definido. Los teóricos del interés son especialmente proclives a citar a HOFELD para justificar su opción por un discurso técnico de los derechos, dado que HOFELD fue el creador de la tesis de que en el «sentido más estricto», todos los derechos son pretensiones (HOFELD, 1919: 36)<sup>17</sup>. Los teóricos de la voluntad adoptan como objeto de su teoría explicativa un concepto técnico definido de modo

---

<sup>17</sup> La curiosa y no justificada estipulación de HOFELD de que «en el sentido más estricto» todos los derechos son pretensiones inhabilita a cualquiera que la acepta para suministrar un análisis simple de muchos derechos comúnmente reconocidos. Por ejemplo, cualquier análisis de los derechos jurídicos debería ser capaz de explicar el derecho jurídico del juez de dictar sentencia contra un acusado. Algunos de quienes adhieren a la estipulación de HOFELD dejan de lado el análisis evidente de que este derecho consiste en la potestad hofeldiana del juez de imponer deberes al condenado y dicen, en cambio, que ese derecho consiste en las pretensiones que protegen al juez de la interferencia de otros cuando ejercita esa potestad [véase, por ejemplo, RAZ, quien separa la potestad de prometer del «derecho» a que no se interfiera con el acto de prometer (RAZ, 1986: 173-176)]. Sin embargo, la construcción de esos derechos como pretensiones contra la interferencia es forzada. Esto se puede apreciar imaginando situaciones en las que la interferencia es literalmente imposible (por ejemplo, en las que los jueces dictan sentencia en fortalezas impenetrables, o las comunican telepáticamente, etc.). Aquí un derecho como pretensión contra la interferencia no tendría sentido, pero los jueces todavía tendrían el derecho a dictar sentencia. De manera similar, todo aquel que acepta la estipulación de HOFELD tendrá dificultades para explicar muchos derechos (como potestades o privilegios) que los creyentes religiosos han atribuido por siglos a Dios (Dios tiene el derecho a hacer promesas, de imponer deberes sobre sus criaturas, de castigar a los pecadores, etc.). Estos derechos no pueden ser reconstruidos como derechos de Dios contra la interferencia, porque esa interferencia sería literalmente inimaginable.

diferente, que congenia mejor con sus tesis de que los derechos confieren a sus portadores con discrecionalidad sobre los deberes de los otros.

No obstante, ¿cómo decidir entonces *cuál* es el subconjunto de derechos hohfeldianos en el que deben centrarse las teorías de los derechos? De hecho, y sorprendentemente, la justificación más clara y repetida que ofrecen los teóricos de los derechos técnicos para utilizar su propia definición técnica de «derechos» es que ella se ajusta mejor al lenguaje ordinario (por ejemplo, KRAMER y STEINER, 2007: 296-297). Al haber desechado la comprensión ordinaria para justificar su opción por un concepto técnico, estos teóricos enfatizan entonces la superposición entre la definición técnica que privilegian y la comprensión ordinaria para validar esa definición. De hecho, no es infrecuente que el debate entre las teorías técnicas de la voluntad y del interés se haya transformado en uno sobre si el área de superposición con el uso ordinario es mayor usando una definición técnica de «derechos» en lugar de otra.

Esta apelación al lenguaje ordinario deja a los teóricos de los derechos técnicos en una posición precaria. Por un lado, tratan de poner al «discurso de los derechos» ordinario en suficiente entredicho como para que parezca que no hay otra opción más que cambiar el *explanandum* ordinario por el técnico. Por otro lado, cada grupo de teóricos técnicos apela al ajuste entre el *explanandum* técnico escogido y la comprensión ordinaria como la razón para juzgar que el *explanandum* escogido es superior. Los teóricos del interés sostienen que la caracterización técnica de los derechos como pretensiones es «más aceptable para la comprensión ordinaria», mientras que los teóricos de la voluntad sostienen que ese honor le corresponde más a su caracterización técnica de los derechos como pretensiones con potestades (KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998: 74).

El personaje que da nombre a la obra de Oliver SACK *El hombre que confundió a su mujer con un sombrero* sufría una cierta clase de afasia que lo llevó a intentar abrazar a su mujer con su brazo derecho mientras que al mismo tiempo intentaba alejarla con su brazo izquierdo (SACKS, 1985: 8-22). Los teóricos de los derechos técnicos tienen una disposición parecida hacia la comprensión ordinaria de los derechos. Estos teóricos de la voluntad y del interés están conscientes de que sus teorías de las funciones de los derechos no pueden dar cuenta de un gran número de los derechos que comúnmente se aceptan. Por consiguiente, insisten en que el discurso ordinario de los derechos es vago e inconsistente para intentar dirigir la atención hacia las reformulaciones técnicas del término «derecho» que privilegian. Sin embargo, cuando cambian de tal suerte el foco de atención, intentan nuevamente adoptar la comprensión ordinaria de los derechos como garantía de la superioridad de sus teorías. Esta posición sostiene que la comprensión ordinaria

de los derechos es tan irremediablemente vaga e inconsistente que resulta inútil como objeto de explicación teórica, pero que no es tan corrupta como para no poder ser utilizada para mediar entre las definiciones de los «derechos» construidas artificialmente.

Ésta es una postura incómoda para sostener, y de hecho no es necesario asumirla. La justificación declarada de los teóricos técnicos para adoptar un *explanandum* técnico consiste en superar la naturaleza vaga y contradictoria de las afirmaciones ordinarias acerca de los derechos. Sin embargo, la vaguedad y las contradicciones del lenguaje ordinario no pueden constituir en absoluto una razón para adoptar un concepto artificial de derechos.

En primer lugar, los teóricos de los derechos técnicos a decir verdad no han demostrado que el discurso ordinario es frecuentemente vago y contradictorio, en lugar de ser un discurso que asigna sistemáticamente diferentes significados a la misma palabra en diferentes contextos. Esa variación sistemática en el significado es usual en el discurso ordinario. Por ejemplo, no hay nada vago o contradictorio en el enunciado «en el libre mercado se es libre de prestar dinero libre de intereses». En este enunciado, «libre» adopta tres significados diferentes pero determinados, en los que el significado de cada aparición está determinado por el contexto. De manera similar, en el discurso ordinario a menudo se escucha la palabra «derecho» empleada para hacer referencia diversamente a derechos como privilegios, derechos como pretensiones, derechos como potestades y derechos como inmunidades, donde la referencia que se pretende en cada caso es aclarada por el contexto. Las interpretaciones del discurso ordinario que encuentran vaguedad o inconsistencia en lugar de variaciones precisas y determinadas del uso usualmente no son más que interpretaciones pobres del discurso ordinario.

En segundo lugar, cierta vaguedad o inconsistencia en el discurso ordinario acerca de los derechos, en la medida en que exista, no justifica un cambio radical por un *explanandum* técnico. Porque hay una solución simple para cualquier problema de vaguedad o contradicción, que consiste en que los teóricos de los derechos usen el esquema hohfeldiano para discutir los derechos (como de hecho ya muchos lo hacen).

El uso del esquema hohfeldiano de privilegios, pretensiones, potestades e inmunidades otorga una especificidad máxima a los enunciados sobre derechos, mientras que simultáneamente asegura que se eviten las contradicciones. En la medida en que los teóricos de los derechos usen el lenguaje hohfeldiano correctamente, no pueden cometer errores de vaguedad o inconsistencia. Por consiguiente, una vez que los teóricos emplean este marco analítico, no hay necesidad adicional de que designen artificialmente algún subconjunto de derechos hohfeldianos como referentes del término «derechos». Una vez que los teóricos han aceptado usar la terminología ho-

hfeldiana, necesitarán un argumento *adicional* para justificar una redefinición de «derechos», ya sea como «pretensiones», como «pretensiones con potestades», o de hecho como cualquier otra cosa. Cualquier intento por parte de los teóricos de los derechos técnicos de apoyarse en la autoridad del lenguaje ordinario (que, según alegan, es vago y contradictorio) en este punto no puede suministrar ese argumento adicional requerido, y solo puede provocar confusión. Los teóricos del interés que utilizan el marco hohfeldiano formulan enunciados precisos y consistentes acerca de los derechos tal como son entendidos ordinariamente, de manera que ya no hay razón para que reemplacen el objeto de análisis por ningún concepto técnico.

Se podría pensar, no obstante, que existe un argumento adicional del cual disponen los teóricos de la voluntad y del interés para optar por un *explanandum* técnico, más allá del defectuoso argumento de evitar la vaguedad y contradicción del lenguaje ordinario que recién se discutió. Podría pensarse que la opción por un *explanandum* técnico podría justificarse en que una teoría así orientada no solo sería más comprensiva y simple sino también más *fructífera*. Como lo señala CARNAP en el contexto de *explananda* científicos, «un concepto científico es más fructífero cuanto más pueda conectárselo con otros conceptos sobre la base de los hechos observados; en otras palabras, cuanto más se lo puede emplear para formular leyes» (CARNAP, 1950: 6). Un concepto científico es más fructífero, en otras palabras, cuanto más se ajusta a un sistema más amplio de generalizaciones explicativas. Quizás un concepto técnico de derechos podría ser más fructífero en este sentido.

Es bastante común que los científicos pasen de un *explanandum* ordinario a uno técnico sobre la base de consideraciones relativas a su carácter más fructífero. Considérese, por ejemplo, el concepto mismo de «fruta». Dentro del esquema conceptual de un botánico, y a diferencia del uso ordinario, un tomate es una «fruta» mientras que un tallo de ruibarbo no lo es. Esto es así porque los botánicos han sustituido el concepto ordinario de «fruta» por uno técnico: para un botánico, «fruta» significa «ovario maduro y lleno de semillas de una planta florecida». El botánico preferirá trabajar con su concepto técnico más que con el ordinario porque el concepto técnico se ajusta mejor a la teoría botánica más amplia del ciclo de vida de las plantas. El concepto botánico de «fruta» es, dadas estas teorías generales, más fructífero.

Los teóricos de la voluntad y del interés podrían argumentar de forma análoga que su paso de un *explanandum* ordinario a uno técnico se justifica porque el concepto elegido es más fructífero dentro de las teorías más generales de la moral o del derecho. Así, al justificar su opción por el *explanandum* técnico que prefiere, WELLMAN sugiere que «podría requerirse

teóricamente una aplicación más restrictiva del lenguaje de los derechos a fin de suministrar un mapa más claro y revelador del derecho» (WELLMAN, 1995: 136). Aunque no desarrolla esta idea, lo que WELLMAN parece decir es que su caracterización técnica de los derechos se ajusta mejor a su teoría jurídica preferida, esto es, se ajusta mejor a su visión de cuál es la naturaleza del derecho.

Sin embargo, a diferencia del caso de la ciencia, esas apelaciones a lo fructífero son ilegítimas debido a las razones que ya hemos visto. Como se indicó más arriba, no existe acuerdo respecto de qué teoría sustantiva de la moral o del derecho es la correcta. Los teóricos de la voluntad y del interés no pueden decir que sus conceptos privilegiados son más fructíferos dada la teoría moral o jurídica correcta, porque a diferencia de la teoría del ciclo vital de las plantas, esas teorías no pueden tomarse como «dadas». De hecho, qué teoría sustantiva de la moral o del derecho sea la correcta es una cuestión muy controvertida. Un teórico del interés a quien se le diga que una definición de «derechos» basada en la voluntad se ajusta de manera más fructífera a cierta teoría moral o jurídica controvertida no considerará que se le haya ofrecido una razón para aceptar esa definición (y viceversa). Por supuesto, es vital que los filósofos continúen sus debates normativos acerca de qué teoría sustantiva de la moral y del derecho es la correcta. Sin embargo, para un análisis conceptual, cualquier apelación a una teoría sustantiva controvertida simplemente infectará ese análisis con las controversias que suscite la teoría sustantiva a la que se apele.

Todos los esfuerzos de los teóricos de la voluntad y del interés por alejarse del «ajuste a la comprensión ordinaria» como criterio para un análisis satisfactorio del concepto de derecho son, en última instancia, insatisfactorios. La naturaleza supuestamente vaga y contradictoria del uso ordinario no puede justificar esa elección, ni tampoco puede hacerlo la apelación a su carácter más fructífero. El único criterio utilizable para juzgar el éxito del análisis sigue siendo que este último siga el rastro del modo en que los hablantes informados y reflexivos del lenguaje usan el concepto, que de hecho es el criterio que incluso los teóricos de los derechos técnicos utilizan, aun a pesar de ellos, con mayor frecuencia.

#### 4. EL EMPATE

Ni la teoría de la voluntad ni la del interés suministran una explicación lo suficientemente comprensiva de la comprensión ordinaria de los derechos. Ninguna teoría tiene éxito, por consiguiente, en alcanzar una meta que es fundamental para una teoría de los derechos. Los teóricos de la voluntad

y del interés han explorado tres estrategias de respuesta a este problema con cierto detalle. Aun así, como hemos visto, ninguna de estas líneas de respuesta — restringir el dominio de aplicación, tratar de expandir el alcance de la teoría, o recurrir a un discurso técnico — ha demostrado ser adecuada. En esta situación, ninguno de los grupos en la disputa logra prevalecer categóricamente en el campo central de batalla, ni puede cosechar mayores recursos ni cambiar el campo de juego por uno más favorable a su posición. El resultado, como lo ha señalado Wayne SUMNER, es una suerte de empate (SUMNER, 1987: 51). Ésta es una batalla en la que, pese al despliegue por muchos años de una gran ingenuidad en ambos lados, parece no existir posibilidad de que alguno de los bandos emerja victorioso.

Al no contar con los medios para probar que su teoría preferida es superior, los teóricos de la voluntad y del interés han recurrido a subir el volumen para señalar de qué forma la teoría rival entra en conflicto con la comprensión ordinaria. STEINER es relativamente cortés cuando siembra sospechas sobre la teoría del interés, apuntando solamente a la «grave implausibilidad» de sus consecuencias y al modo en que «impone una tensión considerable sobre nuestra comprensión ordinaria de los derechos» (KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998: 285-287). La frustración de MACCORMICK con el empate entre su propia teoría del interés y la teoría de la voluntad lo lleva a pronunciamientos más irritados, preguntándose si debemos aceptar una teoría que «violenta de tal modo la comprensión común»:

Si alguien estipula que solo se podrá sostener que hay «derechos» cuando haya elecciones, tenemos el derecho de preguntarle si esa estipulación no va enteramente en contra de la comprensión común y si se deriva de ella algún beneficio (MACCORMICK, 1977: 197).

La exasperación de KRAMER por su incapacidad para derrotar de manera decisiva a la teoría rival termina resultando en un ataque a fondo de altos decibeles. «Apenas puede evitarse quedar perplejo», afirma, acerca de las «llamativas» pretensiones y «estipulaciones estrafalarias» de la teoría de la voluntad que resultan «innecesariamente extrañas» y que «desprecian demasiadas intuiciones lingüísticas bien arraigadas como para ser poderosas». La teoría de la voluntad es culpable de «violaciones gratuitas de los patrones de uso ordinario» y «arroja ciertos resultados que tienden a llamar la atención del observador ordinario por su ridiculez». Finalmente, reseña la teoría de la voluntad utilizando un lenguaje que usualmente los críticos reservan para la peor película del año:

Mucha gente retrocedería frente a una teoría que define «derecho» de un modo que compromete a sus defensores a considerar que los niños y los

enfermos mentales no tienen derechos. Incluso cuando se lo despoja de su carácter aterrador a través de una explicación cuidadosa, un punto de vista semejante tiende a sonar descabellado al ser formulado<sup>18</sup>.

Cuando un debate de larga data alcanza este nivel de encono sin llegar a estar un ápice más cerca de producir un resultado concluyente, podemos inferir que ese debate ya no está progresando.

## 5. LA PREMISA RESTRICTIVA COMPARTIDA

En cierto modo, el debate sobre las funciones de los derechos se encuentra en la actualidad en mal estado. Los teóricos de las dos teorías principales han estado compitiendo por tanto tiempo, y se han familiarizado tanto con los limitados recursos de cada lado, que incluso sus defensores más incondicionales parecen resignados a batallar por el honor menor de sostener la teoría que resulte menos descarnadamente contraintuitiva<sup>19</sup>. En un debate semejante, como decía SCHOPENHAUER sobre las disputas diplomáticas, cada bando se queja del otro y ambos están en lo cierto. Más descorazonador aún es que personas ajenas a este debate importen ya sea la teoría de la voluntad o la del interés como premisa para derivar conclusiones adicionales acerca de los derechos en sus teorías normativas. No se puede culpar a dichas personas por echar mano a una teoría destacada en un área ajena a su especialidad. No obstante, tales teóricos lo hacen sin advertir la debilidad genética que heredan de ese modo sus argumentos normativos.

Existe, con todo, un motivo para ser optimista, ya que una visión más amplia del punto muerto en que se encuentra la discusión entre la teoría de la voluntad y la del interés pone de manifiesto desde dónde debe provenir el progreso. La estructura del debate que hemos examinado es la siguiente. Cada una de las teorías explica algunos de los fenómenos relevantes, pero no todos, en este caso, la comprensión ordinaria de los derechos. Cada una de las teorías ha intentado formular respuestas predecibles a sus propias limitaciones. Ninguna de estas respuestas ha sido adecuada, incluso después

---

<sup>18</sup> KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998: 72, 69, 73, 75, 69. En otro ensayo KRAMER describe las conclusiones de la teoría de la voluntad como «estrafalarias», «ridículas» y «reñidas discordante y gratuitamente con los patrones ordinarios de discurso» (KRAMER, 2001: 71).

<sup>19</sup> En tal sentido, STEINER sostiene que: «Las teorías de los derechos tienen su precio. El comprar cualquiera de ellas [la teoría de la voluntad o la teoría del interés] implica pagar un cierto costo en términos de pérdida de apego a nuestras intuiciones. Debo agregar que este debate de siglos acerca de la naturaleza de los derechos tampoco ha revelado nunca la posibilidad de una tercera teoría que siquiera se aproxime a sus niveles de generalidad, y menos que prometa recortar sus costos» (KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998: 298).

de haberse ensayado diferentes variaciones. Parece bastante probable que el diagnóstico correcto de la situación sea que cada teoría capta parte de la verdad acerca de la naturaleza de los derechos, pero también que cada una lleva implícita alguna premisa inseparable que le impide captar toda la verdad.

¿Cuál podría ser esa premisa? Tenemos una indicación inicial sobre su ubicación si recordamos dos de los objetivos formales que estas teorías intentan satisfacer: el carácter comprensivo y la simplicidad. Hemos visto que tanto la teoría de la voluntad como la del interés son insuficientemente comprensivas. La sospecha natural debería ser, por consiguiente, que son excesivamente simples. Debe existir un enfoque demasiado simplificado de los derechos arraigado en estas teorías que les impide formular una tesis que dé cuenta de todos los fenómenos que hay que explicar. Para decirlo de manera inversa: debe existir cierta complejidad en la naturaleza de los derechos que estas teorías no pueden reconocer mientras se mantengan como teorías de la voluntad o del interés. Si hubiera alguna forma de reconfigurar estas teorías para captar esta complejidad, parecería que los teóricos de la voluntad o del interés a estas alturas ya la habrían encontrado.

¿Dónde se ubica más específicamente la premisa restrictiva en estas teorías? En este debate hay dos teorías, expresando cada una de ellas que los derechos tienen una sola función. Cada una de estas teorías parece captar parte — solo parte — de la verdad acerca de qué derechos tenemos. La errónea presuposición compartida debe ser que los derechos tienen una sola función. La presuposición correcta, por consiguiente, debe ser que los derechos tienen más de una función. La dificultad que enfrentan tanto los teóricos de la voluntad como del interés a lo largo de su prolongado debate es que cada uno ha venido proponiendo una teoría monista para dar cuenta de fenómenos plurales. Esto explica por qué el debate entre ellos no ha podido resolverse. Cada grupo puede reivindicar un cierto dominio como propio y ofrecer contraejemplos respecto del otro grupo. Pero ninguno puede abandonar su concentración en una única función de los derechos sin abandonar la característica más básica de su teoría. Por consiguiente, las teorías están atascadas en un punto muerto.

Esta situación tiene un antecedente en la historia de la teoría física. Los presocráticos desarrollaron teorías monistas en disputa acerca del mundo físico. El debate entre la tesis de THALES de que «todo es agua» y la tesis de ANAXÍMENES de que «todo es aire» se asemeja al debate moderno entre la tesis de la voluntad de que «todos los derechos confieren elecciones» y la tesis del interés de que «todos los derechos promueven el bienestar». El progreso en la teoría científica se produjo únicamente cuando se abandonó la premisa monista compartida. Lo que las teorías científicas postsocráticas perdieron en simplicidad lo recuperaron sobradamente en comprensividad.



Es esperable que el progreso en la teoría de los derechos se produzca de la misma manera.

La verdad acerca de las funciones de los derechos es que tiene que haber más de una función. Y como muestra el ejemplo científico, el conjunto completo de funciones no puede ser una mera concatenación de las funciones monistas. Las teorías monistas presocráticas finalmente dieron espacio al modelo aristotélico de los cinco elementos (tierra, aire, fuego, agua y éter), que fue a su vez reemplazado por la moderna tabla periódica de 117 elementos químicos. El modelo aristotélico es un poco menos simple que sus precursores monistas, así como la tabla periódica es considerablemente menos simple que el primero. No obstante, en cada caso la última teoría produce explicaciones más potentes. Parece que estamos dispuestos a sacrificar una buena porción de simplicidad para encontrar una teoría que capte la totalidad de los fenómenos. Si buscamos una respuesta general a la cuestión de cuántos postulados teóricos básicos hacen que una teoría sea insuficientemente simple, esa respuesta parece ser «uno más que en la teoría más simple que explique todos los datos». En la teoría física, cinco postulados fueron mejor que uno y, como se ha podido apreciar, 117 son mejor que cinco.

## 6. LA RELACIÓN ENTRE LAS TEORÍAS ANALÍTICAS Y LAS TEORÍAS SUSTANTIVAS DE LOS DERECHOS

Como hemos visto, tanto las teorías de la voluntad como las del interés se basan en una premisa monista, y todas fracasan por basarse en ella. En lo que respecta a la comprensión ordinaria de los derechos, todo análisis adecuado de las funciones de los derechos debe ser pluralista. Todos los derechos realizan al menos una función, pero no existe una única función que todos los derechos realicen.

La idea de un análisis pluralista del discurso ordinario de los derechos no es difícil. De hecho, para un concepto como el de derechos, que ha sido empleado en tantos contextos diferentes durante largo tiempo, podría pensarse que un análisis pluralista debería constituir la presunción por defecto. No hay razón, después de todo, para que debamos pensar que el término «derechos» es en este sentido diferente de otros términos normativos primordiales que tienen una variedad de sentidos, como «libertad» o «justicia»<sup>20</sup>. La lucha por reivindicar cada uno de esos conceptos desde una u otra ideología ha sido una característica distintiva del debate político a lo largo de la era moderna, e incluso en épocas anteriores. Estas luchas nos han dejado con-

<sup>20</sup> Sobre «libertad» véase WENAR (2007).

ceptos que se extienden sobre un complejo de sentidos superpuestos, en lugar de conceptos que intenten dar cuenta de las críticas contra una cierta definición que considera un único factor. ¿Por qué entonces los teóricos de los derechos han presentado repetidamente análisis monistas?

La respuesta parece residir en el deseo de los teóricos monistas de proponer una cierta teoría controvertida moral o jurídica de los derechos. Muchos teóricos que han propuesto una teoría de la naturaleza de los derechos lo han hecho, no como un ejercicio independiente de análisis conceptual, sino como un prelude para introducir una teoría sustantiva sobre qué derechos realmente tenemos. Así, por ejemplo, STEINER presenta la teoría de la voluntad sobre los derechos como una preparación para su teoría política liberal de izquierda, y RAZ desarrolla la teoría del interés como un paso de su argumento en favor de su visión perfeccionista de la justicia social. La estrategia aquí es usar un análisis monista de la comprensión ordinaria de los derechos para aliviar algo de la carga justificatoria sobre la teoría sustantiva que le sigue. Dentro de esta estrategia, si STEINER es acusado de proponer una explicación sustantiva de los derechos de acuerdo con la cual los animales carecen de derechos, puede responder que de conformidad con el mejor análisis de la comprensión ordinaria de los derechos es imposible que los animales tengan derechos. Si a RAZ se le plantea la objeción de que su teoría política hace depender de modo controvertible la justificación de los derechos en los intereses (en lugar de, por ejemplo, la dignidad intrínseca) de los titulares de derechos, puede responder que de conformidad con el mejor análisis de la comprensión ordinaria de los derechos la función de éstos es promover los intereses del titular del derecho.

De modo que las teorías monistas han continuado atrayendo a los teóricos porque ellas son útiles para justificar alguna de las controvertidas teorías sustantivas de los derechos. En la teoría política y moral, la teoría de la voluntad ha sido usada para respaldar teorías normativas kantianas (que enfatizan la autonomía), mientras que la teoría del interés ha sido usada para respaldar teorías normativas del bienestar (que enfatizan el bienestar individual). «El ajuste con la teoría sustantiva privilegiada por el teórico» ha sido, de esta forma, un deseo reprimido en la presentación de teorías para dar cuenta de la comprensión ordinaria de la naturaleza de los derechos. Como lo expresa el propio RAZ, «La filosofía política y moral ha abrazado por mucho tiempo el recurso literario (no siempre reconocido como tal) de presentar argumentos sustantivos bajo la apariencia de exploraciones conceptuales» (RAZ, 1986: 16).

Esta estrategia es, por supuesto, ilícita. El hecho de que una teoría monista pueda ser usada para reforzar una teoría moral o jurídica controvertida no constituye razón alguna para aceptarla como una explicación superior de la comprensión ordinaria de los derechos.

De hecho, la susceptibilidad de los teóricos de los derechos a la fuerza gravitacional de sus teorías sustantivas ha contribuido al continuo estancamiento del debate sobre las funciones de los derechos. La fuerza de esas teorías sustantivas ha arrastrado a estos teóricos a defender una de las dos teorías monistas como una explicación de la comprensión ordinaria de los derechos. Al ser arrastrado hacia estas posiciones, el debate sobre la función de los derechos se ha vuelto un debate sucedáneo en la batalla entre las teorías sustantivas (kantianas y del bienestar). Ese debate sucedáneo no ha logrado mayor progreso que el debate entre las propias teorías sustantivas.

Como objeto de investigación académica, el análisis de la comprensión ordinaria de los derechos tiene su propia integridad. Esa integridad requiere que el análisis se conduzca independientemente de la fuerza de las teorías sustantivas controvertidas. Si un análisis semejante se lleva adelante de esa forma entonces, y solo entonces, puede volverse útil como parte de una investigación en torno a cuál es la mejor teoría sustantiva de los derechos.

Porque un análisis imparcial de la comprensión ordinaria de los derechos será útil para sopesar la carga justificatoria que cualquier teoría sustantiva de los derechos debe afrontar. Supóngase que se tuviera a disposición un análisis imparcial semejante. Entonces, cuando un teórico sustantivo sostuviera que el conjunto de derechos que realmente existe o podría existir difiere del conjunto de derechos que comúnmente se reconoce, le podríamos pedir que demostrase que su teoría sustantiva es tan concluyente como para que la comprensión ordinaria de los derechos deba ajustarse a ella cuando hay conflictos. Podríamos pedirle a STEINER, por ejemplo, que argumente a partir de la fuerza de su teoría política kantiana que la idea común de que los animales tienen derechos debe ser abandonada. O se le podría pedir a un milliano que muestre que la definición reformista de «derechos» de MILL debería aceptarse en virtud de la fuerza de la teoría utilitarista de MILL, a pesar de su incompreensión de muchas afirmaciones acerca de los derechos que ordinariamente serían consideradas inocuas<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> En *Utilitarianism*, MILL presentó una famosa definición reformista de «derechos» como aquello a cuyo respecto tenemos «una válida pretensión de que la sociedad nos proteja en su posesión» (MILL, 2002: 54). Esta definición de «derechos» encaja muy bien en la teoría normativa de MILL: «vale la pena» en términos utilitaristas proteger la posesión de ciertas cosas incluso al precio de imponer sanciones sociales. Sin embargo, cuando conservamos cierto contacto con la comprensión ordinaria de los derechos advertimos que la definición reformista de MILL rechaza por incoherentes a muchos derechos en apariencia inocentes. Parecería no existir problema alguno en atribuir derechos a la gente en un estado de naturaleza sin sociedad, o incluso en decir que todo individuo tiene el derecho de ser libre de la protección de la sociedad. No obstante, ninguna de estas adscripciones de derechos podría tener sentido de acuerdo con la definición de MILL. Para consagrar a su definición de derechos como la correcta, un milliano necesitaría mostrar por qué los atractivos de su teoría normativa son lo suficientemente grandes como para que nos lleven a abandonar nuestra comprensión ordinaria de los derechos en casos como éstos.

Una vez que se ha logrado un análisis del concepto común de «derecho», seremos capaces de juzgar cuánto de nuestra comprensión ordinaria de los derechos nos piden modificar los teóricos que proponen una u otra teoría sustantiva de los derechos. En otras palabras, seremos capaces de evaluar mejor las propuestas de esos teóricos que desean (como HART decía de BENTHAM) *dar* al término «derecho» un nuevo significado. Estaremos haciendo honor al método de HART para el análisis conceptual de los derechos:

El método de HART implica, en primer lugar, que el análisis conceptual es una forma de investigación distinta y lógicamente previa a la teoría sustantiva; y, en segundo lugar, que el análisis conceptual apunta a recuperar algo de la comprensión común, quizás idealizada, en el sentido de que expresa pero nunca puede trascender la comprensión que ya se encuentra implícita en el uso y la reflexión ordinaria (STAVROPOULOS, 2001: 71).

Una evaluación confiable de las formas en que la gente piensa acerca de los derechos es el único punto de partida en común para los argumentos acerca de cómo la gente debe pensar acerca de los derechos. He sostenido que un análisis pluralista de la comprensión ordinaria de los derechos será superior a cualquier explicación monista. Si eso es correcto, entonces cualquier teoría sustantiva de los derechos necesitará de un análisis pluralista semejante como fundamento sobre el cual presentar sus propios argumentos para la revisión del uso.

Por supuesto, no es suficiente con decir simplemente que un análisis pluralista debe ser el correcto. Es irrazonable esperar que un teórico monista de cualquier clase abandone su teoría hasta que se encuentre disponible una teoría pluralista de los derechos. En otras palabras, debe existir algún lugar hacia donde saltar. En otro trabajo he planteado un análisis de la comprensión ordinaria de los derechos en el que sostuve que los derechos tienen varias funciones específicas (WENAR, 2005). Creo que ese análisis es un primer paso hacia una teoría que resulte adecuada respecto de la comprensión ordinaria de los derechos. Podría ser (aunque yo no lo creo) que ese análisis pluralista en particular esté equivocado, y que los derechos tengan múltiples funciones pero diferentes de las que he sugerido. No obstante ello, los análisis pluralistas de la comprensión ordinaria de los derechos deberían constituir el principal tema de investigación respecto de la naturaleza de los derechos. La historia y la estructura del debate entre las dos teorías monistas de las funciones de los derechos muestran que ellas siempre carecerán de poder explicativo adecuado. Solo una teoría pluralista puede suministrar un análisis suficientemente comprensivo de los derechos.

SEXTA PARTE  
**TOLERANCIA Y LIBERTAD**



## CAPÍTULO XV

### SOBRE SER TOLERADO

Leslie GREEN

*[M]onstre, tu n'as pas ma religion, tu n'as donc point de religion...*  
VOLTAIRE (1975: 40).

¿Cómo se siente ser tolerado? Mucho mejor que ser perseguido. Después de todo, existe una diferencia entre un gueto y un pogromo. Pero ser el objeto de la tolerancia de alguien no siempre se siente muy *bien*, y esa puede ser la razón por la que muchas defensas filosóficas de la tolerancia e intentos políticos para hacer real a la tolerancia son en algún punto acusados de ser vanos o incluso perniciosos. Escuchamos que la tolerancia no es suficiente, o incluso que es represiva, y que lo que se necesita en cambio es aceptación.

Es fácil desechar esas quejas, especialmente cuando se las formula tan crudamente como yo lo hice. No obstante, ellas responden a una preocupación genuina, cuyas fuentes y relevancia exploraré aquí. En primer lugar, trataré de identificar qué tiene la tolerancia que a menudo la vuelve incómoda para quien es tolerado. En segundo lugar, deseo explorar cómo podrían responder quienes toleran a ese malestar. A tales fines daré por sentada la validez del principio de tolerancia. Gran parte de mi argumento pretende ser fiel al conocido ideal que hemos heredado de LOCKE, VOLTAIRE y MILL. Pero también quiero proponer algo que se ha destacado menos, al menos entre los escritores liberales contemporáneos: con frecuencia necesitamos suplementar la tolerancia con lo que voy a denominar *comprensión*. Aquí te-

nemos todavía muchas cosas para aprender de la famosa disputa de H. L. A. HART con Patrick DEVLIN acerca de si es correcto imponer las pautas morales convencionales.

## 1. LA NATURALEZA DE LA TOLERANCIA

La clase de tolerancia que tengo en mente consiste en un principio de contención. Prescribe a la gente que hace juicios adversos respecto de otros que no actúen a partir de ellos en ciertas formas y que se abstengan de hacerlo por razones de un cierto tipo. Unas pocas palabras respecto de esto puede ayudar a orientar la discusión.

Los juicios prácticos establecen razones para actuar; en el caso de los juicios adversos, razones para evitar, oponerse, resistirse, prevenir, etc. El principio de tolerancia ofrece una razón para no actuar sobre la base de algunas de esas razones. Eso es lo que lo define como un principio de contención. Desde luego, no es un principio de contención *absoluta*. La tolerancia es consistente con muchas formas de actuar sobre la base de juicios adversos, incluyendo el abstenerse de conductas que uno desapruaba, argumentar contra ellas y desalentarlas de diversas maneras. LOCKE en *A Letter Concerning Toleration* sostiene que tenemos incluso el deber de hacer tales cosas siempre que lo cumplamos de un cierto modo: «la preocupación por la salvación de cada hombre le corresponde solo a sí mismo. Pero esto no debe entenderse como si quisiera de tal suerte condenar todas las admoniciones caritativas y los esfuerzos afectuosos por alejar a los hombres de sus errores, lo cual constituye de hecho un deber para todo cristiano ... Pero toda fuerza o coerción han de ser evitadas. Nada debe hacerse autoritariamente» (LOCKE, 1983: 47). La tolerancia no exige que ignoremos los errores, vicios y deficiencias de la gente: exige que seamos particularmente cuidadosos en el modo en que reaccionamos frente a ellos. Sobre todas las cosas, exige que dejemos de lado la fuerza, la coerción y otras formas de intervención autoritarias que tratan a otras personas como si estuvieran sujetas a nuestro propio *imperium*. En aras de la brevedad, sigamos a LOCKE y digamos que la tolerancia exige que nos abstengamos de respuestas autoritarias. Existen obviamente muchos casos dudosos aquí, pero vale la pena recordar que no todos ellos demarcan las fronteras de la coerción. Aquellos filósofos que imaginan que la única manera de ser intolerante es ejerciendo coerción sobre los demás han olvidado algo que cualquier empleado sabe. Si su jefe o sus compañeros de trabajo son intolerantes respecto de sus opiniones políticas o preferencias sexuales, tienen muchas maneras de demostrarlo sin llegar a despedirlo, negarle un ascenso o evitarlo en la cafetería. Y cualquier empleado sabe que si quiere erradicar ciertas actitudes (o a ciertos emplea-



dos), la coerción, con su tendencia a atraer la atención y provocar reacciones violentas, puede no ser la mejor forma de hacerlo. La intolerancia coercitiva es solo un caso particular, aunque con frecuencia particularmente preocupante, de intolerancia.

La tolerancia, conducida adecuadamente, es una virtud. Por supuesto, algunas conductas son intolerables y el ejercitar contención al responder frente a ellas sería un vicio. Por ejemplo, nadie debería tolerar un sexismo mayúsculo entre colegas. Y además de situaciones que no *admiten* contención, hay también situaciones que no *requieren* idealmente de contención. No todos los juicios adversos justifican algún tipo de respuesta que demuestre consideración por los demás. El juzgar que *el cabello de John es demasiado largo* no nos brinda ninguna razón *prima facie* para asir a John y cortarle el cabello, o incluso para censurarlo y, por lo tanto, ninguna razón para interferir que deba ser contenida por el principio de tolerancia. Quienes equivocadamente se entrometen en nuestras vidas pueden ser intolerantes, pero el mejor remedio contra ellos no consiste en enseñarles las virtudes de la tolerancia, sino enseñarles por qué no tenían ninguna razón para entrometarse desde el vamos.

Necesitamos, no obstante, un principio robusto de tolerancia porque la mejor respuesta puede fracasar. A menudo nos vemos rodeados de gente que no está de acuerdo respecto de juicios de gran relevancia que, de ser válidos, justificarían interferir y que, si se los toma en serio, inclinan a la gente a interferir. Si usted piensa que permitir el matrimonio de parejas del mismo sexo destruiría la institución del matrimonio civil, entonces (suponiendo que también sostenga opiniones convencionales acerca del valor de esa institución) querrá *hacer* algo al respecto, al igual que si considera que los abortos tempranos son homicidios, o que la falta de religiosidad de los demás está retrasando la llegada del Mesías. Aquí es difícil apreciar cómo algo *distinto* del principio de contención podría detener a los sinceros creyentes de tratar de evitar estos desastres. Cuando nos hallamos en un territorio que la gente concibe como la caída del cielo, la tolerancia es una necesidad práctica.

Una razón para adoptar el principio de tolerancia es, en consecuencia, evidente. Dado que ciertas personas harán casi cualquier cosa para imponer sus puntos de vista, un *modus vivendi* sostenible exige un principio de contención. Está de moda denigrar a este argumento por ser «meramente» prudencial, como si la prudencia no fuera de la mayor importancia, y como si hubiera en política una significativa distinción general entre prudencia y principio. Sea como sea, hay también otras buenas razones a favor de la tolerancia, que no apuntan a moderar conflictos sociales. Los liberales, por ejemplo, apoyan la tolerancia por su conexión con la libertad (¡a cual no siempre hace que la vida transcurra sin complicaciones). Cuando somos

tolerantes entre nosotros, es más probable que los individuos y grupos gocen de la autonomía y del futuro abierto que merecen<sup>1</sup>. La tolerancia también da sustento a importantes bienes comunes, como el espacio público en el que la gente puede interactuar anónimamente en diversos contextos sociales sin necesidad de ver la vida de la misma manera y sin siquiera la necesidad de construir alianzas muy definidas en ese ámbito. Esto, a su vez, hace que la discusión, la cooperación, el comercio y muchas otras formas de interacción social sean más fáciles de lo que serían de otro modo. La tolerancia también es valiosa por las razones burkeanas que HART invocó contra la negativa de DEVLIN a tolerar desviaciones de la moral sexual convencional. Ciertas prácticas e instituciones pueden tener el valor que tienen porque están conectadas orgánicamente con la vida de una sociedad. Pero una condición para el crecimiento orgánico de cosas como el matrimonio o la familia consiste en que se les permita desarrollarse en un clima de tolerancia: «El uso de la coerción para mantener el *status quo* moral en cualquier momento en la historia de una sociedad sería como poner freno artificialmente al proceso que confiere a las instituciones sociales su valor»<sup>2</sup>. La tolerancia, pues, deriva su apoyo de muchas consideraciones y sería un error pensar que cualquiera de ellas es el más importante o la clave para entender su valor.

## 2. LOS FALLOS DE LA TOLERANCIA

La importancia de la tolerancia no tiene por supuesto nada de novedoso. ¿Por qué entonces quienes se hallan en el extremo de la *recepción* del trato tolerante se sienten a veces maltratados? ¿Suponen que todos los demás deberían simplemente estar de acuerdo con ellos? Indudablemente tal es el caso en ocasiones. Pero hay otras razones por las cuales incluso la tolerancia justificada puede ser hiriente.

(1) La tolerancia puede ser rechazada por su *alcance* limitado, porque es incompleta y parcial. Resulta desafortunado que nuestras principales teorías de la tolerancia, incluyendo la de H. L. A. HART, fueran pensadas con el propósito de fijar los límites adecuados de la sanción criminal. Cuando se debatía sobre el Código Penal Modelo y el Informe WOLFENDEN, las fuerzas de la intolerancia se unieron a favor de la *criminalización* de cosas tales como la prostitución y la conducta homosexual. Se volvió por ende natural suponer que la tolerancia es primordialmente una cuestión de desincrimi-

<sup>1</sup> No solo los niños tienen el derecho a lo que Joel FEINBERG (1980) denominó correctamente «un futuro abierto». Esto no significa estar a favor de la tesis de FEINBERG menos plausible de que esto requiere «la mayor cantidad de oportunidades abiertas posibles» (1980:135).

<sup>2</sup> HART, 1963: 75. Véase también DWORKIN, 2006: 74-75 y 88.

nalización, y esa interpretación estrecha persiste sorprendentemente firme. Presumiblemente bajo su conjuro Thomas NAGEL escribió en 1995 que «se ha desarrollado recientemente en nuestra cultura una actitud bastante extendida (aunque todavía lejos de ser dominante) de tolerancia [de la homosexualidad] que resulta llamativa porque no se basa en una simpatía o comprensión general» (NAGEL, 2002: 47). Eso fue prematuro, al ser expresado ocho años antes de que una decisión oscura y dividida de la Corte Suprema finalmente descriminalizara la homosexualidad en todo el país (*Lawrence v. Texas*, 2003). Fue también en algún sentido adulador: además de la descriminalización, hay escasa evidencia de que el inconformismo sexual sea ampliamente tolerado en los Estados Unidos, donde las elecciones pueden todavía ganarse o perderse por las posturas que se adopten acerca de qué hacer con los gays y donde, en áreas que van desde el empleo hasta el derecho de familia, las minorías sexuales siguen sufriendo un trato severo hoy poco común en las democracias liberales.

¿Podríamos no obstante alegar que la descriminalización es el indicador principal de la tolerancia —no lo es todo, seguramente, pero sí lo primero y primordial? No. La relevancia de la descriminalización depende de las razones a su favor. Considérese la campaña de Catherine MACKINNON contra la pornografía. Es fácil olvidar que la lanzó con el argumento de que las leyes que penan la obscenidad debían ser abolidas para ser sustituidas por la concesión del derecho de interponer acciones civiles para que las mujeres pudieran probar que habían sido dañadas por la pornografía<sup>3</sup>. La idea subyacente no consistía en tolerar la producción o uso de la pornografía, sino en liberar a las restricciones sobre la pornografía de las dificultades para obtener condenas penales y apuntar así con mayor precisión a sus supuestos males. La esperanza de MACKINNON era que una legislación civil antipornográfica resultaría más preventiva —más precisa y efectiva— que lo que lo había sido la legislación penal contra la obscenidad. Las sanciones penales eran una obstrucción para una cabal intolerancia de la pornografía; la descriminalización sería la primera rajadura hacia un quiebre genuino del vicio.

(2) Una segunda forma en que la tolerancia puede fallar no se basa en su alcance sino en sus *fundamentos*. Como dije, existen muchas buenas razones a favor de la tolerancia. También hay algunas que son moralmente sospechosas. J. S. MILL sostuvo la famosa frase de que tenemos derecho a «la libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestras metas; la libertad de trazar el plan de vida que se ajuste a nuestro propio carácter, de

<sup>3</sup> A. DWORKIN y MACKINNON, 1998, apéndice D. Digo que «es fácil de olvidar» porque MACKINNON más tarde elogió la decisión de la Corte Suprema de Canadá que ratificó las leyes penales contra la obscenidad como «una victoria jurídica sensacional para las mujeres ... de una importancia histórica mundial» (SALLOT, 1992: A6).

hacer lo que queramos, *sujetos a las consecuencias que puedan resultar*, sin que nuestros semejantes nos lo impidan, en la medida en que lo que hacemos no les ocasione ningún daño...» (MILL, 1981: 15). Obsérvese que este enunciado del principio del daño también contiene, en el pasaje que resalté en versales, una advertencia a quienes gozan de la libertad: quien mala cama hace en ella yace. El principio del daño les asegura la autonomía para elegir el bien o el mal: esa es la naturaleza de la libertad. Considérese entonces a quien tolera a otro *para* hacer más probable la producción de malos resultados, garantizando cierta libertad con la intención o esperanza de que será mal empleada<sup>4</sup>. Sería preocupante si un gobierno tolerara el fumar porque sus funcionarios descubrieron que los fumadores mueren con suficiente antelación como para generar ahorros netos en las pensiones. Otro ejemplo de tolerancia por razones equivocadas se encuentra en uno de los votos en disidencia en el caso *Lawrence v. Texas* (2003). El juez Clarence Thomas rechazó la idea de que la constitución estadounidense confiere una libertad lo suficientemente amplia como para proteger conductas homosexuales consentidas y privadas entre adultos. Pero también dijo que, si él fuera un legislador de Texas en lugar de juez federal, las habría tolerado, con fundamento en que la represión de los homosexuales «no parece ser una manera digna de gastar valiosos recursos jurídicos». Esto sugiere que la homosexualidad debe ser tolerada solamente porque, y en la medida en que, existen males más graves a reprimir. Si se hubiese aceptado esto como fundamento de la tolerancia, los gays estadounidenses se habrían sentido preocupados con razón.

(3) Finalmente, la tolerancia puede fallar de una manera más compleja cuando se la brinda con el *espíritu* equivocado. Con frecuencia se asume, quizás porque a veces es cierto, que la tolerancia es una virtud reticente. La explicación de esto no es difícil de hallar. La tolerancia exige que la gente no actúe en base a un juicio que se estima correcto en virtud de sus méritos, y cuanto mayor confianza tengan en la creencia de que el juicio es correcto, menos inclinados estarán a ceder en la senda de la tolerancia. Además, la gente puede ver la fuerza de un argumento a favor de la tolerancia sin que realmente lo tome en serio, y puede sentirse compelida a ajustar su conducta a él sin siquiera ver su fuerza. En consecuencia, pese a tolerar, la gente puede dejar bien en claro que desearía no *tener que* ser tolerante. Ejemplos de casos del dominio privado vienen a la mente con facilidad: minorías raciales cuya llegada a un vecindario es tolerada pero a las que pocos les dirigen la palabra. También hay ejemplos de casos del dominio público. Luego de que la Corte Suprema de Canadá declaró inconstitucional que el estado trate a

---

<sup>4</sup> Para una discusión de tales ejemplos, véanse GARDNER, 1993: 90, y COHEN, 2004: 81-83.

las parejas del mismo sexo de forma diferente a las parejas no casadas de diferente sexo, el gobierno entonces conservador de Ontario promulgó una ley que ajustó en forma reticente las leyes de familia de la provincia a la constitución. El respeto por las parejas del mismo sexo fue proclamado en una ley denominada *Enmiendas ordenadas por la decisión de la Corte Suprema de Canadá en el caso M. v. H.* A nadie le gusta ser tolerado de manera reticente, y menos cuando esa reticencia es tan ostentosa. Cuando tenemos derecho a un cierto trato, queremos que ese trato se nos dispense de un modo consistente con las razones que le dan fundamento. (A la gente tampoco le gusta ser admirada en forma reticente). Pero la reticencia no necesita formar parte de la tolerancia, y ésta es nuestra tercera corrección. Se puede incluso tolerar con gusto y generosidad, por un sentido de respeto o asombro frente a la rica diversidad de las vidas humanas. Aquí, nuevamente, LOCKE proporciona una guía confiable:

... ningún particular tiene derecho a perjudicar de ningún modo a otro en el ejercicio de sus derechos civiles por el hecho de que sea de otra iglesia o religión ... No ha de ejercerse violencia o daño sobre él, sea que se trate de un cristiano o un pagano. Aún más, no debemos conformarnos con las estrechas reglas de la nuda justicia: la caridad, la magnificencia y la liberalidad deben sumarse a ella. Esto es lo que ordena el Evangelio, lo que indica la razón y lo que la confraternidad natural en la que nacimos nos demanda (LOCKE, 1983: 31).

Una de estas líneas argumentativas se dirige a los cristianos que imaginan que están relevados de sus deberes religiosos cuando les conceden a otros «las estrechas reglas de la nuda justicia», adecuándose a la moral de la ley pero desafiando al evangelio del amor. Pero LOCKE también menciona un argumento no teológico que se nos aplica a todos. Les debemos a quienes toleramos caridad, magnificencia y liberalidad como una expresión racional de la «confraternidad natural» de toda la humanidad. No creo que importe si tomamos esto como un argumento a favor de la importancia de virtudes complementarias, pero adicionadas, a la tolerancia, o si consideramos que muestra que existe una red de actitudes íntimamente conectadas sin las cuales la tolerancia sería, en sí misma, deficiente. En cualquier caso, se nos pide que garanticemos que la tolerancia refleje el estatus moral del tolerado. ¿Hay aquí algún tipo de contradicción?<sup>5</sup> Después de todo, la tolerancia surge solo en presencia de juicios *adversos*, y si LOCKE nos está diciendo que debemos ser no solo caritativos con quienes toleramos sino también «afectuosos», ¿cómo podemos preservar la fuerza de nuestra aversión sin volver a

<sup>5</sup> Hay similitudes entre este caso y la contradicción (aparente) de pensar que una cierta política debería ser promulgada, mientras se acepta plenamente la autoridad de una política contraria si nuestra opción preferida fuese votada en contra. Véase WOLLHEIM, 1962.

pecar (o concedernos una autocomplacencia engreída)? En realidad, no hay contradicción. LOCKE nos recuerda que el sustrato moral de la tolerancia no es solo una condición lógicamente necesaria para ser un posible receptor de las actitudes tolerantes: es algo que da forma al modo en que esas actitudes deben desarrollarse y la tolerancia misma debe desplegarse. Una tolerancia reticente no puede cumplir con lo que nos debemos unos a otros como parte de una *confraternidad natural*. Los desacuerdos acerca de qué hacer o cómo vivir deben entenderse como disputas entre miembros de una especie, que comparten ancestros comunes y cuyas necesidades, dolores y placeres más básicos no tienen cultura ni lenguaje. Nuestras razones para tolerar a los demás miembros exigen que lo hagamos de modo consistente con ese estatus. No atendemos a estas demandas tanto como deberíamos, y si ellas fueran restablecidas al lugar que les corresponde, la tolerancia sería menos irritante de lo que a veces parece.

### 3. LAS OCASIONES PARA TOLERAR: EL PODER

Dado que la tolerancia puede ser deficiente en su alcance, sus fundamentos o su espíritu, quien es tolerado bien puede tener razones para quejarse. Gran parte de la carga de ser tolerado puede explicarse debido a esas deficiencias. Pero no por completo. Es posible que incluso una tolerancia amplia, fundada en principios y generosa resulte hiriente debido al propio hecho de que es necesaria. Desde el punto de vista de los tolerados, la tolerancia es normalmente un segundo mejor: más bien preferían no encontrarse en una situación en la que *tengan que* depender de la tolerancia de los demás.

Un aspecto de esta cuestión tiene que ver con el hecho de que la tolerancia refrena los intentos de *prevención* de la conducta desaprobada. D. D. RAPHAEL observa que «se puede hablar con pleno sentido de tolerar, esto es, de autorizar o permitir, solo si se está en una posición desde la que se puede no autorizar. Se debe tener el poder de prohibir o impedir para estar en posición de permitir» (RAPHAEL, 1988: 139). Existe por ende una conexión entre ser tolerado y estar sujeto al poder de alguien. Pero deben tenerse presentes tres advertencias al interpretar esta cuestión: en primer lugar, el poder relevante es poder social y no hay ninguna razón para presumir que esté justificado: puede tratarse simplemente de poder *de facto*. En segundo lugar, no es preciso que se trate de poder coercitivo: como se indicó previamente, la gente también trata de prevenir conductas mediante intervenciones no coercitivas de muchas clases. En tercer lugar, la conexión entre la tolerancia y el poder puede ser indirecta. RAPHAEL presenta esto en términos de *tener* el poder de prevenir. Sin embargo, la gente podría también adoptar el principio

de tolerancia si *creen* contar con ese poder, y también pueden adoptarlo en forma profiláctica, para el caso de que alguna vez *lleguen a tener* el poder de prevenir<sup>6</sup>.

La importancia del poder social se advierte en la distinción corriente entre tolerancia, por una parte, y entereza o resignación, por la otra. Herbert MARCUSE criticaba lo que denominó «tolerancia represiva», pero con ello no quiso decir que la tolerancia sea siempre una fuerza represiva. Pensaba que con demasiada frecuencia «la tolerancia se extiende a políticas, condiciones y formas de conducta que no deberían ser toleradas porque obstruyen —si no destruyen— las posibilidades de crear una existencia sin miedos ni miserias» (MARCUSE, 1965: 82). MARCUSE pensaba que esto se verificaba en el caso de los estadounidenses quienes —se quejaba— toleraban que su país poseyera y empleara armas nucleares, la corrupción de sus políticos por la riqueza y «la sistemática estupidización de los niños y los adultos por igual a través de la publicidad y la propaganda» (MARCUSE, 1965: 83). Un panorama desalentador. Pero MARCUSE puede haber malinterpretado a los estadounidenses. Presuponía que muchos de ellos habrían sostenido (al menos en 1965) que tales cosas eran equivocadas pero tolerables. Pero puede haber sido peor que eso: quizás el estadounidense promedio reconocía esos hechos pero los consideraba inobjectables. Por otro lado, quizás las cosas eran en cierto sentido mejor de lo que MARCUSE suponía: quizás la mayoría de gente era bien consciente de esos vicios pero no veía ninguna salida. No estaban tolerando en forma represiva, porque no estaban tolerando en absoluto: estaban simplemente resignados frente a un sistema político y económico sólidamente blindado contra cambios fundamentales. En tal caso, lo que MARCUSE tomó equivocadamente por tolerancia represiva era en realidad resignación. Y así como la tolerancia no siempre es una virtud, la resignación no siempre es un vicio, por ejemplo, cuando de hecho no hay esperanza de mejoras.

Aunque la tolerancia está entonces ligada con el poder, vale la pena subrayar que nada de esto muestra que sea una *forma* de poder, y menos que sea una forma represiva u opresiva. Pero hay un grano de verdad en esas dramáticas exageraciones. La tolerancia es originaria de entornos políticos en los que el poder está, o pronto estará, en juego. Dada la elección entre, por ejemplo (a) una situación en la que alguien puede impedir que usted rece como lo desea pero que tolerará que lo haga y (b) una situación en la que esa persona carece de todo poder semejante, la mayoría de las personas religiosas preferirán (b). ¿Quién quiere vivir por gracia y favor de los poderosos? Esto es particularmente verdadero cuando los tolerados no tienen un

---

<sup>6</sup> Estoy aquí en deuda con la fructífera discusión en COHEN, 2004: 93-94.

poder similar sobre los tolerantes. En lo que a esto concierne, la tolerancia comparte algo con otras relaciones deseables pero asimétricas, como ofrecer misericordia o apiadarse, que también pueden ser incómodas para sus destinatarios. Y cuando consideramos a las personas, no como mónadas, sino como miembros de grupos minoritarios, entonces el hecho de la tolerancia puede ser un recordatorio poco feliz de la distribución social del poder. Así, algunos musulmanes tradicionalistas que inmigraron a occidente se tienen que resignar a muchas características de las sociedades que los rodean, por ejemplo, al hecho de que sus niñas crecerán viendo a mujeres vistiendo faldas cortas, flirteando con extraños, bebiendo en bares, etc. En cambio, los miembros de las sociedades anfitrionas pueden (esperamos) aprender a tolerar el hecho de que algunas niñas musulmanas usen velo. Siendo las cosas como son, la sociedad anfitriona tiene opciones de las que carece el grupo inmigrante. La tolerancia no causa o legitima esa diferencia de poder, pero sí la refleja, y ésa es otra cosa que resulta desagradable de ser tolerado.

#### 4. LAS OCASIONES PARA TOLERAR: EL JUICIO

Tenemos ahora dos explicaciones de por qué puede lastimar el ser tolerado: la tolerancia puede ser inadecuada, o el hecho de que otros estén en posición de tolerar puede ser algo para lamentar. Ninguna de ellas explica por qué las quejas acerca de ser tolerado se formulan con tanta frecuencia en términos de una petición de *aceptación*. Para entender esto necesitamos advertir la importancia de otra cuestión: la tolerancia solo se requiere frente al juicio de que la conducta (o, quizás, el estado de cosas) tolerada es en algún sentido equivocada o deficiente<sup>7</sup>.

Alguna forma de juicio adverso resulta esencial para la tolerancia. Ésa es la razón por la cual una actitud meramente *permissiva* frente a hacer  $\varnothing$  no muestra que se tolere hacer  $\varnothing$ . Así, por poner un ejemplo, no podría decirse que yo tolere la conducta homosexual, pues a pesar de que nunca pensaría en tratar de impedirlo, tampoco veo nada deficiente en ella, de modo que ninguna contención es necesaria. Desde luego, no soy intolerante a su respecto: la cuestión simplemente no se plantea. Por otra parte, sí tolero la circuncisión ritual de niños porque, aunque tampoco intentaría impedirlo, pienso que las amputaciones no consentidas son incorrectas, al menos cuando se las practica para satisfacer los puntos de vista de alguien sobre sus propias obligaciones religiosas hacia el amputado. Algunos de quienes comparten mis actitudes

<sup>7</sup> Entre las «deficiencias» incluyo cosas como el que sean incompletas, sesgadas, etcétera. Éstos no son siempre vicios morales, y pueden constituir condiciones necesarias para tener ciertas virtudes: véase Raz, 1988: 165.



permissivas lo hacen por razones opuestas: aprueban la amputación pero condenan la creencia. Si es así, esas personas toleran lo que yo no tolero. Qué actos puede decirse que toleramos dependen así no solo de lo que estemos (o no) dispuestos a hacer a su respecto, sino también de los juicios subyacentes a la luz de los cuales actuamos o nos abstenemos de actuar<sup>8</sup>.

Naturalmente, los tolerados raramente comparten el juicio adverso. Se podría objetar: ¿pero cómo podrían saber que alguien apoya ese juicio? En la medida en que no exista un rencor desenfocado, ¿no verán solamente la permisión? Quizás, y cuando sea así, la tolerancia podría no ser hiriente. Estamos tratando de comprender cómo *pueden* surgir esos sentimientos, no cómo *deben* surgir. (Sabemos que *pueden* surgir, porque sabemos que de hecho *surgen*). En la práctica, la invisibilidad de los juicios que subyacen a la tolerancia es poco común. Quienes juzgan que hacer  $\phi$  constituye una deficiencia normalmente lo revelan de muchas maneras: evitando el hacer  $\phi$ , argumentando en contra de hacer  $\phi$  y, dentro de los límites de la tolerancia, desalentando el hacer  $\phi$ . Por otra parte, en los casos que resultan políticamente más relevantes, la tolerancia con frecuencia cohabita con juicios adversos *generalizados* que se vinculan con conductas que implican actitudes fundamentales e incluso constitutivas de la identidad hacia el amor, la fe, el trabajo, etc. Cuando las prácticas de las minorías religiosas, culturales o sexuales se enfrentan con una hostilidad tan amplia, ella puede limitar los términos del discurso político dentro de sus sociedades. En casos extremos, podría parecer que no hay siquiera un vocabulario aceptado en el que puedan disentir: los juicios adversos se han tornado hegemónicos. ¿Nos sentiríamos tentados a decir: «Supéralo»? Es difícil decirlo. Se necesitaría ser Sócrates para que no nos importe cómo reaccionan los demás en tales circunstancias, y sería muy humano sentirse herido por esa clase de desaprobación.

## 5. ACEPTACIÓN

Ahora vemos por qué la carga de ser tolerado se expresa con tanta frecuencia como una exigencia de aceptación: ésta es una respuesta natural al juicio adverso del tipo que subyace a la tolerancia.

---

<sup>8</sup> Existen aquí ciertas complicaciones que vale la pena resaltar. En primer lugar, tenemos la cuestión de si es necesario que el juicio sea consciente. ¿Deberíamos decir que alguien tolera una actividad si está «comprometido» con un juicio adverso a su respecto, pese a que esa persona no está consciente de ese compromiso? En segundo lugar, ¿cualquier «actitud contraria», como acostumbraban decir, califica como un *juicio* adverso, o es preciso que se trate de una actitud con una cierta estructura, o capaz de adoptar un cierto propósito? (¿El odio ciego es un juicio? ¿Puede la diferencia racial ser objeto de tolerancia?). Un estudio de estas cuestiones nos alejaría demasiado de nuestros propósitos actuales.

En la retórica política, sin embargo, qué es lo que realmente significa «aceptación» varía mucho con el contexto. A veces, *significa* simplemente tolerancia, o al menos una tolerancia más completa. Por ejemplo, cuando los gays dicen que quieren ser aceptados en las fuerzas armadas estadounidenses, y no meramente tolerados bajo la política de Clinton del «no preguntes, no cuentes», no es que tengan la esperanza de que sus superiores piensen que es fenomenal que ellos sean gay, o que los acompañen en el desfile del orgullo gay. Objetan el hecho de que ser abiertamente gay sigue siendo una causa de baja del servicio y que, por tanto, hoy *no* son tolerados, o que son tolerados solo en condiciones extorsivas que no se imponen a ningún otro grupo cuya proximidad haga que algunos de los alistados se sientan incómodos.

Una segunda noción de aceptación está muy relacionada con las facilidades que se otorgan. Un empleador no solo debe abstenerse de despedir a sus empleados con discapacidades, sino que también debe aceptarlos en la fuerza de trabajo y suministrarles facilidades adecuadas para permitirles trabajar. Si hemos de exponer la justificación para imponer esos deberes a los empleadores, deberíamos mencionar el hecho de que un lugar de trabajo accesible reconoce la dignidad y expresa el respeto a las habilidades de las personas con discapacidad. Todo esto es importante, pero no agrega nada al tipo de aceptación que podría aliviar al tolerado. El suministro de instalaciones sanitarias accesibles o de tecnologías de asistencia no suaviza ni matiza el juicio de que es algo para *lamentar* que alguien las necesite o que sería mejor para la productividad de la empresa si no las necesitara. Y la posibilidad de suministrar esas facilidades descansa en el poder de intervenir en las vidas de quienes las necesitan, del mismo modo en que la posibilidad de la tolerancia descansa en el poder de intervenir en las vidas de los tolerados.

Estamos más próximos a lo que necesitamos respecto de la noción de aceptación entendida como algo parecido a la *valoración* de la diferencia. Los tolerados no necesitan suponer que el tolerante *comparta* los valores que los dividen, pero uno puede valorar el hecho de que los demás tengan diferentes valores, y uno puede valorarlos más allá de, o a pesar de, la diferencia de valores. En este espíritu, Audre LORDE escribe que «La diferencia debe no meramente ser tolerada, sino vista como una reserva de las polaridades necesarias entre las cuales la chispa de nuestra creatividad puede surgir como una dialéctica» (LORDE, 1984: 111). Éstos son días difíciles para la dialéctica, e incluso para las diferencias. Dejando eso de lado, está abierto a la discusión en qué medida la valoración de las diferencias debe expresarse en la valoración de esta persona en particular con su vida y sus valores diferentes. Con respecto a una determinada diferencia, tenemos la cuestión de si ella genera alguna chispa creativa. Supóngase que requerimos una reserva de polaridades necesarias para mantener la creatividad moral y las experiencias de la vida. De ello no se sigue que necesitemos todas las

opciones que *nuestra* cultura pone a disposición. Solo necesitamos un espectro lo suficientemente amplio. La historia muestra que podemos obtener muchas de las chispas creativas que vuelan entre anglicanos y presbiterianos sin ninguna necesidad de los católicos, por no decir nada de los wiccanos. De hecho, puede haber opciones —religiones benignas pero aburridas, por ejemplo— que podrían incluso reprimirse para suministrar espacio y apoyo a otras más interesantes que traerán mayor potencial creativo para las experiencias de la vida. Para celebrar las diferencias entre nuestras opciones *existentes* necesitaremos no solo el amor abstracto de la diferencia que LORD busca promover, sino un amor a *nuestras propias* diferencias. ¿Trascenderemos en general la tolerancia a través de un amor así?

Existen contextos en los que esa clase amor es adecuada. Los padres, por ejemplo, no deberían meramente tolerar la homosexualidad de sus hijos: deberían aceptarla. La razón por la que los padres deberían hacerlo se basa en el tipo de relación que deberían aspirar tener con sus hijos. No obstante, la aceptación es con frecuencia difícil en esas relaciones, y ni hablar fuera de ellas. Los padres que piensan que la sexualidad de sus hijos es un desorden moral, o una enfermedad, o que es simplemente desagradable, primero necesitan abandonar la idea de que pueden hacer algo al respecto. Para algunos esto será un enorme paso y les exigirá abandonar sus fantasías de poder paternal. Pero ése es solo el principio. Ningún hijo quiere que sus padres simplemente se resignen a su sexualidad. El juicio que lo confirma puede deformar el amor que los padres les deben a sus hijos y minar la honestidad con la que los hijos deberían conectarse con sus padres. Los hijos necesitan que sus padres juzguen que su sexualidad no es una deficiencia o, si lo es, que no es el tipo de deficiencia que justifica ninguna intervención paternal.

Elegí este ejemplo por dos razones. En primer lugar, se trata de un caso en el que la aceptación tiene, para muchos de nosotros al menos, un poderoso atractivo. Los padres que realmente *no pueden* aceptar la sexualidad de sus hijos —y algunos son incapaces de hacerlo— no pueden gozar de un amor paternal pleno por sus hijos<sup>9</sup>. Si su hostilidad hace que sus hijos se escondan, pueden perder cualquier relación auténtica con ellos. En segun-

---

<sup>9</sup> No niego que esos padres tienen un amor parcial o condicional por sus hijos, y sin dudas no afirmo que su incapacidad para un amor pleno implique que odian a sus hijos. (Aunque se conocen casos semejantes). El fracaso de los padres, aunque lamentable, también puede ser no reprochable. La aceptación no se encuentra más directamente sujeta a nuestra voluntad que la creencia. No podemos simplemente *decidir* aceptar que *p*, cuando sentimos en lo profundo de nosotros que *no p*, y ningún argumento sereno y racional podrá persuadirnos de lo contrario. Podríamos en consecuencia necesitar aproximarnos sigilosamente a *no p*, exponiéndonos a influencias que ponen de manifiesto la posibilidad de *p*, o tratar de interpretar las cosas a partir de *p*, etc. Con el tiempo podríamos entonces llegar a ver que *p* es posible, susceptible de ser apoyado y, finalmente, si tenemos suerte, aceptable. (Cuando se los lleva al agua, algunos caballos beben).

do lugar, el ejemplo también muestra por qué es inútil tener esperanza de que las dificultades de la tolerancia pueden normalmente superarse con la aceptación. Hasta los padres, que tienen una de las motivaciones más fuertes para intentarlo, pueden no obstante ser incapaces de aceptar. Las probabilidades de que motivaciones más débiles —incluyendo las apelaciones a lo maravilloso de la diferencia— puedan tener éxito donde el amor fracasó son muy reducidas.

Lo que es más, incluso cuando la aceptación es deseable y posible, rara vez viene sin alguna pérdida. Si un padre adhiere a la fe homofóbica, ¿cómo puede aceptar la sexualidad de su hijo sin volverse un disidente interno, un creyente de una iglesia que acepta la inclusión de homosexuales, o un no creyente? No obstante, cualquiera de estas opciones le provocará también alienación de una forma de vida en la que no solo está comprometido, sino que habitualmente tienen ciertas virtudes. Los padres laicos se enfrentan a desafíos no menos profundos. Puede que necesiten reexaminar sus opiniones sobre los límites de la familia o del significado del sexo. Incluso hoy, la cultura heterosexual trata de mantener la sexualidad bajo control, y no es algo malo tener algún espacio libre de sus distracciones. Sin embargo, debido a lo evidente de su diferencia, los niños gay muchas veces se vuelven orgullosos de su sexualidad en formas que incomodan a los padres más liberales. Los padres laicos que considerarían ininteligibles o perversos a los juicios *morales* acerca de la sexualidad de un hijo podrían pese a ello pasar un mal momento para aceptar lo exuberante y prominente de la sexualidad en la vida de un hijo gay. Y todos los padres, religiosos y laicos, que aceptan a sus hijos gay deberán rechazar o tolerar a su propia familia, amigos y colegas homofóbicos.

En la medida en que el bien es plural, esos costos son inevitables, Robert Paul WOLFF escribe que: «La tolerancia política es ese estado de la mente y condición de la sociedad que permite que una democracia pluralista funcione bien y se realice el ideal del pluralismo»<sup>10</sup>. WOLFF ofrece esto como un análisis, no como una recomendación, porque es escéptico respecto de las pretensiones de la democracia pluralista (principalmente con fundamento en que no es tan pluralista como lo pretende). Pero su idea general es correcta: la tolerancia es, entre otras cosas, una virtud necesaria para el pluralismo. La aceptación, por otra parte, es una virtud necesaria para la unidad. El pluralismo que la tolerancia hace posible tiende a competir con una aceptación plena de los demás. Por esa razón, es legítimo tener esperanza de aceptación

---

<sup>10</sup> WOLFF, 1965: 4. La defensa moderna más influyente de esta posición se encuentra en RAZ, 1986. He discutido algunos de los riesgos de tratar al pluralismo valorativo como un enfoque general de la diferencia cultural en GREEN, 2001.

en algunas relaciones, usualmente íntimas, y también por eso deberíamos ser escépticos respecto de tratar de darle un papel amplio en la política.

## 6. RECONOCIMIENTO

Nuestra revisión de la aceptación ha producido en general resultados negativos. Pero nos dice algo acerca de las posibles soluciones. Cualquier posición que busque aliviar lo hiriente de la tolerancia ha de mantener dos globos en el aire: tiene que ser consistente con cierto tipo de juicio adverso (de lo contrario la tolerancia ya no se necesita) y debe tener también la aptitud de retirar algo de lo hiriente de ese juicio (de lo contrario la tolerancia no sería menos agobiante).

Un enfoque que tiene los recursos para hacer ambas cosas se basa en lo que muchas veces se denomina «reconocimiento». Supóngase que debemos tolerar vestimentas y símbolos religiosos aunque sean ostentosos, como las monjas católicas vistiendo sus hábitos, las mujeres musulmanas usando el *hiyab* y los hombres *sikh* usando su daga ceremonial, el *kirpan*. Ninguna de estas actividades debería ser criminalizada o impedida por otras formas de regulación, y deberían ser toleradas de buena gana incluso por quienes las consideran supersticiosas, sexistas, etc. Existen, sin embargo, varios caminos para llegar a esa conclusión. Entre ellos se incluye la idea de que la gente tiene el derecho de vestirse como quiera, al menos cuando no haya una razón de interés público que disponga lo contrario. Bajo esta interpretación, el hábito, el *hiyab* y el *kirpan* deben ser tolerados de la misma manera y por la misma razón que deberíamos tolerar vestimentas llamativas en los funerales, estudiantes con apariencia «gangsta», y a los escoceses usando el *sgian dubh*. Todos estos casos quedan comprendidos en la libertad de vestirse como se quiera, que es un aspecto de la libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros fines de MILL. Y éste no es un supuesto de tolerancia por malas razones: la libertad en nuestros gustos es una libertad importante, y que da fundamento a muchos argumentos a favor de la tolerancia.

No obstante, es un hecho que la mayoría de los religiosos no valorarían ellos mismos las actividades toleradas bajo la descripción que acabo de dar. Es muy poco probable que las reconozcan como expresiones de una libertad general de vestirse como se desea, porque constituyen rasgos de formas de vida que rechazan esa libertad. El hábito, el *hiyab* y el *kirpan* son corrientemente usados de conformidad con un deber percibido de vestirse de ciertas maneras y abstenerse de hacerlo de otras. El representarlos como instancias de la libertad en los gustos y objetivos puede ser útil para establecer alianzas

políticas o promover una actitud permisiva sin atraer demasiada atención hacia sus consecuencias, pero distorsionaría aquello en lo que realmente consisten. El tolerar sin reconocer en qué consiste para ellos la cuestión del vestido es combinar una permisión bienvenida con un juicio erróneo no bienvenido.

¿Por qué podría esto importar si es que estamos llegando al fondo de la cuestión? Importa porque podría malinterpretar el daño que provoca la intolerancia y eso puede afectar nuestra comprensión de lo que exige la cuestión de fondo. Otro ejemplo puede permitir aclararlo. Hasta que fue invalidado judicialmente en 1967, todos los estados norteamericanos tenían la potestad de prohibir matrimonios entre personas negras y blancas, y algunos de ellos la ejercieron. No es necesario decir que esto violaba la libertad de asociación. Pero pensar que eso era lo que estaba en discusión en *Loving v Virginia* (1967) es perder de vista la perversidad fundamental de las leyes contra el matrimonio interracial. Por supuesto que *sí* interferían con la libertad de asociación pero, junto con las escuelas y los compartimentos de trenes segregados, lo hacían con el fin de asegurar las bases fundamentales del *apartheid*. La cuestión no es que «restringir la libertad de asociación» suene demasiado suave, demasiado higiénico, como para captar el profundo ataque a la dignidad humana que causaban estas leyes. El punto es que oscurece el significado de las prohibiciones del matrimonio interracial en el contexto relevante. *Loving* atacaba el racismo. Ésa era la intolerancia a la que apuntaba: el odio racial era su raíz. Si *Loving* se hubiera decidido sin nombrar ese vicio, podría haber sido un triunfo retórico, pero habría constituido un fracaso moral. Únicamente comprendiendo lo que constituía la prohibición de los matrimonios interraciales para quienes querían celebrarlos podemos entender la profundidad del daño y la forma que debe asumir el remedio adecuado. Es fácil, especialmente para los abogados, no advertir la importancia de esta cuestión. El abogado está enfocado en ganar, y para ganar puede que tenga que sumar a aquellos que preferirían no hacer frente al hecho de que el sistema jurídico ha estado gestionando el *apartheid*, y que podrían sentirse muy poco comprometidos a desmantelarlo. Por consiguiente, los abogados muchas veces están tentados a fundar sus casos en los principios más abstractos y vagos que puedan encontrar, con la esperanza de construir una coalición que triunfe ante los tribunales, sin preocuparse demasiado sobre lo que pase luego, si es que pasa algo. (También el racista aprende a invocar la libertad de asociación).

Estas consideraciones apoyan la idea de tratar de contemplar la cuestión como lo hacen los tolerados. Cuando las cuestiones pertinentes están ligadas a nuestra identidad social, tenemos otro nivel de análisis. Se ha sostenido que aquí se necesita de reconocimiento mutuo (TAYLOR, 1992; HONNETH,

1996)<sup>11</sup>. Desde este punto de vista, nuestras identidades se elaboran en diálogo con los demás. HEGEL sugería que este carácter mutuo puede trascender profundas desigualdades de poder: sostenía que incluso el amo depende de su esclavo porque necesita de su reconocimiento. De manera que quizás nuestras religiones, sexualidades y culturas diferentes también se elaboran a partir de una interdependencia entrelazada. Si el autoconocimiento exige el poder de vernos a nosotros mismos como nos ven los demás, el reconocimiento exige el poder de ver a los demás como ellos *se ven a sí mismos*. La gente generalmente quiere ese reconocimiento, y toma como una forma de insulto un reconocimiento distorsionado (TAYLOR, 1992: 25). En el caso de un reconocimiento distorsionado radical, corremos el riesgo de tolerar una ficción, a alguien que no es la persona que se muestra ante nosotros sino un personaje de nuestra propia narrativa. Por consiguiente, si toleramos el hijab o el kirpan como un aspecto de la libertad de vestirse como se lo desea, no estamos reconociendo en forma distorsionada a sus portadores incluso al permitirles hacer lo que desean. Y en la concepción dialógica de la identidad, esto no es solamente una lesión a los tolerados: también es una lesión a los tolerantes.

Esta clase de argumento es inmune a una de las objeciones contra la aceptación: el reconocimiento no borra la diferencia que se tolera. Por el contrario, el reconocimiento pretende representarlo: la idea no consiste en que necesito compartir sus valores sino en que necesito que usted conozca su identidad. No necesito aceptar a Cristo como mi salvador a fin de interactuar con usted sobre la base en que *usted* lo hace. Pero, prosigue el argumento, para representar adecuadamente este hecho acerca de usted —un hecho que de un modo complejo también puede resultar crucial para dar forma a mi propia y diferente identidad— también debo captarlo *correctamente*.

Podrían plantearse diversas dudas respecto de esta teoría: ¿cuán determinadas y estables son estas identidades? ¿Qué se requiere para captarlas correctamente? Y, ¿cuán interdependientes son? Dejemos de lado estas objeciones y preguntemos en cambio hasta qué punto una explicación en términos de reconocimiento puede dar cuenta de nuestras preocupaciones acerca de la tolerancia. Indudablemente puedo reconocer su fe aunque la rechace, pero quizás la idea de que sus diferencias de algún modo dan forma a mi identidad sugiere que al menos tenemos aquí una limitada parte en común. Quizás existen *clases* de desaprobación que son pragmáticamente contradictorias con la idea de que nuestras identidades están dialógicamente

---

<sup>11</sup> En GALEOTTI, 2002, el reconocimiento está asociado al respeto igualitario. Eso es algo diferente (aunque no incompatible) del sentido de «reconocimiento» que exploro aquí, que es de un carácter más identitario.

relacionadas, y restringir las formas puede consiguientemente suavizar los aspectos más rípidos de un juicio adverso. ¿Podría ser esto lo que justifica la idea de LOCKE de que la intolerancia se expresa no solo a través de la coerción preventiva sino también a través de actitudes autoritarias?

Estas ideas son sugestivas, pero hay razones para dudar de si el reconocimiento, en el sentido que privilegian estos filósofos, puede insuflarles vida. El reconocimiento establece un parámetro demasiado exigente. Al pretender representar a la gente tal como es, sin ninguna *distorsión* en ese reconocimiento, se están formulando exigencias que son tan irrealizables como las de la aceptación general. Puede que no contemos con los conceptos esenciales para reproducir la autocomprensión del otro, dado que el modo en que interpreta su vida puede estar tan ligado a prácticas radicalmente diferentes que nuestra asociación más cercana puede no ser suficientemente buena. Quizás lo más cerca que podemos llegar de comprender a un afgano o un africano cuya identidad primaria es tribal consiste en desplegar cierta analogía con nuestro concepto de familia o de partido político. Esto probablemente será inadecuado; no obstante, puede que eso sea lo mejor que podamos hacer. Incluso aunque no haya ninguna dificultad conceptual seria, nuestras propias creencias y actitudes pueden interferir con la posibilidad de formarnos una idea clara de otras personas y sus prácticas. NAGEL critica ciertos argumentos contra la tolerancia hacia la pornografía con fundamento en que los significados que se le imputan (odio, desprecio, etc.) no son otra cosa que proyecciones de miedos y fantasías sexuales de los intolerantes, no interpretaciones auténticas de lo que el material significa para su usuario típico. NAGEL sostiene que

nadie es lo bastante polimórficamente perverso como para ser capaz de ingresar con imaginativa simpatía en la sexualidad de todos sus conciudadanos. Cualquier intento de tratar a esta jungla psíquica de mundos privados como un espacio público muy probablemente será una expresión de las propias fantasías sexuales en lugar de basarse en una apreciación precisa del significado de la sexualidad de los demás (NAGEL, 2002: 50).

La duda que podamos avanzar confiadamente sobre la base de «una apreciación precisa del significado de la sexualidad de los demás» es una buena razón para suponer que el reconocimiento auténtico no es generalmente posible<sup>12</sup>. La capacidad de las imágenes e historias sexuales para fijar

<sup>12</sup> NAGEL también pretende valerse de este hecho para trazar los límites de la esfera privada: es debido a que carecemos de significados públicos acordados que la interferencia es incorrecta y se requiere tolerancia. Esto resulta excesivo. Existe también una profusión de significados en conflicto en muchas áreas que están definitivamente dentro de la esfera pública —las interpretaciones de la propiedad, por ejemplo—. No puedo ingresar con plena simpatía imaginativa en



la imaginación humana significa que uno tiende a reaccionar frente a ellas sobre la base del modo en que uno se sentiría o respondería si *uno mismo* estuviera involucrado. Y el sexo no es único en esto. Lo mismo parece suceder también con la comida, a cuyo respecto las personas también hacen proyecciones aventuradas cuando contemplan la diversidad de hábitos culinarios, por ejemplo, cuando se enteran de que en una cierta cultura la gente disfruta comiendo caballos o perros. En estos ámbitos, nuestra imaginación parecer ser endémicamente limitada y nuestras posibilidades de lograr un auténtico reconocimiento parecen proporcionalmente pobres.

## 7. COMPRENSIÓN

El fracaso del reconocimiento se debe a una característica clave de ese ideal tal como fue especificada arriba: sostiene que la gente tienen la necesidad de ser reconocida *tal como es*, y que hacerlo a medias puede ser tan malo como no hacerlo. Eso impone un parámetro muy alto, probablemente insalvable. Pero podríamos ser más modestos. Sin la esperanza de aceptar o bien reconocer verdaderamente a aquellos que se diferencian de nosotros, podríamos no obstante esforzarnos por *comprenderlos*. Lo que tengo en mente se relaciona con lo que NAGEL denomina «simpatía imaginativa» y con el enfoque a la comprensión histórica que se encuentra en la *Verstehendesozologie*: el intento de captar o recrear, en la medida de nuestras posibilidades, los significados que los actos y los símbolos tienen para sus agentes.

En una rica discusión, NAGEL niega que quienes tienen fantasías sexuales sádicas o masoquistas simplemente asignen un valor diferente a actos que el resto de nosotros aborrecemos: «no es que les encante *la misma cosa* que a mí me repugna; es algo distinto que no comprendo porque no encaja en la configuración particular de mi imaginación sexual...» (NAGEL, 2002: 50). La comprensión, no obstante, es una cuestión de grados, y el enfoque abiertamente modesto de NAGEL en realidad reclama un grado significativo de comprensión. Por empezar, a fin de saber que al sádico *no* le gusta la misma cosa que a mí me repugna, necesito saber al menos lo siguiente: que no estamos simplemente hablando de alguien que, por así decirlo, tiene los cables cruzados. Como veremos, ése es ya un logro de empatía que no puede simplemente darse por sentado. Significativamente, NAGEL entiende que

---

el mundo de un aborigen cuya relación moral con la tierra es espiritual y no tiene carácter propietario. Pero no estamos por ello tentados a pensar que el control sobre la propiedad cae dentro de la esfera privada. Pensamos que necesitamos negociar un acuerdo público entre personas con interpretaciones tan diferentes.

los deseos sádicos o masoquistas *son* formas de deseo sexual. Y hay más: también advierte que esos deseos implican «algo que tiene que ver con el sentido del propio cuerpo y de los cuerpos de los demás, la liberación de la vergüenza, la desinhibición del control físico, la transgresión y la entrega —pero estoy conjeturando—». Ésa es una muy buen conjetura. En todo caso, no es muy distinto de lo que efectivamente dicen quienes son lo suficientemente reflexivos y valientes como para escribir acerca de sus deseos sadomasoquistas<sup>13</sup>. Ahora bien, nada de esto implica negar que el bosquejo de NAGEL del deseo sadomasoquista pueda resultar incompleto o imperfecto, pero ¿por qué preocuparse por eso? Si nuestro objetivo fuese desarrollar una fenomenología adecuada del sadomasoquismo para saber «cómo es» ser sádico o masoquista, entonces los límites de nuestra imaginación sexual constituirían un obstáculo. Pero podríamos tener ambiciones más modestas: podríamos buscar comprender en la medida de nuestras posibilidades y de un modo consistente con los límites de nuestros conceptos y nuestra experiencia, aceptando al propio tiempo que esto podría no contribuir a un fiel reconocimiento del otro.

Estoy seguro de que no comprendo enteramente cómo es sentir la necesidad de usar velo sobre el rostro en público, pero sí sé que no es normalmente una cuestión de moda (y también sé que quienes estiman que *es* solo una cuestión de moda tienen parámetros de tolerancia muy diferentes de los de la mayoría de las mujeres musulmanas). Lo que sé casi con seguridad implica un reconocimiento distorsionado: hay aspectos de su significado que se me escapan, quizás necesariamente. No obstante, creo que tengo una cierta idea de la interacción entre creencias sobre modestia personal, el lugar de la sexualidad y el valor de la tradición que inspira a esa posición y, por ende, cierta idea de la *clase* de cosas que está en juego si no la toleramos, o si la toleramos como si no fuera más importante que los pecados contra la moda de un adolescente. Cuando estoy ya dispuesto a tolerar, el llegar a comprender mejor la actividad puede colocar a mi juicio adverso —sigue pareciendo limitativo y sexista— en un marco más amplio. Puede incluso empezar a parecer menos como un burdo error y más como un espécimen defectuoso o deficiente de un tipo de actividad que constituye una fuente genuina de valor. El tener una mejor comprensión de lo que está en juego puede también ampliar mi tolerancia, hacerme menos reticente a su respecto, o hacer que sea menos probable que tolere por las razones equivocadas. Y cuando *no* estoy dispuesto a tolerar, la comprensión puede alentarme a revisar ese juicio, porque puede darme un sentido más claro de los daños que provoca la intolerancia. No hay garantías aquí: una visión más clara

---

<sup>13</sup> Por ejemplo, CALIFIA, 1994: 164-174.

de cierta actividad puede también agudizar nuestra desaprobación de ella. Pero no podemos saberlo de antemano, y mantenemos en alerta sobre la posibilidad de que la hayamos comprendido erróneamente expresa no solo humildad sino también una apertura humana hacia el tolerado. El saber que los tolerantes están haciendo esfuerzos de buena fe por comprender, que están al menos *tratando* de captar lo que está en juego desde el enfoque de los tolerados, suministra cierto reaseguro a estos últimos de que están siendo efectivamente tratados como miembros de nuestra comunidad.

La tolerancia puede fracasar cuando esta clase de comprensión es deficiente. En el caso *R. V. Brown* (1993), la Cámara de los Lores consideró si el sadomasoquismo consentido debía ser tolerado hasta el punto de que el consentimiento pudiera constituir una defensa frente a una acusación de agresión sexual. Lord Templeman, por la mayoría, proclamó confiada y ciegamente que «La sociedad tiene el derecho y la obligación de protegerse contra un culto a la violencia. El placer derivado de infligir daño es algo perverso. La crueldad es incivilizada». Ahora bien, pensar que los encuentros de sadomasoquismo consentido no son otra cosa que «un culto a la violencia» solo puede ser una proyección en pleno sentido. Con una captación tan débil de los hechos, no resulta muy sorprendente que el único argumento serio a favor de la tolerancia que Lord Templeman consideró (y por supuesto rechazó) fue la afirmación tajante de que «toda persona tiene el derecho de hacer con su cuerpo lo que desee». Sin importar con cuán poco rigor se haya expresado el juez, nadie en *Brown* sostenía realmente *eso*, que incluiría el derecho a usar el propio cuerpo para asfixiar a alguien o el derecho a cometer suicidio. No era simplemente un hecho *irrelevante* el que las actividades en cuestión fueran sexuales, que tuvieran lugar dentro de un grupo de personas que se atraían sexualmente unas a otras, que se habían unido sobre bases organizadas a fin de tener justamente ese tipo de sexo, y que continuaron ese ritual durante muchos años. Al igual que NAGEL, no sé cómo es ser sádico o masoquista, pero puedo decir que no se trata de un culto a la violencia. Tampoco sé cómo es ser un creyente de la sagrada comunión, pero sí puedo afirmar que no se trata de un culto al canibalismo.

Cada vez que el término «comprensión» se menciona en contextos políticos, debe enfrentar no solo el desprecio de quienes piensan que es poco masculino e inadecuado para conjugarse con las robustas virtudes de la igualdad o la justicia, sino también la acusación de que resulta moralmente laxo. Como dijo una vez el entonces Primer Ministro John Major sobre una supuesta ola de crímenes, esa gente piensa que «la sociedad necesita condenar un poco más y comprender un poco menos». Supongo que quiso decir que no deberíamos permitir que la comprensión de las políticas y entornos criminógenos se convierta en una excusa permanente de los delitos que inspiran y recompensan. Hay mucha verdad en la cita. Pero hay un error aún

mayor: si en verdad llegamos a entender *menos*, ¿cómo estaremos tan seguros de que realmente necesitamos condenar *más*? ¿Una respuesta adecuada no depende de una evaluación de en qué consiste realmente la conducta, de lo que significa para el agente, de por qué podría encontrarla atractiva en determinadas circunstancias, y así sucesivamente? Casi todos los aspectos de la tolerancia — su alcance, su fundamento, su espíritu — se verán influidos por nuestras respuestas a estas preguntas.

H. L. A. HART captó muy bien esto. A veces olvidamos que HART desarrolló dos líneas de argumentación independientes a favor de tolerar la conducta homosexual. La primera — que fue diseccionada por una generación de académicos — fue que la homosexualidad es inofensiva y que las afirmaciones de Patrick DEVLIN de que necesitamos criminalizar las desviaciones sexuales a fin de evitar la desintegración social eran absurdas. Los convincentes ataques de HART a semejante «utilitarismo sin hechos» son todo lo que la mayoría de la gente recuerda de su argumentación. Ésa fue, sin embargo, solo la mitad de su argumentación. La segunda mitad fue que esa clase de represión era ella misma extremadamente *perjudicial*. El despliegue de la coerción estatal para imponer la conducta sexual convencional causa dos tipos de daños: los daños intencionales y colaterales provocados por la aplicación de sanciones, y un segundo perjuicio, más amplio en su alcance y significado, provocado por la amenaza constante de su aplicación. Esto no solo interfiere con los proyectos de vida: crea un sufrimiento especial y crónico debido a la naturaleza de los deseos que frustra y el papel que ellos desempeñan en la vida humana. Imagínese a alguien que respondiera: «Todos tenemos cierta disposición a la tentación, y no pensaríamos que la tentación de robar de un ladrón es una razón para desincriminar el robo, como si el derecho penal debiera asignar las mismas cargas al deshonesto que al honesto». HART advirtió la razón por la cual esta sería una pobre analogía. El robo no solo es realmente dañoso, sino que el impulso de robar o matar rara vez es «una parte recurrente e insistente de la vida cotidiana» y, por ende, «La resistencia a la tentación de cometer estos crímenes no es comúnmente, como lo es en general la supresión de los impulsos sexuales, algo que afecte el desarrollo o balance de la vida emocional, la felicidad y la personalidad del individuo»<sup>14</sup>.

Esas frases pasan rápido, y no están desarrolladas ni calificadas del modo en que deberían para producir una distinción sólida entre conductas sexuales inocentes y delitos sexuales. Quizás ésa sea la razón por la cual tendemos a olvidar qué triunfo de la comprensión significaron no obstante en 1962, y lo centrales que fueron para la argumentación de *Law, Liberty, and Morality*.

<sup>14</sup> HART, 1963: 21-22; y cfr. HART, 1994: 175.

Cuando HART escribió esto, el que la represión de los impulsos homosexuales pudiera afectar *adversamente* el desarrollo o balance de la vida emocional, la felicidad y la personalidad, no era precisamente una idea aceptada. Se trataba de una época en la que a los hombres gay se les ofrecían, y a veces trágicamente buscaban, «curas» con inyecciones de hormonas, cirugía, terapia de aversión y plegarias. Pasaría más de una década antes de que la homosexualidad fuera removida del *Manual de Diagnóstico y Estadística* de la Asociación Americana de Psiquiatría. El acoso oficial y la incitación de los funcionarios al delito sobre los hombres gays, así como la tolerancia oficial a la violencia privada contra los gays, eran algo rutinario. En ese contexto, el comprender que la represión jurídica de esos deseos implicaba cuestiones enteramente diferentes de las propias de los delitos comunes fue como un rayo láser a través de la niebla del prejuicio y la superstición.

Adviértase también lo siguiente. El argumento de HART a favor de la tolerancia no apela a la *aceptación* de la homosexualidad y no exige el *reconocimiento* de esas personas inclinadas a la homosexualidad que adoptan (o a las que se les asigna) una identidad gay. Lo que importa es comprender que la represión de la homosexualidad cae bajo la descripción «supresión de los impulsos sexuales», junto con una captación bastante sensible de lo que eso significa en una vida humana típica. Esto no es aceptación, porque no excluye los juicios adversos sobre esos impulsos<sup>15</sup>. Tampoco es reconocimiento, porque no reconoce ningún tipo de identidad, ni siquiera necesita conceder que las diversidades en los apetitos sexuales sean algo sensato en torno a lo cual construir identidades sociales. Y no nos dice mucho acerca de cómo es ser homosexual o bisexual, excepto que en un sentido crucialmente relevante no se parece en *nada* a ser un ladrón o un evasor impositivo. Podría pensarse que es una cuestión menor. Quizás, pero con importantes consecuencias para el desarrollo de la tolerancia y para la forma en la que los tolerados la reciben.

He resaltado el lugar que ocupa la comprensión en la argumentación de HART a favor de la tolerancia, y el papel que posee en su desarrollo del principio del daño. Vale la pena advertir que a veces no es únicamente el tolerado sino también los tolerantes quienes necesitan ser comprendidos. Es tentador decir —yo mismo lo he dicho muchas veces— que la desaprobación de la homosexualidad ni siquiera es un *candidato* a una postura moral: es simplemente una aversión. ¿Cómo podría un acto sexual por lo demás lícito estar permitido si es ejecutado por una mujer y, no obstante, no permitido si

---

<sup>15</sup> Por ejemplo, se podría considerar algo para lamentar el que tales impulsos les dejen un conjunto reducido de parejas potenciales, o que hagan poco probable que puedan participar en la crianza de niños que comparten el material genético con ellos y sus parejas, cualquiera sea el valor que se asigne a esto.

es ejecutado por un hombre? ¿Cómo podría *ese* hecho introducir una diferencia moral?<sup>16</sup> HART habría rechazado esta línea de pensamiento. Además de defender un concepto amplio de derecho, también defendía un concepto amplio de moral, demarcado por su papel en la vida individual y social. Era bien consciente de que no podía ofrecerse ninguna justificación para muchos de los tabúes de la moral sexual convencional: «Se las desprecia, no por la convicción de que son socialmente nocivas, sino simplemente como “contrarias a la naturaleza” o repugnantes en sí». Pero también insistió en que «sería absurdo negar el título de moral a los vetos sociales de este tipo: en verdad la moral sexual es quizás el aspecto más destacado de lo que el hombre común piensa que es la moral» (HART, 1994: 174-175) [HART, 1963: 217]. Al considerar si alguna clase de homofobia es tolerable se debería en consecuencia tomar en cuenta el hecho de que al menos algunas personas que desprecian la homosexualidad lo hacen como parte de una moral sexual. Cuanto menos se parezca a un odio ciego y más se parezca a un intento de vivir de acuerdo con una moral relativa a la conducta íntima, inteligible aunque equivocada, es más probable que podamos tener cierta especie de sentimiento de camaradería incluso hacia el homófobo. Tratarlo simplemente como una persona confundida sería un fracaso de la comprensión: no podría «representar el punto de vista de quienes viven con arreglo a cierta moral» (HART, 1994: 174; cf. 182) [HART, 1963: 216; cfr. 225].

Para los estudiantes de filosofía del derecho esto debería recordarles algo. La idea de que tenemos que comprender una práctica desde el punto de vista de que quienes viven en ella y con ella se encuentra en el corazón del argumento de HART contra las teorías reduccionistas del derecho. Para comprender plenamente al derecho necesitamos verlo, no como podría presentarse al tipo de sociólogo, antropólogo o economista que lo interpreta desde afuera, sino desde el «punto de vista interno» de quien realmente usa sus normas para guiar y evaluar la conducta. Esto ha sido desde hace mucho reconocido como un aspecto fundamental de la filosofía jurídica de HART. Curiosamente, quienes han especulado sobre el significado normativo de la teoría jurídica de HART no han advertido esta cuestión que surge de su metodología. No tomar en cuenta «el punto de vista interno» no es solo una fuente de error interpretativo: como puede apreciarse en la crítica de HART a DEVLIN, es también una fuente común de error *moral*, no porque el punto de vista interno constituya un punto de vista de aprobación, sino porque

<sup>16</sup> Muchas religiones que proscriben la conducta homosexual reconocen esto. La proscriben debido a alguna *otra* característica general, como no tener fin reproductivo. Esas características están por supuesto presentes en muchos actos heterosexuales y autosexuales. La peculiar obsesión de ciertas sectas con ejemplares homosexuales del género prohibido debe ser rebajada a la categoría de la mala fe o a la de cierta clase de formación de reacción.

tiene que ser un punto de vista de comprensión. Fue este fracaso de la imaginación moral más que cualquier error de cálculo utilitarista lo que selló la perdición de DEVLIN.

## 8. CONCLUSIÓN

Llego finalmente a mi epígrafe. Como advirtió VOLTAIRE, una de las raíces de la intolerancia religiosa es la suposición egoísta de que la «religión» no puede ser otra cosa que *mi* religión. Una fe diferente no es una religión en absoluto. Sabemos cómo sigue esa línea de pensamiento: la sexualidad no puede ser otra cosa que *mi* especie de sexualidad, la familia no puede ser otra que *mi* clase de familia, y así sucesivamente. También sabemos dónde termina con demasiada frecuencia: en cosas tales como la pretensión de que el sexo duro es un culto intolerable a la violencia, que las uniones del mismo sexo no son matrimonios en absoluto, y así sucesivamente.

VOLTAIRE no está aquí abogando por la aceptación de las religiones rivales, y no está tratando de captar qué se siente ser un hugonote. Nos está exhortando a que tomemos nota de una cuestión más básica: debemos estar abiertos a la posibilidad de que creencias rivales podrían *ser* realmente religiones. Por consiguiente, es equivocado suponer que alguien es un monstruo moral simplemente porque adora a diferentes dioses, o los adora de diferente manera. Liberados de las polémicas restricciones de VOLTAIRE podríamos ir más lejos y reconocer que necesitamos estar abiertos también a la posibilidad de que tanto la religión como la no religión pueden expresar formas valiosas de conciencia. En el occidente moderno por suerte ya no quedan demasiadas monstruosidades religiosas. Aquí, la tolerancia y la comprensión han llegado conjuntamente con un éxito razonable. Pero para advertir nuestros fracasos no necesitamos mirar más allá de la sexualidad, donde la figura del homosexual grotesco solo está cediéndole el paso a la del pedófilo monstruoso, una criatura respecto de la cual una discusión inteligente, por no decir nada sobre una respuesta humana, es por ahora prácticamente imposible<sup>17</sup>. Es incluso difícil ver un punto de ingreso aquí, a menos que sea la observación del protagonista de *El poder y la gloria* de Graham GREENE: «Cuando uno mira con detenimiento a un hombre o una mujer, siempre se puede comenzar a sentir piedad ... Cuando miras el rabillo de los ojos, la for-

---

<sup>17</sup> Obsérvese la furiosa reacción contra el moderado y cuidadoso libro de Judith LEVINE, *Harmful to Minors: The Perils of Protecting Children from Sex* (LEVINE, 2002). LEVINE recibió amenazas de muerte y una condena de la legislatura estatal. La temerosa administración de la Universidad de Minnesota, para su descrédito, ordenó una revisión externa de sus políticas editoriales, incluyendo el sistema perfectamente normal de referato por pares que avaló la publicación de la monografía de LEVINE (BENFER, 2002).

ma de la boca, el modo en que crece el cabello, es imposible odiar. El odio no es más que un fracaso de la imaginación» (GREENE, 1940: 131).

¿En qué medida puede la comprensión pulir las aristas de la tolerancia? Solo parcialmente. La tolerancia sigue siendo, en última instancia, un principio de contención, y por esa razón nunca será enteramente cómodo ser tolerado. Una de las razones a que ello obedece reside en el poder del tolerante. La comprensión deja intacto a ese poder, aunque puede afectar cómo se lo utiliza. Otra de las razones reside en el juicio adverso que subyace a la tolerancia. Sin suponer que quienes toleran deban en general tratar de abandonar ese juicio, podríamos esperar que pueda acompañárselo con, o que sea precedido por, un esfuerzo por comprender al tolerado. La comprensión de lo que la conducta desaprobada significa para el agente, y cómo encaja en una vida humana, nos puede hacer reconsiderar y a veces revisar ese juicio. Puede suplementar la tolerancia; nos puede hacer mejores como tolerantes, especialmente cuando nos permite captar lo que significa estar del lado afilado de una cierta vara. Esa clase de comprensión deja espacio para los desacuerdos de valores, y para la corrección de los errores. No conlleva aceptación o reconocimiento. Pero el esfuerzo de comprender afirma nuestra camaradería con los destinatarios de nuestra tolerancia. Sin eso, la tolerancia es más pobre —y más difícil— de lo que necesita ser<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Agradezco a Ronald DWORKIN, Claire GRANT, David MILLER, Thomas NAGEL, Jeremy WALDRON y a las audiencias en las Universidades de Cambridge, Oxford y New York su tolerancia y sus críticas.



## CAPÍTULO XVI

### ROSTROS PRIVADOS EN LUGARES PÚBLICOS<sup>1</sup>

Susan MENDUS

*Private Faces in Public Places are wiser and nicer than  
public faces in private places.*

AUDEN.

Las discusiones en torno al legado de H. L. A. HART tienden a enfocarse en sus logros intelectuales en general y en sus contribuciones a la teoría jurídica y a la filosofía política en particular. En el Prefacio al Festschrift de 1977, publicado bajo el título *Law, Morality, and Society*, Peter HACKER y Joseph RAZ escriben:

A mediados de siglo se decía que la filosofía política estaba muerta y la filosofía jurídica parecía estar muriendo. Los únicos frutos que podían obtenerse de esa área de la actividad intelectual eran las cosechas de siembras ancestrales. Un cuarto de siglo más tarde se revela un paisaje transformado: la filosofía jurídica florece como nunca antes. La responsabilidad de ese renacimiento es de H. L. A. HART. Su obra suministra las bases de la filosofía

---

<sup>1</sup> Estoy muy agradecida a Matthew Kramer y Claire Grant por invitarme a presentar este trabajo en el Simposio de la Academia Británica sobre «El legado de H. L. A. HART», que se llevó a cabo en Cambridge en el mes de julio del año 2007. Además de beneficiarme enormemente de la discusión con muchos de los participantes de la conferencia, también me fueron de mucha ayuda las conversaciones con colegas y estudiantes de postgrado de la Universidad de York. En especial quisiera agradecer a Alex Bavister-Gould, Britain Brady, Alfonso Donoso, Mathew Festenstein, Ed. Laws, Matt Matravers y Jon Parkin, cuyos comentarios y sugerencias han sido invaluable para ayudarme a aclarar mi pensamiento.

jurídica contemporánea en el mundo anglosajón y más allá (HACKER y RAZ, 1977: v).

Y prosiguen argumentando que HART hizo por la filosofía jurídica del siglo XX lo que Jeremy BENTHAM hizo por la teoría del derecho del siglo XVIII: la integró a la corriente dominante del pensamiento filosófico general.

Esta evaluación de HART como padre fundador de la filosofía jurídica moderna es reiterada por Zenon BANKOWSKI, quien en su obituario de HART, tras repasar cincuenta años de teoría jurídica, concluye «Entonces solo estaba él. Ahora un centenar de flores nacen. Ésa es su contribución más perdurable» (citado en LACEY, 2004: 361). Y en la misma línea, el discurso de Ronald DWORKIN en el servicio funerario de HART comienza así: «Nadie jamás escribe sobre la carrera de Herbert sin señalar el impacto transformador que tuvo en la filosofía jurídica y política. Cuando se convirtió en profesor de Teoría del Derecho en Oxford en 1952, esos temas estaban, por decirlo amablemente, muertos. Cuando se retiró en 1968, eran actividades en excitante expansión. En el caso de la filosofía política, eso fue en gran medida obra suya; en el caso de la filosofía jurídica, lo hizo prácticamente solo» (citado en HART, 1988: 213). Existe entonces un amplio consenso en torno a su legado: Herbert HART, casi sin ayuda, transformó la filosofía jurídica y política, primero en Oxford, luego en Inglaterra, y después en todo el mundo de habla inglesa.

Sobre lo que no existe un amplio consenso, no obstante, es si, y hasta qué punto, una comprensión plena de ese legado exige considerar algo más que material filosófico. En particular, si ello exige un conocimiento del carácter de HART, de su temperamento y de su vida personal, así como de sus convicciones intelectuales y filosóficas. La posibilidad de que así sea fue planteada por DWORKIN cuando, en el discurso antes citado, sostuvo que el carácter y el estilo de HART «encarnaron en la esencia de su obra» y que «fue tan efectivo porque lo que decía surgía de modo tan natural y rigurosamente a partir de quien era». Y DWORKIN concluye, de manera enigmática, que HART fue «un liberal de temperamento, no de doctrina» (HART, 1998: 214-215).

No obstante, la posibilidad de que una comprensión plena del legado de HART exija conocer su vida, incluyendo su vida privada, es explorada más en detalle y de modo más controvertido por Nicola LACEY en su biografía *A Life of H. L. A. HART: The Nightmare and the Noble Dream*. LACEY advierte desde el comienzo que escribir una biografía plantea dilemas. Dice:

Uno de esos dilemas tuvo que ver con la naturaleza extremadamente personal de algunas de sus cartas y diarios [de HART]. Mi regla indicativa fue usar solo el material personal que arroja luz sobre el desarrollo de sus ideas y el curso de su carrera. Pero resultó que esto era lo que usualmente ocurría, porque el propio Herbert HART oscilaba sin solución de continuidad en sus

diarios entre preocupaciones personales y profesionales, y buscaba en forma creciente establecer vínculos entre ambas. Aunque algunos lectores puedan sentir que he sido demasiado generosa en el uso que hice del material personal —en especial el que se relaciona con sus sentimientos acerca de su sexualidad y su matrimonio—, mi evaluación fue que resultaba esencial para una interpretación de HART como persona íntegra (LACEY, 2004: xix-xx).

LACEY estaba en lo cierto al predecir que algunos podrían sentir que había «sido demasiado generosa» en el uso que hizo del material personal. Si bien la mayoría de las reseñas del libro fueron elogiosas, Thomas NAGEL escribió: «Cuando finalicé el libro me quedé pensando por qué razón H. L. A. HART no destruyó sus diarios antes de morir ... Quizás no le importaba. Uno nunca sabe cómo se sentirá la gente sobre lo que ocurrirá después de su muerte. Pero habiendo conocido a HART durante años, así como a muchos de sus amigos, sentí que me estaba enterando de demasiadas cosas que no me incumbían» (NAGEL, 2005a: 12). Y luego ofrece dos razones para objetar la inclusión de tanto material personal en una biografía intelectual: en primer lugar, en este caso específico, NAGEL considera que la decisión de incluir ese material no encaja con el carácter muy reservado del propio HART; y, en segundo lugar, el material personal es en cualquier caso irrelevante para comprender los logros intelectuales de HART, o de hecho de cualquier filósofo. Sobre la primera, NAGEL dice: «HART era una figura notable y admirable por su discreción, reserva y dignidad sin ostentaciones. La confusión que reinaba bajo de esa superficie era asunto suyo» (NAGEL, 2005a: 12); mientras que sobre la segunda concluye con crudeza que la afirmación de LACEY de que «el material personal es necesario para escribir una biografía intelectual es un pretexto» (NAGEL, 2005a: 12).

Existe, por tanto, un acuerdo generalizado en que el legado de HART reside en sus contribuciones «transformadoras» a la filosofía jurídica y política, contribuciones que, al menos de acuerdo con ciertos enfoques, integraron esas áreas de interés intelectual a la corriente dominante en filosofía y que, de acuerdo con casi todos los enfoques, las resucitaron de su estado moribundo. Sin embargo, si damos un paso más y preguntamos qué se necesita para comprender enteramente su legado, el acuerdo cesa. Algunos, como DWORKIN y LACEY, ven la vida de HART, incluyendo su vida personal, su carácter y su temperamento, como factores significativos que informan la esencia misma de su posición filosófica. Otros —en particular NAGEL— insisten en que ese material personal es irrelevante respecto de los logros intelectuales y se ubica a distancia del compromiso filosófico. Aunque estas diferencias muchas veces se presentan como cuestiones comparativamente menores —cuestiones de gusto o parecer personal—, a mí me parecen desacuerdos muy significativos, y que resultan de gran importancia para

responder interrogantes sobre el legado de cualquier pensador, pero en particular para responder interrogantes sobre el legado de H. L. A. HART.

En este trabajo, en consecuencia, trataré de hacer dos cosas. En primer lugar, trataré de ofrecer algunas razones generales para justificar que el conocimiento de la vida personal de alguien puede ser importante para una comprensión plena de su obra, incluyendo la obra filosófica. En segundo lugar, trataré de ejemplificar esa tesis mediante la discusión de un caso particular: el caso del famoso artículo de H. L. A. HART de 1973 «Rawls on Liberty and Its Priority». Me parece que nuestra comprensión de ese artículo mejorará sensiblemente si se cuenta con conocimiento de la personalidad de HART y de sus circunstancias personales al tiempo de su elaboración. Comenzaré, no obstante, con el primer tema: la relación entre biografía y filosofía, o entre la Vida y la Obra.

## 1. BIOGRAFÍA Y FILOSOFÍA

NAGEL ofrece dos objeciones al uso que hace LACEY del material personal: en primer lugar, tal como ya se ha mencionado, lo considera como una suerte de «voyeurismo biográfico», y cree que este voyeurismo es de bastante mal gusto en una biografía acerca de HART, pues HART era una persona muy retraída y reservada. Más allá de eso, no obstante —y esta es la segunda objeción—, NAGEL niega que este material personal sea relevante para la evaluación de la vida intelectual y los logros de HART. Las dos objeciones son diferentes. La primera apela a la sensibilidad o a los buenos modales en la selección y publicación de material biográfico. Requiere del biógrafo no hurgar demasiado profundo en cuestiones personales y resistir a la tentación de publicar material personal. La segunda, en cambio, expresa una tesis mucho más sustantiva acerca de la relación entre la vida de un hombre y su obra. Niega que el material personal tenga alguna relevancia en la evaluación intelectual. En su intercambio con Simon BLACKBURN y Jeremy WALDRON acerca del carácter de la biografía de LACEY, NAGEL se centra en la primera cuestión (la de la sensibilidad o buenos modales), dejando de lado al segundo. Sostiene «Estoy de acuerdo ... en que el uso de material personal íntimo presenta aspectos dificultosos, y que personas razonables podrían diferir al respecto. Mi reseña expresó una opinión personal: que su uso debe ser más restringido de lo que se acostumbra hoy, si no se cuenta con el consentimiento expreso o implícito del autor, hasta que haya pasado un tiempo sustancial desde su muerte» (NAGEL, 2005b).

Es innegable que su reseña expresó *efectivamente* esa opinión personal, pero también dio expresión verbal a una tesis sustantiva sobre las relaciones

entre la vida de alguien y su obra académica o intelectual. Además, esa tesis fue expresada por NAGEL en otras ocasiones. Así, en su reseña del segundo volumen de la biografía de Bertrand RUSSEL escrita por Ray MONK escribe:

Esta es otra de esas biografías dolorosas de un personaje creativo muy importante que expone defectos personales y agonías sexuales al tipo de escrutinio íntimo que ninguno de nosotros podría soportar. Quienes hayan leído el primer volumen de MONK pueden haber sentido, como yo, lo indecente de que se nos exponga a las profundidades de las miserias de RUSSEL y la expresión de sus pasiones sexuales. ¿Por qué un gran filósofo, o un gran artista o un gran científico, pierden para siempre su privacidad, de modo que todos podamos leer sus cartas de amor y husmear en sus debilidades? Lo que esas personas crean es de mucha mayor excelencia de lo que ellas son. Se extrae de un ser con defectos y confusiones para que pueda flotar libre, separada de la imperfecta vida que la produjo (NAGEL, 2002: 63).

Al parecer, para NAGEL la Vida es una cosa, el Arte otra, y toda versión de la vida intelectual de un gran hombre puede y debe mantenerse separada de los detalles de su vida privada, personal y (en especial) sexual, no solo porque así lo requieren los buenos modales, sino también porque la obra puede y debe «flotar libre» de la vida que la generó.

Éstas son afirmaciones polémicas sobre cómo ha de entenderse la vida y sobre cómo ha de escribirse una biografía. Si bien todos podemos estar de acuerdo en que «ideas y carrera» son diferentes de la «persona como un todo», de ello no se sigue que una biografía — incluso una biografía intelectual — pueda escribirse sin prestar atención a la «persona como un todo», y al concluir tan rápidamente que esta distinción puede y debe mantenerse, NAGEL desprecia un muy amplio conjunto de trabajos sobre los serios problemas y los conflictos inherentes a la escritura de una biografía. En particular, desprecia — de hecho niega — la posibilidad de que la comprensión de la vida de alguien (incluyendo su vida privada) pueda ser importante para comprender su obra. No obstante, ésta es una posibilidad que los biógrafos literarios toman de hecho muy en serio. John UPDIKE llega tan lejos como para referirse a la biografía literaria como una forma de «entrar en la mansión de la novela por la puerta de atrás». «La biografía», escribe, «deviene una forma de experimentar de nuevo la novela, con la cercanía y el placer de ver detalles imaginados evocados como reales de un modo que solo este escritor en particular pudo ofrecer» (UPDIKE, 1999). Y en la misma línea, Dana GREENE señala que Leon EDEL, el biógrafo de Henry JAMES y «portavoz de la biografía de mitad de siglo», veía su tarea como la «búsqueda del personaje bajo la alfombra ... del revés de la trama de la vida, indisolublemente entrelazado con el diseño de la cima de la vida, el rostro público» (GREENE, 2006). En pocas palabras, los biógrafos literarios son claros en sostener que

los detalles personales pueden iluminar nuestra comprensión de la obra de un autor, aunque puedan discrepar sobre cuáles son los límites adecuados a la intrusión biográfica en las vidas privadas de los autores.

Sin embargo, se podría considerar que incluso si ésta es una forma adecuada de defender la inclusión de detalles personales en las biografías literarias, no es un enfoque adecuado para las biografías de los filósofos. Aquí, la obra realmente «flota libre» (o debería hacerlo), separada de la vida que la creó, y eso se debe a que la filosofía, a diferencia de la escritura de novelas, es una empresa abstracta, que no depende de la personalidad o del temperamento. Pero esto es igualmente cuestionable, sobre todo si (como en el caso de HART) se está considerando la obra de un filósofo jurídico, social y político y no de un lógico o de un filósofo de las matemáticas. Podría resultar plausible sostener que el *Tractatus Logico-Philosophicus* o la *Principia Mathematica* pueden comprenderse cabalmente sin referencia alguna a las vidas personales de sus autores o a los contextos en los que vivieron y escribieron. Pero es mucho menos plausible suponer que eso sea verdad de (digamos) *The Subjection of Women*, o de *Letter Concerning Toleration*, o de *Law, Liberty, and Morality*. Además, decir eso no significa decir simplemente que no exista una respuesta general a la pregunta «¿cuál es la relevancia de la vida de un filósofo para su obra?» (aunque pienso que es verdad que no existe una respuesta general a esa pregunta). Se debe advertir también que podría ser que la filosofía jurídica y la filosofía política no se comprendan mejor como empresas abstractas y que, en consecuencia, los trabajos de filosofía política y jurídica no se comprendan mejor como «flotando libres» de las vidas de sus autores. Volveré sobre este punto más tarde. Por ahora simplemente quiero remarcar, en primer lugar, que no es claro que la obra de un gran artista o un gran filósofo pueda, como insiste NAGEL, «flotar libre, separada de la vida desordenada que la produjo» y, en segundo lugar, que aun cuando pueda flotar libre en algunos casos —especialmente en el caso del pensamiento científico, o del pensamiento filosófico de tipo muy abstracto como la lógica o la metafísica—, no es en absoluto obvio que pueda hacerlo en el caso de la filosofía jurídica o política, y tampoco es obvio que debamos *querer* que así sea en esos casos.

El interrogante que motiva este trabajo concierne a qué es lo relevante para una evaluación del legado intelectual de H. L. A. HART. Más específicamente, concierne a si al menos algunos hechos relativos a la vida privada de HART podrían ser importantes y reveladores. Thomas NAGEL niega que lo sean, y lo niega al menos en parte porque cree que la vida privada es separable de la vida intelectual en general, y de la teoría filosófica en particular. Hasta aquí he sugerido, en términos generales, que la distinción entre vida y obra, o entre filosofía y biografía, puede ser más compleja de lo que NAGEL cree. No obstante, la opinión de NAGEL se basa en una interpretación

más que discutible de la relación entre vida y obra. También se basa en una concepción más bien simplista de la distinción público-privado, así como en una interpretación controvertible del alcance y los objetivos de la filosofía política. En las dos secciones siguientes, en consecuencia, diré algo más sobre cada uno de estos temas y sobre el modo en que pueden dar forma a nuestra evaluación del legado de HART antes de pasar a discutir un caso específico —el artículo de HART «Rawls on Liberty and Its Priority»—. Mi objetivo allí será mostrar cómo nuestra comprensión de esta pieza de filosofía política puede enriquecerse conociendo algunos detalles personales de la vida de HART y de la época en que lo escribió. Pero primero, no obstante, analicemos la distinción público-privado y el carácter de la filosofía política.

## 2. PÚBLICO Y PRIVADO

Al sostener que la vida intelectual (incluyendo la filosófica) es separable de la vida personal, NAGEL asume que el alcance del ámbito personal es claro y no controvertido. Esto resulta evidente en sus quejas contra la biografía de LACEY sobre HART, y también en sus críticas a la biografía de Ray MONK sobre RUSSEL. En ambos casos da por sentado que sabemos y estamos de acuerdo sobre cuáles son los límites entre las cuestiones profesionales y las personales. Es más, esa presuposición no se limita a sus reseñas de trabajos biográficos, sino que también es evidente en sus escritos sobre el liberalismo moderno y la política moderna. Un tema recurrente en la obra reciente de NAGEL es que la sociedad moderna se está volviendo cada vez más lasciva, y considera que biografías como las de LACEY y MONK son un ejemplo de esta tendencia general. Aún más, cree que esta tendencia expone profundas fallas de las sociedades liberales modernas y escribe:

Todo el mundo sabe que algo anda mal en los Estados Unidos respecto de las convenciones sobre la privacidad. Un aumento en la tolerancia por la diversidad en la vida sexual parece haber traído consigo un agudo aumento de la lascividad y la mirada censora sobre la vida sexual de las figuras públicas y de las personas famosas, pasadas y presentes. La cultura parece estar volviéndose más tolerante y más intolerante al mismo tiempo, aunque quizás diferentes partes de ella están implicadas en esos dos movimientos (NAGEL, 2002: 3).

No obstante, al ofrecer estos comentarios sobre el estado de los Estados Unidos modernos, NAGEL nunca reconoce ni las dificultades (muy conocidas) que conlleva el decidir precisamente dónde debe trazarse la línea entre lo público y lo privado, ni (lo que es más preocupante) la posibilidad de que

la distinción sea en sí misma problemática independientemente del lugar en que se trace la línea.

Tomando en primer lugar la primera cuestión, en «Concealment and Exposure» NAGEL discute el caso de Clarence Thomas y Anita Hill. Para que se recuerde, en julio de 1991 el presidente Bush nominó a Clarence Thomas para la Corte Suprema de los Estados Unidos. Hacia el final de las audiencias de confirmación se alegó que Thomas había efectuado observaciones sexualmente provocativas a algunas empleadas mujeres y que había acosado sexualmente a Anita Hill. En su testimonio frente al Comité, Hill afirmó que Thomas había «hablado de actos que había visto en películas pornográficas, que incluían cosas tales como mujeres teniendo sexo con animales y películas que mostraban sexo grupal o escenas de violación ... En varias ocasiones, Thomas me contó sobre sus propias proezas sexuales». En su discusión del caso de Clarence Thomas, NAGEL acepta que la nominación de Thomas a la Corte Suprema podría haber sido rechazada legítimamente por cuestiones de competencia y filosofía jurisdiccional, pero insiste en que la objeción basada en su supuesto acoso sexual a Anita Hill era injustificada. Afirma: «es cierto que Hill era su subordinada [de Thomas], pero su falta esencial consistió en ser personalmente grosero y ofensivo. No fue más relevante que lo que lo hubiera sido una acusación genuina de maltratos graves por parte de su ex esposa ... Este tipo de mala conducta personal es completamente irrelevante respecto de la ocupación de un cargo en el que se deposita la confianza pública» (NAGEL, 2002: 23).

La insistencia de NAGEL en que el comportamiento de Thomas, aunque personalmente grosero y ofensivo, era sin embargo irrelevante para determinar su idoneidad para el cargo es cuestionable desde distintos puntos de vista. En primer lugar, es cuestionable que un comportamiento inapropiado exhibido en un contexto profesional pueda ser clasificado adecuadamente como «personal». Al decir que es cuestionable, quiero decir precisamente eso. Pienso que la medida en que el carácter, el temperamento y las aptitudes sociales generales de alguien son personales y no profesionales es una cuestión de contexto y evaluación, no algo que pueda decidirse en abstracto: un restaurador de muebles que trabaja por cuenta propia puede argumentar que sus opiniones sexistas, racistas u homofóbicas son irrelevantes respecto de su habilidad para hacer su trabajo; un médico clínico, un oficial de policía o un profesor universitario tendrían más dificultades para sostener lo mismo con algún grado de plausibilidad. Pero la gran mayoría de los trabajos exigen cierta aptitud para desempeñarse junto a otros, y si el candidato a un cargo tiene una inclinación constitutiva a hacer comentarios groseros y ofensivos a y sobre sus colegas mujeres, no me parece que eso sea algo obviamente irrelevante a la hora de considerar su idoneidad para el puesto. (Para ser clara, no pretendo sostener que Clarence Thomas *tuviera* esa inclinación;



solo que *si* la tenía, entonces eso sería algo relevante para determinar su idoneidad para un trabajo que implicaba interactuar con mujeres).

Más allá de eso, resulta por lo menos defendible que las personas (como Clarence Thomas) que desean ocupar un cargo público deben por ello quedar más expuestas al escrutinio público: tanto porque han buscado voluntariamente ocupar un cargo público como (lo que es más importante) porque las decisiones que tomen en el ejercicio de ese cargo tendrán consecuencias de largo alcance para un gran número de personas, y en la medida en que las decisiones que se adoptan en el ejercicio de un cargo público reflejan opiniones o inclinaciones «privadas», la línea entre lo público y lo privado debería quizás trazarse de forma diferente (y menos nítida) en el caso de quien pretende ocupar un cargo semejante. Esto es lo que señalan Amy GUTMANN y Dennis THOMPSON cuando escriben: «cuando un procurador general pertenece a un club privado que discrimina a los negros y a las mujeres; cuando el responsable antidroga del presidente es adicto a los cigarrillos; cuando el presidente de la comisión de valores es acusado de golpear a su esposa, el público correctamente presta atención» (GUTMANN y THOMPSON, 1996: 111). Y considero que la idea general aquí es que *incluso si* el fumar cigarrillos o el golpear a la esposa son, en general, vicios privados, no son necesariamente privados cuando se los percibe en funcionarios públicos. Qué ha de contar como público y qué ha de contar como privado puede variar dependiendo de quién estemos hablando, y quienes ocupan un cargo público deben aceptar que en su caso el ámbito de la privacidad puede ser algo más reducido que para el resto de nosotros.

Si GUTMANN y THOMPSON tienen o no razón al sostener esto no es lo importante. Lo importante es que ésta es un área controvertida a cuyo respecto personas razonables pueden discrepar. Esto es lo que NAGEL ignora cuando afirma tan temerariamente que el comportamiento de Clarence Thomas era una cuestión de grosería y ofensividad personal y, como tal, irrelevante para su idoneidad para el cargo. La línea entre lo personal y lo profesional es algo más vaga y difusa de lo que NAGEL se inclina a suponer, y es también una línea que quizás deba trazarse en lugares diferentes para personas diferentes.

Además, existe una segunda y más profunda cuestión a plantear aquí, relativa al carácter problemático de la distinción público-privado independientemente de dónde se trace la línea entre ambos. El caso de Clarence Thomas nos llama la atención sobre el hecho de que la publicidad y la privacidad son dos valores liberales importantes, pero se trata también de valores que están en conflicto entre sí. Por ello, tras sostener que las acusaciones contra Thomas eran de hecho relevantes para determinar su idoneidad para el cargo, GUTMANN y THOMPSON observan que cuando el Comité de Justicia tuvo que decidir cómo tratar las acusaciones de Anita Hill «se enfrentó a un dilema.

El Comité podía ignorar las acusaciones, en cuyo caso estaría incumpliendo con su deber constitucional de examinar en profundidad los antecedentes de Thomas. O podía considerar los cargos sin decirle a Thomas, en cuyo caso estaría violando su derecho a confrontar a sus acusadores, lo cual constituye un derecho básico. El Comité solo podía escapar de este dilema convenciendo a HILL de que aceptara un grado menor de confidencialidad del que inicialmente había solicitado» (GUTMANN y THOMPSON, 1996: 113). En pocas palabras, el derecho de Thomas a conocer las acusaciones que existían en su contra estaba en tensión con el comprensible deseo de HILL de gozar de confidencialidad y privacidad.

Esta cuestión puede generalizarse y ha sido generalizada. En «Theoretical Foundations of Liberalism», Jeremy WALDRON resalta «el impulso del Iluminismo» para que la sociedad sea un «orden transparente, en el sentido de que sus mecanismos y principios deben ser bien conocidos y estar disponibles para el conocimiento y el escrutinio público», y prosigue inquirendo si ese impulso se encuentra en tensión con el compromiso, igualmente característico del liberalismo, con la privacidad en ciertas áreas de la vida social. WALDRON concluye que:

El problema es que la privacidad aquí no es usualmente la privacidad en soledad, sino más bien la privacidad en el seno de la familia y (en el liberalismo clásico pero no el moderno) la privacidad en el lugar de trabajo. Pero éstas son áreas en las que, bajo cualquier lectura realista, surgen importantes cuestiones vinculadas con el poder y, por ende, con la legitimidad. Ello conduce a un genuino dilema. Algunos liberales podrían sentirse a gusto con el panopticismo de un BENTHAM ... pero otros verían esto como un peligro. Sostendrían que la libertad de no ser objeto de la mirada pública es una condición indispensable de la que se nutre el agente moral: la gente necesita espacio e intimidad para desarrollar su libertad ... en la medida en que se tomen en serio estas líneas de pensamiento, los liberales quedan expuestos a la acusación de tener reservas respecto de la legitimación de *todas* las estructuras de poder de la sociedad moderna (WALDRON, 1993: 58-59).

En pocas palabras, NAGEL toma a la distinción público-privado como algo claro y no problemático. No obstante, al hacerlo ignora un amplio cuerpo de bibliografía, que se remonta al menos al feminismo de la década de 1970, relativo al carácter controvertido de esa distinción. La controversia comprende tanto aspectos relacionados con el alcance como aspectos relacionados con la estabilidad: incluye cuestiones relativas a qué debería contar como público y qué debería contar como privado; plantea la posibilidad de que la línea de demarcación se trace de manera diferente según las diferentes personas (podría decirse, por lo menos, que quienes ocupan voluntariamente cargos en los que está depositada la confianza pública no

pueden esperar el mismo grado de privacidad que el resto de nosotros), y también incluye cuestiones relativas a la estabilidad de la relación global entre el compromiso del liberalismo con la privacidad y el compromiso del liberalismo con la transparencia y la publicidad.

Adicionalmente, NAGEL afirma que el corrimiento del límite que separa lo público de lo privado, la «lascividad» (como él la llama) en aumento que es característica de la sociedad moderna, es un signo de que «algo anda mal» en la sociedad liberal. Pero la otra posibilidad es que esta intrusión de la mirada pública en lo que antes se consideraba la vida privada sea, si no inevitable, al menos un peligro estructuralmente inherente al propio liberalismo. En otras palabras, podría no ser el caso que «algo ande mal»: podría más bien ocurrir que una única y significativa tendencia del pensamiento liberal haya sido llevada hasta su conclusión práctica, si no lógica, y que el crecimiento simultáneo de la tolerancia en la esfera política, y su desaparición de la esfera cultural o moral, estén conectados. No obstante, antes de considerar más detalladamente esa posibilidad, diré primero algo acerca del segundo conjunto de interrogantes que plantea el trabajo de NAGEL: el alcance y los objetivos de la filosofía política.

### 3. FILOSOFÍA POLÍTICA

La cuestión que se encuentra en el núcleo de este artículo se refiere a si, y en qué medida, los hechos relativos a la vida personal de HART pueden ser relevantes para comprender su obra filosófica y para evaluar su legado intelectual. En la sección precedente mostré mi desacuerdo con la tesis de que los hechos de la vida personal de HART son irrelevantes para evaluar su legado, y lo hice en parte porque la tesis de que los detalles personales son irrelevantes presupone que se puede establecer con claridad qué es lo que cuenta como personal, lo cual, por las razones que ofrecí, me parece falso. De manera que una de las razones para objetar la tesis de que los detalles personales son irrelevantes para evaluar el legado intelectual es que el alcance del ámbito de lo personal es tanto controvertido como indeterminado.

Una segunda razón para objetar la tesis de que los detalles personales son irrelevantes para evaluar el legado intelectual, y en particular el legado filosófico, es que pueden existir disputas acerca de la naturaleza de la filosofía, y en particular, acerca de la naturaleza de la filosofía política y jurídica. Señalé antes en el trabajo que la insistencia de NAGEL en la irrelevancia de la vida personal para evaluar el legado intelectual depende, en parte, de su creencia en que la obra filosófica puede «flotar libre», separada de la vida desordenada que la produjo, y me pregunté si esa creencia podía sostenerse

en el caso de la filosofía política y jurídica, incluso aunque pudiera resultar defendible en el caso de la lógica o la metafísica.

Quizás la manera más simple de traducir en palabras mi inquietud en este punto sea volver a examinar la concepción de la filosofía que parece estar subyacente en el rechazo de NAGEL de que los detalles personales son relevantes para el legado filosófico. Al insistir en que la obra filosófica debería flotar libre, alejada de las imperfecciones de la vida que la produjo, NAGEL se compromete implícitamente con una concepción de la filosofía entendida como una empresa abstracta, que busca elevarse por sobre los detalles y las contingencias del mundo y pronunciar verdades atemporales, objetivas y eternas. Si bien ésta puede ser una forma adecuada de concebir la metafísica, por ejemplo, o la filosofía de las matemáticas, no resulta para nada claro que sea la forma adecuada de concebir la tarea de la filosofía política.

Para apreciar la dificultad de la cuestión, recuérdese la insistencia de John RAWLS en que «los objetivos de la filosofía política dependen de la sociedad a la que se refiere»: en la sociedad de Herbert HART la homosexualidad era un delito; en la de John Stuart MILL el adulterio era escandaloso y el divorcio casi imposible; en la de John LOCKE se presuponía que el juez tenía tanto el derecho como el deber de imponer la ortodoxia religiosa. Es difícil creer que en estos casos la obra pueda ser evaluada adecuadamente sin hacer referencia al contexto en que fue escrita, y a la ubicación del escritor dentro de ese contexto. Tampoco me parece que eso sea algo para lamentar. La suposición de que la filosofía política puede o debe ser «pura» en el sentido que NAGEL sugiere implica adoptar una visión particularmente estrecha de esta disciplina y que, al menos de acuerdo a ciertos enfoques, ha sido perjudicial para ella.

En su ensayo «Political Philosophy and the Analytical Tradition», Bernard WILLIAMS identifica una «ley» que, según dice, «hasta donde sé no tiene excepciones, pero que no es tan clara para todos: que la filosofía política actual surge solo en un contexto de urgencia política» (WILLIAMS, 2006: 155). Y asocia esta «ley» con la difícil relación entre la filosofía política y la tradición analítica: esta última pretende ser pura y no normativa, mientras que la primera solo puede ser impura y normativa. A su juicio, es este conflicto entre el carácter de la filosofía política y el carácter de la filosofía analítica lo que explica, en parte, la muerte de la filosofía política durante el auge de la filosofía analítica.

Pero si la filosofía política, como sugiere WILLIAMS, es esencialmente impura y normativa —si, en particular, surge en contextos de urgencia política— entonces la distinción entre ella y la sociología debería ser menos marcada de lo que se deduce del intercambio de opiniones entre NAGEL, por un lado, y BLACKBURN y WALDRON por el otro. No necesitamos coincidir con

la insistencia de Alasdair MACINTYRE en que toda «filosofía moral presupone una sociología» (MACINTYRE, 1981: 22) para poner en duda que las consideraciones sociológicas puedan o deban estimarse como carentes de toda relevancia para las teorías filosóficas.

Claramente, las cuestiones en juego aquí son muy profundas y no tengo ni el tiempo ni la capacidad para discutir las en detalle. Lo único que quiero sugerir es que la insistencia de NAGEL en lo deseable que resultaría mantener a la argumentación filosófica pura y no contaminada por consideraciones personales y sociales presupone una interpretación controvertida del alcance y los objetivos de la filosofía en general, y una interpretación particularmente cuestionable de la naturaleza y las ambiciones de la filosofía política, más aún: una interpretación que contribuyó a la prematura muerte de la filosofía política.

Hasta aquí, entonces, he sugerido que la posición de NAGEL refleja una interpretación controvertida de la relación entre Vida y Obra, un compromiso optimista con la claridad de la distinción público-privado, y una concepción discutible de los objetivos y alcances adecuados de la filosofía política. Más allá de eso (y ésta es la tercera cuestión que plantearé), estoy intrigada con su afirmación de que la lascividad creciente de la sociedad moderna es un signo de que «algo anda mal» (NAGEL, 2002: 3). No me parece claro que nuestra sociedad esté efectivamente demostrando una creciente lascividad, pero aunque fuera sea, la conclusión de que eso sea un indicio de que «algo anda mal» exige una adecuada explicación y defensa.

#### 4. LA ESTRUCTURA DE LA LIBERTAD

Al discutir la visión que GUTMANN y THOMPSON sobre el caso de Clarence Thomas señalé que los autores enfatizan la tensión entre dos importantes valores liberales: el valor de la privacidad y el valor de la publicidad. Y, de manera similar, al comentar la distinción público-privado, resalté la identificación que hace Jeremy WALDRON de una tensión entre las exigencias liberales de transparencia y el compromiso liberal con la privacidad. El hecho de que los liberales adopten valores que pueden entrar en conflicto es algo importante y conocido. Es más, es algo que el propio NAGEL enfatiza en su discusión del liberalismo de RAWLS, cuando caracteriza al liberalismo como signado por dos impulsos: el impulso de la libertad y el impulso de la igualdad. NAGEL expresa que: «Sin importar lo mucho que se exija que el Estado haga en sentido positivo para poner freno al desarrollo de profundas desigualdades institucionales y estructurales, no puede violar los derechos básicos a la libertad de los ciudadanos al llevar adelante esta carga. Conju-

gar estos dos impulsos en una teoría coherente no siempre resulta sencillo» (NAGEL, 2002: 89).

No obstante, y a pesar del famoso dicho «la libertad del zorro es la muerte de las gallinas», la posibilidad de que se genere tensión *dentro* de un mismo valor (por ejemplo, dentro del valor de la libertad) no suele ser reconocida. Esa posibilidad es la que ahora quiero explorar. Mi exploración se concentrará en el famoso artículo de HART, «Rawls on Liberty and Its Priority», y la razón por la cual me concentraré en ese trabajo es porque creo que muestra el modo en que el conocimiento de la vida personal de HART puede echar luz sobre su legado filosófico.

«Rawls on Liberty and Its Priority» se publicó por primera vez en 1973 y es uno de los artículos más famosos de HART. También se trata de uno de los pocos trabajos que RAWLS respondió en profundidad, y en su respuesta (RAWLS, 1993, Conferencia VIII) reconoció que HART había dejado expuestas serias dificultades e incompatibilidades en *A Theory of Justice*. No es mi intención aquí recrear el debate entre HART y RAWLS, sino solo llamar la atención sobre un aspecto de la crítica de HART: aquel en que se pregunta lo que significa la tesis de RAWLS de que la libertad solo puede ser restringida a favor de la libertad. Al discutir esta cuestión HART señala que, aunque haya algunos casos en los que la noción de limitar la libertad en aras de una mayor libertad puede tener aplicación, lo que resulta cierto en términos más generales es que no solo debe tomarse en consideración la cantidad, sino también el valor de la libertad. HART afirma: «Pero sin lugar a dudas existen casos importantes de conflicto entre libertades básicas en los cuales, como en las reglas simples para un debate, la resolución del conflicto debe implicar la consideración del *valor* relativo de diferentes formas de conducta, no meramente la extensión o cantidad de *libertad*» (HART, 1973: 543-544, la cursiva es mía).

Adicionalmente —y lo que resulta crucial para HART—, las cuestiones relativas al valor dirigen nuestra atención hacia diferencias de temperamento. HART sostiene: «supóngase que el legislador debe determinar el alcance de los derechos de exclusión comprendidos en el derecho de propiedad privada de la tierra, que para RAWLS es una libertad básica, cuando dicha libertad básica entra en conflicto con otras. Algunas personas pueden preferir que la libertad de circulación no se vea limitada por los derechos de los propietarios de tierras respaldados por leyes contra intrusiones; otras, se trate o no de propietarios, pueden preferir que existan ciertas limitaciones» (HART, 1973: 546-547). Y más adelante en el trabajo subraya esta idea al expresar que «la cuestión general más importante que surge de estas diferentes críticas es la siguiente: cualquier esquema que establezca en una sociedad la distribución general de la libertad de actuar hace necesariamente dos cosas: en primer

lugar, confiere a los individuos la ventaja de esa libertad pero, en segundo lugar, los expone a todas las desventajas que la práctica de esa libertad por parte de los demás les pueda acarrear» (HART, 1973: 550).

El énfasis de HART en los costos que demanda la libertad, y en el hecho de que esos costos son diferentes para personas de temperamentos deferentes, no creo que haya recibido la atención que merece, ni que sus consecuencias se hayan explorado en profundidad. En su contribución a este volumen, Philip PETTIT resalta la afirmación de HART de que no siempre habrá una respuesta única para las cuestiones relativas a las libertades básicas, y concuerda con la opinión de que esto se puede deber en parte a diferencias de temperamento, donde «temperamento» puede referirse al temperamento de una sociedad así como al temperamento de los individuos en esa sociedad. PETTIT dice: «Los comunitaristas sostendrían que se debería permitir a los propietarios de inmuebles ampliar o decorar sus casas pero únicamente bajo reglas comunes de zonificación, desarrollo y preservación del patrimonio. Y estarían a favor de darles a las personas la libertad de poseer armas pero solo bajo reglas estrictas de posesión y uso de armas de fuego, las que podrían tornar imposible para muchas personas tener acceso a armas. Los individualistas duros insistirían en que tales regulaciones son innecesarias ... Podrían acoger la diversidad de estilos de viviendas como atractiva» (PETTIT, 2008: 293).

Y como modo de reconocer estas diferencias, propone que las libertades básicas sean entendidas como «en cierto sentido» específicas de una cultura: todas las sociedades tendrán libertades básicas en términos generales de un mismo carácter universal (las libertades de expresión y de propiedad, por ejemplo), pero esas libertades llevarán asociadas menores restricciones en sociedades «individualistas duras» que en sociedades más comunitaristas. En pocas palabras, existiría un tema con variaciones respecto de la aplicación de las libertades básicas: el tema estará dado por los valores universales; las variaciones reflejarán la cultura y las costumbres de la sociedad específica que se esté considerando. Así, PETTIT concluye: «el sistema de reglas en cualquier sociedad, aunque pueda constituir un reto en ciertos sentidos, debería tener el ajuste mínimo respecto de las costumbres sociales que pueda ser requerido para que el sistema resulte elástico. Por consiguiente, las reglas apropiadas pueden estar sujetas a cierto grado de diversidad cultural» (PETTIT, 2008: 294).

Confieso que no encuentro enteramente convincente a esta estrategia. Pues en primer lugar no me queda claro cómo se «desenvolvería» en sociedades multiculturales en las que (casi por definición) no existe un conjunto único de costumbres sociales a reflejar. Más allá de eso, no obstante, algunos de los debates más significativos sobre la libertad son precisamente aquellos en los que el carácter de la sociedad no puede ser identificado de antemano

como, por ejemplo, individualista duro o comunitarista, porque precisamente lo que se discute es su carácter global. El debate HART-DEVLIN sobre la imposición de la moral por el derecho es, por supuesto, un ejemplo clásico de esto, ya que plantea interrogantes no solo sobre si la moral puede ser adecuadamente impuesta a través del derecho, sino también sobre cuál es la moral de la sociedad. Como señaló Peter CANE, «el establecimiento mismo del Comité Wolfenden da testimonio del hecho de que las actitudes sociales hacia la homosexualidad en Gran Bretaña estaban atravesando por un proceso de cambio en la década de 1950 ... mientras el Comité Wolfenden decía que la conducta [homosexual] era una cuestión de moral privada y no un asunto que incumbiera al derecho, otros aparentemente tenían la opinión de que tampoco le incumbía a la moral» (CANE, 2006: 27).

La cuestión fundamental aquí es simplemente que la propuesta de PETTIT supone que primero establecemos si una sociedad es individualista dura o comunitarista, y luego tomamos decisiones sobre las reglas que gobiernan las libertades básicas que reflejan esa evaluación. Pero algunas sociedades (por ejemplo, las multiculturales) carecen de un carácter único, mientras que otras sociedades (Gran Bretaña a mediados del siglo xx) se encuentran en una encrucijada moral o cultural. En casos semejantes, la apelación a la diversidad cultural puede únicamente, y a lo sumo, identificar el problema. No puede brindar la solución.

Por otra parte, aun cuando se pudiera caracterizar a una sociedad determinada como individualista dura o comunitarista, seguiría siendo el caso que las decisiones sobre el alcance y la extensión de la libertad demandará costos para aquellos individuos cuyo temperamento es «anormal» de cara a la sociedad como un todo: las sociedades comunitarias demandan un costo para los individualistas duros, y las sociedades individualistas duras demandan un costo para quienes tienen un temperamento más comunitario. Esta cuestión no siempre se reconoce enteramente, pero es importante, y de hecho doblemente si se la considera en conjunción con una segunda tesis formulada por HART, a saber: que incluso aunque no haya justificación para la imposición *jurídica* de la moral, hay sin embargo espacio para la preservación de la moral a través de métodos extrajurídicos. En *Law, Liberty, and Morality*, HART se esfuerza por enfatizar que «la distinción entre el uso de la coerción para imponer la moral y otros métodos que de hecho usamos para preservarla, como la argumentación, el consejo y la exhortación, es tan importante como descuidada» (HART, 1963: 76). Y concluye que «constituye una interpretación desastrosa de la moral el pensar que donde no podemos usar la coerción para respaldarla, debemos guardar silencio y permanecer indiferentes» (HART, 1963: 76).

Dicho de manera simple, para HART la elección no es entre imposición o aceptación de la moral. Se muestra abierto a la legitimidad de preservar a



la moral de una sociedad por medios extrajurídicos, y de hecho acaricia la idea de que la sociedad se define como «un cuerpo de personas que tienen en común ciertas opiniones morales» (HART, 1963: 51), pero en «Rawls on Liberty and Its Priority» se muestra igualmente atento al hecho de que la preservación de una moral social no resulta carente de costos, y esto es verdad cualquiera sea la clase de sociedad en la que uno viva. De ahí su asombro frente a la afirmación de RAWLS de que sería racional querer la porción más grande de libertad que fuera posible, porque —como sostiene RAWLS— «nadie sufre por una libertad mayor». «Esto», expresa HART, «lo encuentro engañoso, porque parece perder de vista la cuestión fundamental de que, sea cual sea la ventaja que represente para un individuo el ejercicio de cierta libertad considerada en sí misma, ella puede ser superada por las desventajas que se deriven a su respecto de la distribución general de esa libertad en la sociedad de la que es miembro» (HART, 1973: 551). Nuevamente, la libertad tiene costos, y el hecho de que la gente tenga temperamentos diferentes, cuando se lo combina con el hecho de que las sociedades tienen costumbres sociales que se reflejan en sus reglas y convenciones, sirve para subrayar lo ineludible de esos costos.

La biografía de LACEY enfatiza la percepción que HART tenía de sí mismo como «un extraño desde dentro» (LACEY, 2004: 2-7). Hay varias dimensiones en este entendimiento personal: HART era un judío en una sociedad cristiana (y pocas partes de esa sociedad eran más cristianas que la Universidad de Oxford); era un abogado en un mundo en el cual la reina de las disciplinas era la filosofía, y era un homosexual en una época en la que la homosexualidad era un delito. Su religión, sus orígenes étnicos, su pericia académica y su sexualidad, todo ello contribuyó a ubicarlo «desde fuera», aunque para el mundo en general pareciera como si estuviese firmemente «desde dentro». Como lo expresa LACEY:

Lo que resulta particularmente intrigante acerca de la vida interior de HART es que, aunque fuese ampliamente reconocido como la quintaesencia de un «semejante», el hecho es que él mismo se sentía en gran medida como un extraño. Este contraste entre sus mundos público y privado plantea interrogantes fascinantes no solo respecto de los orígenes y la personalidad de HART, sino también respecto de la naturaleza de su creatividad intelectual y de la calidad del mundo social en el que vivía, con sus diversas jerarquías entrelazadas (LACEY, 2004: 3).

La sugerencia de que HART fue en el fondo «un extraño desde dentro» nos lleva de nuevo a «Rawls on Liberty and Its Priority», y al reconocimiento de HART de que la libertad demandará costos para quienes son «extraños» o son, en sentido literal, «anormales». HART es prácticamente el único en plantear esta cuestión, ya sea contra RAWLS o en general, y es posible que su

sensibilidad al problema se debiera en gran parte a los hechos de su propia vida personal. Como un extraño desde dentro, estaba bien ubicado para advertir que la libertad tiene costos —que una sociedad en la cual existe una amplia libertad de expresión, por ejemplo, es una en la que una persona reservada y retraída podría sufrir, o que una sociedad en la que existe una amplia libertad sexual es una en la cual quienes prefieren reservar esas cuestiones para sí podrían descubrir que no pueden hacerlo—. Pero HART también insistía en que la existencia de esos costos no debería conducirnos a abandonar las libertades. Era, como lo expresara Ronald DWORKIN, un liberal de temperamento.

Por supuesto, no se sigue de esto que el conocimiento de la vida privada de HART sea necesario para captar la tesis filosófica en bruto que formula en «Rawls on Liberty and Its Priority». El hecho de que un sistema más extenso de libertades pueda resultar más costoso para ciertas personas se sostiene o cae independientemente del carácter o de la vida personal de HART. Sin embargo, una vez que sabemos algo sobre la vida de HART, tanto el punto central como el significado de su posición pueden apreciarse con mayor claridad, y si esos hechos no alteran sustancialmente el contenido de su argumento, sin duda le agregan profundidad y nos conducen a preguntarnos (de nuevo) si la filosofía política se comprende mejor como una serie de proposiciones abstractas o si (como sospecho) se ve representada de manera más completa y con mayor riqueza a través de las vidas y los contextos que le dan origen.

## CAPÍTULO XVII

### HART Y EL LIBERALISMO DEL MIEDO

Alan RYAN

1

Este artículo está orientado a celebrar más que a argumentar. Dado que celebra el liberalismo de HART, implica argumentos en cuyas conclusiones confiaré sin mayor ensayo. La más importante de ellas es que el mejor (aunque en modo alguno el único) sitio para edificar el liberalismo es en el compromiso de evitar la crueldad, en particular la crueldad del Estado. Otra de esas conclusiones es que no deberíamos introducir de contrabando los valores liberales en la definición de democracia: la vieja idea de que la democracia trae consigo el peligro de la tiranía de la mayoría, especialmente la tiranía de opinión, no debería menospreciarse ni disponerse de ella mediante un truco definicional. No creo que la confusión de Ronald DWORKIN de la democracia liberal con la democracia *tout court* llegue tan lejos, pero prefiero mucho más la versión robusta de SCHUMPETER (DWORKIN, 1996; SCHUMPETER, 1943). Una tercera de esas conclusiones es que existe un límite para la medida en que las convicciones liberales pueden reducirse a un único valor central, incluso al de la libertad. El liberalismo es un fenómeno histórico, y las libertades en las que los liberales se concentran dependen de lo que perciben como amenazas inmediatas y urgentes. Nuestra idea intuitiva de que se puede ser un liberal  $x$  —por ejemplo, un liberal sexual— sin ser un liberal  $y$  —por ejemplo, un liberal económico— no requiere ninguna defensa elaborada. Aunque a un rico homosexual de Texas antes del año 2003 le

molestara más el monto de sus impuestos que el peligro de ser encarcelado por aplicación de la ley de sodomía entonces en vigor, un observador podría pensar que la ley de sodomía constituía una interferencia antiliberal en su libertad sexual, mientras que los impuestos son meramente una carga por los servicios de los diversas dependencias del gobierno bajo el cual que vivía, sin las cuales no habría tenido ni propiedad ni ingresos por los cuales tributar.

El liberalismo de HART se fundaba en el aborrecimiento de la crueldad; era un liberalismo del miedo, en el sentido de Dita SHKLAR (SHKLAR, 1984). Desconfiaba de la opinión pública —aunque desconfiaba más sistemáticamente de ciertas corrientes de opinión elitistas; y al igual que el pensamiento político de los contemporáneos y colegas de HART, como BERLIN, HAMPSHIRE y WILLIAMS, se basaba en el pluralismo valorativo—. Aunque he discutido con HART extensamente a lo largo de muchos años sobre los méritos del intento de MILL de redefinir el concepto de moral y sobre su papel en la fundamentación del derecho a la no interferencia, no seguiré aquí ese camino. Sin abandonar mi posición sobre la importancia de la tarea *analítica* de MILL y su conexión con sus objetivos propagandísticos, estoy de acuerdo en que el aspecto políticamente importante de MILL, para nuestros fines ciento cincuenta años después, es su reconocimiento de la irreducible pluralidad de los valores últimos, y que la visión de HART de sus propias afinidades era correcta.

El año 2007 no solo es el centenario del nacimiento de HART, sino el cincuenta aniversario de la publicación del Informe Wolfenden. Estos eventos están estrechamente conectados. El informe de Sir John WOLFENDEN adoptó como piedra de toque para justificar la legislación que criminalizaba actividades sexuales consentidas entre adultos una versión del famoso «principio del daño» de MILL. «En este campo, su función, tal como lo vemos, es preservar el orden público y la decencia, proteger al sujeto de lo que es ofensivo o injurioso, y suministrar suficientes garantías contra la explotación y la corrupción de otros, en particular de quienes son especialmente vulnerables porque son jóvenes, débiles de cuerpo o espíritu, inexpertos, o quienes se hallan en un estado de especial dependencia física, funcional o económica» (Comité sobre los delitos homosexuales y la prostitución, 1957: §13). El propósito del derecho penal no consistía en hacer de nosotros mejores personas. «A menos que la sociedad deba hacer un intento deliberado, actuando a través del derecho, para igualar la esfera del delito con la del pecado, debe subsistir un ámbito privado de moral y de inmoralidad que, para decirlo brevemente y en términos claros, no es asunto del derecho» (Comité sobre los delitos homosexuales y la prostitución 1957: §224). Esa proposición provocó reacciones enérgicas, siendo la más distinguida de ellas la Conferencia Maccabeana de Lord DEVLIN «The Enforcement of Morals».

DEVLIN estaba infinitamente lejos de ser un radical en materia sexual, pero en todo caso era un hombre de inclinaciones amables y estaba a favor de rechazar las leyes que criminalizaban los actos homosexuales consentidos entre adultos en privado. La posición de DEVLIN era complicada: no tenía dudas de que la homosexualidad era una perversión, y que corromper a los niños era intrínsecamente un delito; pero cuando la corrupción no estaba en discusión, pensaba que el derecho era torpe e ineficaz. «Estoy de acuerdo con todos los que han escrito o hablado acerca del tema de que la homosexualidad usualmente es una forma de vida miserable y que constituye un deber de la sociedad, si puede hacerlo, el salvar a la juventud de ser arrastrada a ella. Pienso que ese deber tiene que cumplirse, aunque pueda significar mucho sufrimiento para los pervertidos incurables que parecen ser incapaces de resistirse a corromper a los niños. Pero si no existe peligro de corrupción, no creo que haya nada bueno que el derecho pueda hacer para contrarrestar esa miseria que la exposición y la prisión le causan a los adictos que no pueden encontrar satisfacción en ninguna otra forma de vida» (DEVLIN, 1965: v). No obstante, era completamente hostil a la idea de que existe un ámbito de moral privada que debería en principio ser colocado más allá del alcance coercitivo del derecho. Como a otros jueces de su tiempo, le atraía la idea de que los actos *contra bonos mores* eran delitos de acuerdo con el *common law*, más allá de que su persecución judicial fuese o no prudente.

Esto no era simplemente una interesante curiosidad de la teoría jurídica. En un caso hoy largamente olvidado, el editor de *The Ladies Directory* —un panfleto ilustrado que promocionaba los servicios de las prostitutas del Soho— fue condenado *inter alia* por conspiración para corromper la moral pública. No solo el juez de primera instancia, sino también la Corte de Apelaciones y luego la Cámara de los Lores, reprodujeron alegremente la opinión de Lord Mansfield de que ese delito existía en el *common law*. Lord Reid fue el único en distinguirse frente a sus compañeros de la Cámara de los Lores. DEVLIN se alineó con la mayoría en un ensayo posterior sobre el tema, sosteniendo que en última instancia el *common law* suministraba los recursos suficientes para penalizar las conductas suficientemente perversas, sea que ellas dañasen o no a alguien. El ejemplo de un acto semejante que ofrecía DEVLIN era el escribir elogiando a la homosexualidad.

El ataque de Herbert HART a DEVLIN, y luego a la decisión de la Cámara de los Lores en *Shaw v. Director of Public Prosecutions*, lo convirtió por vez primera en algo más que un distinguido —pero por lo demás no muy visible— profesor de teoría del derecho. También mostró su dominio magistral de un estilo polémico, que sin dudas había perfeccionado cuando ejercía la profesión de abogado antes de la guerra, en el que la más absoluta cortesía en los modales apenas lograba disimular un desprecio igualmente absoluto por las capacidades argumentativas de los jueces ingleses. Hay

momentos en su libro *Law, Liberty, and Morality* en los que uno recuerda al desafortunado (y posiblemente apócrifo) juez que reprendió a F. E. Smith: «¿Está intentando mostrar desprecio por este tribunal, Sr. Smith?» «No Milord, estoy intentando ocultarlo». De hecho, el predecesor de HART en la cátedra de teoría del derecho en Oxford temía que la franqueza de HART al hablar de los jueces pudiera hacer peligrar las relaciones entre ellos y la facultad de Oxford. No obstante, Arthur Goodhart fue, según creo, el único entre los comentaristas académicos en aprobar la estrategia de los jueces en *Shaw*. El propio DEVLIN se quejó muy tíbicamente solo porque HART le había formulado reproches en «un lenguaje bastante fuerte». La primera incursión de HART fue en un artículo en *The Listener*, «Immorality and Treason», donde señaló que la opinión de DEVLIN de que era tarea del derecho reprimir la inmoralidad «como tal» era conocida desde el libro de James Fitzjames STEPHEN *Liberty, Equality, and Fraternity*, y donde trató la discusión entre WOLFENDEN y DEVLIN como una variación de la discusión entre MILL y STEPHEN (HART, 1969). DEVLIN quedó estupefacto al enterarse de que había plagiado un trabajo del que nunca había escuchado, y como relató más tarde en el libro en el que se reimprimió «The Enforcement...» y otros ensayos, se embarcó en la búsqueda de *Liberty, Equality, and Fraternity*. La búsqueda fue infructuosa hasta que encontró una copia estropeada en la Biblioteca Pública Holborn. Estaba sostenida con bandas elásticas; pero una vez que dio con ella, DEVLIN encontró muchas cosas dignas de admiración y apoyo en STEPHEN.

Desde esta distancia es difícil recrear el clima de la época, que de por sí es motivo de celebración. Había, como sugiere el título del Informe, dos temas en la mente del Ministerio del Interior. El primero era la homosexualidad. La legislación que criminalizaba la actividad sexual entre hombres en particular apareció relativamente tarde. En 1885, Henry Labouchere reaccionó al pánico extendido frente a las niñas menores de edad que eran vendidas para ejercer la prostitución introduciendo una cláusula en la Ley de Enmienda del Código Penal que establecía que todo hombre que cometiera un acto de «indecencia grave» con otro hombre, ya fuera en público o en privado, era culpable de un delito punible con dos años de trabajos forzados. Su relevancia respecto de la prostitución de mujeres menores era indirecta, pero puede haber reflejado la sensación de que los hombres de clase alta habían estado explotando impunemente a niños de ambos sexos pertenecientes a la clase trabajadora. Ésta fue la ley bajo la cual fue encarcelado Oscar Wilde, y bajo la cual se justificó posteriormente la gran mayoría de las condenas. El delito de indecencia grave no estaba definido en la ley, y se dejaba en manos del jurado, asistido por la policía, los fiscales y el juez, la decisión de si lo que había sucedido era lo suficientemente desagradable como para constituir un delito. La ley era una patente de corso para los chantajistas, y una

tentación constante para que la policía indujera dolosamente al delito. Como la mayor parte de la legislación anti-vicio, uno de sus efectos más evidentes y predecibles fue corromper a la policía encargada de hacerla cumplir.

La segunda preocupación del Ministerio del Interior era la sensación de que la prostitución callejera se había salido de control, especialmente en el centro de Londres. El Informe WOLFENDEN consideró que la oferta callejera de sexo era una cuestión de orden público, vinculada a la decencia más que a un significado moral más profundo, y la Ley de Delitos Cometidos en la Vía Pública hizo más o menos lo que se pretendía: alejar la prostitución de las calles de Londres. Por supuesto, debido a esa mayor dificultad que debió enfrentar la prostitución callejera, los clientes de Shaw debieron recurrir a avisos impresos.

La reforma de la ley homosexual era una cuestión diferente, aunque el doble contexto sugiere algo sobre el modo en que el Comité contemplaba su trabajo: eran primordiales la decencia y evitar el delito, pero no lo eran un replanteamiento de la ética relativa a la venta de servicios sexuales a ávidos compradores, ni tampoco una preocupación por conferir a los homosexuales una igualdad absoluta de derechos con sus conciudadanos heterosexuales. Aprobar una nueva Ley de Delitos Callejeros fue fácil; en cambio, deshacerse de la enmienda de Labouchere no fue tan sencillo. Pasó una década antes de que se modificara el derecho descriminalizando los actos homosexuales consentidos entre adultos en privado. Incluso entonces, la medida final fue tímida: la edad para el consentimiento se fijó en los veintiún años, y sólo fue bajando en etapas en los siguientes treinta años, primero a dieciocho y luego a dieciséis. También fue tímida en la medida en que, haciendo deferencia a las sensibilidades locales, el derecho no fue modificado inicialmente en Irlanda del Norte, y sólo se modificó posteriormente como consecuencia de un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos.

La presión para reexaminar el derecho surgió del malestar derivado del juicio y la condena en 1954 de Edward Montagu, Michael Pitt-Rivers y Peter Wildeblood, acusados de indecencia grave. Mucha gente sintió que la policía había actuado mal, que habían ido demasiado lejos en su intento por lograr condenas prometiendo inmunidad a personalidades turbias que habrían sido inducidas a testificar contra los acusados. La policía había procesado infructuosamente a Lord Montagu en 1953 bajo una acusación de indecencia grave en relación con un boy scout de catorce años, y existía una extendida convicción de que la siguiente acusación era una venganza de la policía por el fallido procesamiento de 1953. En los primeros años de la década de 1950 había habido una caza de brujas contra los homosexuales que para muchos observadores se había ido de las manos. Una de las causas subyacentes a esa caza de brujas era política: cuando Burgess y Maclean

desertaron a la Unión Soviética, más de un comentarista vinculó su homosexualidad con esa desviación política, y se dice que la CIA presionó sobre el gobierno británico para erradicar a los homosexuales del servicio gubernamental. Los entendidos en su *nemesis* recordarán el destino de Roy Cohn, el asistente del Senador Joe McCarthy. Pero las duras medidas iniciales de la post-guerra contra los aspectos públicos de la vida homosexual en Londres fueron anteriores a esos eventos, y no son fáciles de explicar sino como parte de un deseo generalizado de retornar a una época de pre-guerra que se imaginaba más «respetable».

Incluso antes de que Lord Montagu y sus amigos hubieran sido condenados, había discusiones entre los políticos, el clero, y otros sobre el potencial de inherente barbarie de la ley existente. El derecho penal respecto de la homosexualidad se basaba en parte en la Ley de Delitos Contra las Personas de 1861 y consagraba una muy vieja prohibición de la sodomía del *common law* que había sido plasmada en la Ley Contra la Sodomía de 1533, que fue derogada y promulgada de nuevo una y otra vez a lo largo de los años. La ley fue modificada en 1817 para distinguir —lo que la mayor parte del derecho estadounidense no hace— entre sodomía en sentido estricto y sexo oral, y se modificó nuevamente en 1861 para eliminar a la sodomía de la lista de delitos capitales. La sodomía siguió siendo, bajo ciertas circunstancias, punible con pena de prisión perpetua incluso luego de que la Ley de Delitos Sexuales de 1967 logró deshacerse de la enmienda de Labouchere. Era asimismo ilegal sin distinción de sexos, y al igual que otras agresiones no podía ser consentida, incluso entre esposos. La ley no fue corregida por completo hasta el año 2002, cuando la ausencia de consentimiento se volvió la característica crucial de casi todos los delitos sexuales distintos del bestialismo, que se legisló como un delito específico en lugar de hacerlo desaparecer con las otras formas de sodomía.

Se tardó tres años en compilar el *Informe*. La preocupación del Ministerio del Interior por el efecto que tendría sobre su personal el tener que tipear material relacionado con homosexuales y prostitutas fue tan grande que se hacía referencia a ellos como «Huntleys» y «Palmer»\*, respectivamente (RYAN, 2007). El Comité estaba compuesto por personas de una respetabilidad intachable, que incluía a la jefa de las niñas exploradoras de Glasgow. Con una sola disidencia, resolvió desincriminar los actos homosexuales consentidos entre adultos realizados en privado. Al hacerlo, rechazó la mayor parte de las opiniones psiquiátricas y médicas que se le presentaron. Hoy en día se olvida que la opinión médica casi unánime sostenía que la homo-

---

\* N. de los T.: Huntley & Palmer era una de las más grandes empresas manufactureras de bizcochos de Gran Bretaña.



sexualidad era una desviación no solo en el sentido de constituir un gusto minoritario sino en el de constituir una enfermedad. El Comité fue más sensato, sosteniendo que el único síntoma de esa supuesta enfermedad era la homosexualidad misma. A los fines de la vida cotidiana, los homosexuales se desempeñaban tan eficazmente como los heterosexuales y no necesitaban «curarse» de nada. Era, por supuesto, manifiestamente demencial pensar que al encerrar a un hombre homosexual en compañía de otros hombres podría inducir un cambio en su filiación sexual. Se podría igualmente intentar curar a un alcohólico encerrándolo en una destilería.

Al gobierno conservador de ese momento le desagradó profundamente la parte del *Informe* que se refería a la homosexualidad, y el entonces Ministro del Interior rechazó de inmediato sus propuestas. No ayudó el hecho de que un subsecretario fuera coincidentemente arrestado por tener sexo con un guardia en el Parque St. James. Tampoco ayudó que un número importante de diputados conservadores compartiesen la opinión de Blackstone de que un delito contra la naturaleza no podía nombrarse y ciertamente no podía discutirse en el Parlamento. Lo que recordaran o no de lo que ocurría en sus internados después de que se apagaban las luces queda para la especulación. Lo cierto es que no estaban dispuestos a recibir los ataques de los conservadores partidarios de linchamientos y azotes de las asociaciones de sus distritos por ser excesivamente considerados con los maricas de lápiz labial. Sería poco amable destacar a algunos diputados conservadores por sobre el resto. Al tiempo de la aprobación de la ley de 1967, Richard Crossman escribió en su diario que compartía las dudas de sus electores sobre el hecho de que los parlamentarios laboristas dedicaran más tiempo ocupándose del bienestar de los sodomitas de Westminster que de los desempleados de Coventry. Los parlamentarios laboristas que provenían de áreas fuertemente católicas tenían sus propias razones para preocuparse. Por otro lado, nadie se sentía muy cómodo con lo que había sucedido con gente como Peter Wildeblood, un editor literario callado, inofensivo, respetable y tímido que fue encarcelado por dieciocho meses en compañía de un montón de matones iletrados que habían sido enviados a Scrubs\*\* por tercera o cuarta vez por lesiones graves. Eso parecía una crueldad gratuita. Y la creciente evidencia de corrupción policial minó la confianza en la ley y en quienes debían hacerla cumplir. No obstante, ningún gobierno conservador podía actuar y los escándalos sexuales tanto homosexuales como heterosexuales continuaron socavando su posición, especialmente porque casi invariablemente involucraban cuestiones de seguridad nacional. La oposición de viejas figuras militares también se interpuso — el mariscal de campo Montgomery temía que una ola de homo-

---

\*\* N. de los T.: Con este nombre se conoce generalmente a la prisión de Wormwood Scrubs.

sexualidad barriera la tierra si la ley se atemperaba—. De manera que las cosas avanzaron con bastante lentitud hasta el desenlace inevitable.

## 2

Ése es, en cualquier caso, el escenario en el que HART se enfrentó a DEVLIN en la revancha del enfrentamiento *MILL v STEPHEN*. Pero cuando HART dictó las Conferencias Harry Camp en Stanford en 1962 y las publicó como *Law, Liberty, and Morality*, faltaban cinco años para que en el Reino Unido se dictara la ley que despenalizaba los actos homosexuales consentidos entre adultos; el gobierno federal no cambiaría sus reglas automáticamente, y siguió despidiendo a todo aquel que fuera sospechoso de homosexualidad hasta 1975, y todavía faltaban cuarenta años para que la Corte Suprema de Estados Unidos dictara su decisivo fallo en el caso de la sodomía de Texas (*Lawrence et al v. Texas, 2003*). El modo en que HART enfocó las relaciones entre el derecho y la moral en las conferencias reflejaba no solo sus dudas frente a la posible crueldad de la legislación sobre cuestiones sexuales sino su compromiso con la separación positivista entre el derecho y la moral que había defendido contra Lon FULLER algunos años antes y en *El concepto de Derecho*. No es necesario que tomemos partido en estas cuestiones de filosofía del derecho, más allá de reconocer la distinción entre moral crítica y moral positiva.

En lo que sigue reconstruiré las críticas de DEVLIN a WOLFENDEN e, indirectamente, a MILL; luego las críticas de HART a DEVLIN y a STEPHEN. Posteriormente arriesgaré unas pocas observaciones acerca de algunos de los temas interesantes sobre los cuales MILL no dijo nada, pero que sí preocupaban a HART profundamente, aunque quizás de un modo no del todo transparente, tales como la decencia, la privacidad y la identidad sexual. DEVLIN decía en el prefacio de *Enforcement* —el libro contiene siete ensayos— que «había leído con total aprobación la formulación [del Informe] de las funciones del derecho penal en cuestiones morales» (DEVLIN, 1965: v). Como hemos visto, las remisiones del Informe tenían mucho que ver con el enfrentamiento de personas moderadas con conductas ofensivas e indecentes. El Informe recomendaba cambios en la legislación, pero no una entera reformulación de las opiniones convencionales sobre los Huntleys o los Palmers. El comité no era favorable a —por ejemplo— la posición que más tarde fuera defendida por Robert Nozick de que las personas poseen un interés privado inderrotable sobre sus propios cuerpos, de manera que tienen derecho a realizar cualquier actividad sexual que deseen, ya sea por afecto o por razones económicas, con la única condición de que todas las partes presten su libre consentimiento a lo que sucede.

Esto le abrió la puerta a DEVLIN. El comité no formuló la pregunta de MILL en los términos de MILL. MILL había preguntado si debería permitirse que «los gustos y aversiones» de la humanidad decidan si un individuo debe ser coaccionado a comportarse de una determinada manera o ser amenazado con consecuencias desfavorables si hace algo diferente de lo que se le exige. La respuesta de MILL fue simple: los gustos y aversiones no tienen autoridad moral. La desaprobación moral debe basarse en un juicio bien fundado de que la conducta que se va a desalentar causará daños a otros o, alternativamente, dañará sus intereses o, en otra posibilidad, menoscabará acuerdos que mejoran las vidas de todos sobre bases equitativas. Los «meros» gustos y aversiones fueron descartados de plano, y la decencia fue despachada en media oración. El *Informe* no se involucró en filosofía moral. Ya no lo lamento, y no porque Sir John Wolfenden y su comité hubieran hecho un desastre de haberse involucrado en ella. El sentido común los habría llevado lejos. El *Informe* prescindió de argumentos morales. La idea era que, ya sea que la conducta homosexual fuese intrínsecamente perversa o no, desagradable o no, no era ofensiva si se la practicaba en privado, y que si solo se la permitía entre adultos que prestaran su consentimiento, no era posible que «corrompiera» a los que participaban en ella, porque su «corrupción», si era tal, ya estaba establecida. En términos de MILL, no había víctimas que no consintieran. No obstante, el hecho de que el comité evadiera la polémica pregunta —¿había algo intrínsecamente incorrecto en las relaciones homosexuales, dada la opinión del comité de que no constituían evidencia de una enfermedad mental?— permitió a DEVLIN combinar tres interrogantes: ¿cuánto le desagrada a (la mayoría de) la gente una u otra actividad: sodomía, incesto o bigamia, por una parte, o sexo entre personas del mismo sexo, por otra?; ¿cuál es el fundamento de ese desagrado?, y ¿cómo lograr un equilibrio entre los deseos de aquellos cuya conducta se restringe y los de quienes se sentirían consternados si esas restricciones se levantarán? En última instancia DEVLIN desenmarañó, aunque con cierta torpeza, esas preguntas, pero al precio de enredarse en ciertas cuestiones sociológicas y filosóficas complejas.

Vale la pena distinguir la opinión de DEVLIN del agradable populismo vulgar que defendiera enérgicamente el juez Scalia cuando los casos de sodomía llegaron a la Suprema Corte: en una democracia, la mayoría tiene *ceteris paribus* el derecho de legislar como lo desee. Solo cuando se viola una cláusula clara de la Constitución existe algún límite para esa autoridad. Si la mayoría quiere criminalizar el sexo oral, así será. No soy contrario a esa posición como cuestión de teoría jurídica: las democracias son capaces de comportarse de formas estúpidas y opresivas, y un positivista probablemente pensaría que lo que las legislaturas promulgan como derecho *es* en general derecho. Fitzjames STEPHEN se hallaba próximo a la doctrina de Sca-

lia, pero no puede decirse que la apoyara, y lo mismo pasaba con DEVLIN. Scalia se ocupaba de la constitucionalidad de las *leyes*, pero el argumento presentado por DEVLIN se refería a la recepción por parte del *common law* de las intuiciones morales de los jurados ingleses. DEVLIN, como STEPHEN, le remitió la cuestión al jurado, al «hombre común». Si el hombre común sentía con suficiente fuerza que la conducta supuestamente criminal era realmente criminal, eso mostraba que se habían alcanzado «los límites de la tolerancia». La torpeza de este argumento es evidente: confunde lo empírico con lo normativo. Una cosa es observar que los jurados harán lo que esté a su alcance para encarcelar a la gente cuya conducta le parece desagradable y algo enteramente diferente es sugerir que es correcto que lo hagan. Los «límites de la tolerancia» pueden significar tanto que se ha alcanzado el punto en el cual la población, por la razón que sea, reaccionará coercitivamente, o que se ha alcanzado el punto en el cual sería correcto hacerlo. Mezclar el *ser* sociológico con el *deber* normativo es una garantía de confusión.

DEVLIN tenía dos enfoques que se revelaron distintos, pero que inicialmente no distinguió: el primero consistía en que los fuertes sentimientos de repugnancia eran una *prueba* de que la práctica era en algún sentido mala para la sociedad; el otro consistía en que una sociedad estaba *constituida* por sentimientos ampliamente compartidos de este tipo. El segundo es, o podría presentarse como, un enfoque más o menos durkheimiano, y con un poco de presión podría interpretárselo como en apoyo del primer enfoque. Una sociedad bajo este enfoque no está constituida simplemente como una empresa orientada a la protección mutua, sino que está estructurada en torno a cierta concepción de comportamiento «normal». Si la gente se comporta de un modo que *no resulta normal*, menoscaba la cohesión social. La moral positiva de una sociedad es *constitutiva* de esa sociedad. Dada la visión de DURKHEIM de la naturaleza coercitiva de la *conciencia colectiva*, la línea entre el derecho y la moral positiva estará bastante desdibujada en todas las sociedades salvo en las más modernas. Tampoco es sorprendente que la moral esté respaldada por la metafísica —que la homosexualidad, por ejemplo, sea condenada por antinatural—. Todas las sociedades buscan consolidar sus convicciones morales en una cierta concepción del modo en que se estructura el orden natural. La confusión entre moral y metafísica no es algo peculiar que los sistemas jurídicos occidentales han heredado del Levítico y el Deuteronomio, sino una parte de la construcción ideada para la preservación del buen orden que todas las sociedades emplean. Las obras de Mary DOUGLAS *Purity and Danger* y *Natural Symbols* fueron escritas en este estilo durkheimiano, y es mucho más probable que uno entienda por qué la gente expresa buena parte de sus condenas morales mediante expresiones como *desagradable* o *corrupto* leyendo a Mary DOUGLAS que leyendo a MILL o a HART. Es importante que HART haya dado por sentado que la gente tenía esas

reacciones y que no haya profundizado más sobre la cuestión de en qué se basaban esos sentimientos. HART tomó el *Informe* en sus propios términos.

La idea que animó a DEVLIN y encendió la reacción de HART en su artículo del *Listener* fue que no había distinción entre la moral privada y la moral pública. El intento por entender lo que DEVLIN quería decir se veía dificultado por la confusión de DEVLIN entre inmoralidad y pecado, y por su opinión de que los religiosos eran «expertos» en ética. Como DEVLIN veía a la moral como un sistema de exigencias y prohibiciones que obtenía su autoridad de una fuente —el mandato divino— y no de su contenido, la distinción que trazó MILL entre lo que concierne a cada uno y lo que concierne a los demás no tenía fuerza. La cuestión era si la conducta había sido divinamente exigida o prohibida. Contemplando las cosas bajo esa luz, no existe nada parecido a una «moral privada». Nada se modifica si se elimina a Dios de la ecuación y se lo reemplaza por la *conciencia colectiva*. Toda moral es pública, porque las concepciones de lo que es correcto o incorrecto, lo tolerable y lo intolerable, lo puro y lo obsceno, lo decente y lo indecente, forman nuestras identidades y «mantienen unida a la sociedad». Como hemos visto, DEVLIN insistía en que una sociedad era una comunidad de ideas. Esas ideas eran su moral. DEVLIN prosiguió identificando la profundidad de los sentimientos que subyacen a las convicciones acerca de la incorrección de la homosexualidad y otras formas de desviación sexual como un signo de que esas convicciones eran «espirituales», sobre las cuales diré algo más adelante. La tarea de un jurado era decidir si la violación de este sentido común o público de orden moral era lo suficientemente grave como para exigir castigo.

## 3

El ataque de HART no dependió de nada más elaborado que hacer trazar a DEVLIN distinciones que no eran naturales para él, pero sí para cualquiera que practicara la filosofía al estilo de los años 1950. ¿Debía el jurado consultar solo sus propias reacciones? Éste era el punto de vista según el cual lo que molestaba al hombre común era ilegal. Si el jurado debía tomar distancia y reflexionar sobre sus reacciones ¿con qué aparato teórico debía hacerlo? ¿Qué pautas éticas debía aplicar? ¿O no debía utilizar el razonamiento ético sino algo más próximo al análisis sociológico, para evaluar si la sociedad no se vería minada debido al fracaso en respaldar la uniformidad en cualquier área que estuviera en juego? La Ley de Publicaciones Obscenas de 1959 pedía al jurado que hiciera ambas cosas: primero tenía que decidir si un elemento tendía a pervertir o corromper a sus lectores o espectadores, y luego si no obstante ello tenía tal mérito artístico como para que debiera

publicarse. Así es como *El amante de Lady Chatterley* pasó finalmente la censura: el jurado decidió que pese a los riesgos que representaba para la moral de nuestras esposas, hijas y sirvientas, hacia quienes el Procurador General dirigió la atención del jurado, los méritos literarios del libro justificaron su publicación. Exactamente a qué forma de perversión o corrupción conduciría su lectura es una cuestión que nunca fue claramente aclarada ni en éste ni en ningún otro caso. El único caso que conozco de alguien que voluntariamente confesó que había sido corrompido es particularmente absurdo: Sir Basil Blackwell sostuvo que *Última salida para Brooklyn* lo había corrompido. Lo que quiso decir es que sintió que el libro era indecente y que algo de esa indecencia se había filtrado hacia él; es improbable que haya querido sugerir que se había vuelto un socio menos confiable para la compra y venta de libros.

DEVLIN se diferenciaba de Fitzjames STEPHEN en una cosa. STEPHEN era utilitarista: no tenía dudas de que el cometido del sistema político y jurídico era promover el bienestar de la población por la cual eran responsables el gobierno y la magistratura, y que la cuestión interesante consistía en determinar cuál era la mejor forma de lograrlo. MILL era un utilitarista renegado, ya que quería establecer barreras en el camino de la promoción robusta, seria y sin límites del bienestar general que STEPHEN consideraba correcta. El hombre común era el mejor guía para determinar qué es lo que promovería el bienestar general y qué configuraría el interés público. El deseo de MILL de proteger a individuos detestables de los rigores de la ley en la medida en que no dañaran activamente los intereses de los demás era una complicación innecesaria. La conducta sexual de cualquier tipo no era algo que STEPHEN discutiría en absoluto: apenas se atrevió a enfrentar los argumentos de MILL en *The Subjection of Women* porque toda referencia a las relaciones íntimas entre los sexos era indecente. Esta aprensión no le impidió tener diez hijos. Como otros que han querido combinar un apego conservador por la uniformidad de opinión con una visión progresista y racionalista del modo en que el derecho puede promover el bienestar público, STEPHEN tenía ciertas dificultades para determinar precisamente qué es lo que se pretendía obtener con el argumento que apelaba al hombre común, pero uno puede construir ciertos argumentos que no caen en el pozo que reza «si le desagrada al miembro promedio del público, entonces es ilegal».

Uno de esos argumentos consiste en sostener que el mantenimiento del consenso en cuestiones morales conlleva la felicidad general al darnos seguridad sobre el modo en que podemos esperar que se comporten otras personas. Otro argumento consiste en sostener que la investigación filosófica sobre los fundamentos de lo correcto y lo incorrecto incurre en dificultades que no afectan a las intuiciones del hombre común. Un tercer argumento consiste en sostener que es esencial un componente de paternalismo moral.

Habría cierta gente que se resistiría al consenso moral y sufrirá por ello, pero habrá mucha más a la que le resultará útil la persuasión de la presión jurídica y moral. No hay en STEPHEN ningún refinamiento sociológico, más allá de una aceptación muy tosca y rápida de cierta forma de evolución social, de manera que no hay en él ninguna anticipación de, digamos, las ideas de DURKHEIM. Tampoco hay en él ningún afecto hacia el cristianismo y su papel en la creación y estabilización de los sentimientos morales de los ingleses. Los argumentos de STEPHEN son meticulosamente —en el grado en que la meticulosidad era su estilo— reversibles: era tan permisible para los romanos ejecutar a quien se burlara de los presagios como para un tribunal inglés condenar a un hombre por un libelo blasfemo.

La carga del argumento de HART contra DEVLIN era que la afirmación de que *toda* moral es pública en cualquier sentido que debilite la distinción entre lo que se «hace en privado» y lo que se «hace en público» estaba equivocada. Desde luego, el conjunto completo de ideas que constituían la moral positiva del público británico era posesión del público y un fenómeno público. Pero al menos un componente de la moral convencional del público británico era su preocupación por la privacidad y su hostilidad a que fuera invadida. HART se basaba —como se debe— en la sencilla distinción entre moral positiva y moral crítica, análoga a la distinción de BENTHAM entre la teoría positiva y la teoría censoria del derecho. Si las restricciones sobre el comportamiento de la gente son *ceteris paribus* algo malo porque impiden que la gente haga lo que quiere y ello causa aflicción o reduce la felicidad, la pregunta de HART era si el bien que produce la restricción de la libertad en cuestiones sexuales era suficiente para justificar la aflicción que esa restricción causaba. Adoptando un punto de vista al que suscribía el propio BENTHAM —aunque nunca lo publicó—, HART puso énfasis en la miseria particularmente intensa que se derivaba de la criminalización de las preferencias sexuales de las personas. A diferencia del impulso por robar o por asesinar, que raramente integran las características personales más profundas de un sujeto, el deseo sexual es en forma notoria precisamente eso. El frustrar su satisfacción provoca un dolor especial y lastima. La conclusión que se seguía es que el Informe Wolfenden estaba acertado en sus recomendaciones.

Si la cuestión hubiera terminado allí, no hubiera sido más que una nueva batalla entre quienes querían reducir el papel del derecho penal en cuestiones sexuales y quienes sentían vagamente que si el derecho no criminalizaba una buena parte de la conducta privada, en el sentido de realizada «en privado», o realizada con consentimiento entre adultos, algo terrible pasaría. Pero no terminó allí. Uno de los argumentos de HART era que resultaba equívoca la insistencia de DEVLIN en que la sociedad era una comunidad de ideas y que se derrumbaría si no se mantenía esa comunidad. Si la sociedad se *define* en virtud de su actual conjunto de ideas y tradiciones, un cambio en esas

ideas significa la disolución de la sociedad y su reemplazo por otra sociedad, definida por *sus* ideas. Pero entonces no parece importar si una sociedad se disuelve, dado que será reemplazada por otra sociedad muy próxima: de hecho, muy pocas personas notarían el proceso de disolución y reconstitución. Si la tesis no consiste en que la sociedad estaba constituida por sus ideas definicionalmente, sino que una sociedad se desmoronaría de un modo más familiar —disturbios en las calles, imposibilidad de transacciones comerciales, riesgo constante de violencia, todas las cosas que HOBBS adscribía al estado de naturaleza— si el derecho retirara su apoyo coercitivo a las convicciones morales del hombre honesto, entonces la tesis resulta increíble. De cualquier modo, existieron ciertas sociedades que podría haber sido mejor que se hubieran desintegrado: el que el régimen de Hitler habría colapsado si nadie hubiera creído en la inferioridad racial de los judíos podría ser cierto o no, pero el colapso del régimen de Hitler habría sido algo bueno en sí mismo.

DEVLIN reaccionó tomando el camino sociológico: un miembro honesto del jurado debía consultar sus sentimientos y responder a la pregunta de si esos sentimientos nacían de, o se hallaban ligados a, una creencia bien fundada de que la sociedad resultaría dañada si se permitía la conducta que debían considerar. De algún modo simplificó la tarea reiterando más de una vez que la pregunta que el miembro del jurado debía hacer era una simple pregunta fáctica: ¿qué dice la moral pública del momento? Por supuesto, la pregunta no era simple sino altamente especulativa: ¿cuánta erosión podría sufrir esa moral antes de que se produjera un daño, un daño diferente del propio cambio en los sentimientos morales? Argumentar de este modo implicaba abrazar una causa perdida. A menos que se replegara a la estrategia definicional de afirmar la coincidencia entre la sociedad y sus actuales compromisos morales, DEVLIN se estaba dejando arrastrar al terreno moral del utilitarismo secular. Y allí seguramente sería derrotado.

La táctica más efectiva de DEVLIN no consistía en sostener un argumento positivo sino señalar la implausibilidad de las explicaciones de HART de aquellas partes del derecho con las que HART no había discrepado. Sobre la cuestión de no admitir al consentimiento como defensa contra la acusación de la comisión de una agresión violenta, DEVLIN en el mejor de los casos podría haber aspirado a un empate. Si alentara a un amante sádico a infligirme daños leves pero permanentes, el derecho pese a ello no lo (o la) excusaría de la acusación de lesiones corporales. La posición de HART consistía en que el objetivo del derecho radicaba en negarse a autorizar la defensa de consentimiento para los homicidas, dado que una persona muerta no podía dar testimonio sobre lo genuino de su consentimiento, y tampoco sobre si su asesino no había simplemente ido demasiado lejos al jugar juegos rudos en los cuales la víctima inicialmente había aceptado participar. Esto es per-



fectamente plausible. Donde DEVLIN disponía de mayores chances era en las áreas en las que la mayoría de los filósofos dudarían en arriesgarse: el incesto, la bigamia y el bestialismo, por ejemplo.

## 4

HART aceptó sin mayor discusión que el derecho podía usarse en forma apropiada para evitar que la gente se impresione, aunque esto lo ponía en una posición muy arriesgada. También aceptó asignarle cierto papel a la coerción paternalista y reconoció que se estaba así alejando de la inflexible oposición de MILL a la coerción por nuestro propio bien. Entre los temas fascinantes de los que no se ocupó se cuenta la pregunta acerca de sobre quién reside la carga de evitar el causar impresión. Los viejos chistes sobre damas mayores que se quejan de que si se paran en el borde de la tina y espían a través de la ventana pueden ver algo que las impresiona que ocurre al lado y a lo que claramente debe ponerse fin muestran algo simple. Pero no es enteramente una pregunta simple la relativa a qué deberíamos decir sobre la gente que se aprovecha de la impresionabilidad de otros para provocarles sufrimiento. En breve formularé unas pocas especulaciones sobre el reino de lo impresionante, lo desagradable, lo obsceno, o como queramos llamarle, y luego desarrollaré un párrafo final en tono de celebración para decir algo sobre las tesis positivas de HART. DEVLIN centró la atención, con bastante acierto, en temas en los que el análisis utilitarista de HART sobre el fin del derecho penal presentaba problemas. A veces HART parecía poco afecto a usar ciertas construcciones relativamente simples para fortalecer su posición, pero a veces una construcción simple no es lo que se necesita. Así, en relación con la bigamia, HART sugirió que la ley que prohibía la bigamia era un modo de evitar un ultraje a personas con sensibilidades profundamente religiosas. Pero, como decía DEVLIN, la proporción de la población que veía al matrimonio como un sacramento y a la bigamia como un tipo de blasfemia no era muy alta. La ruta simple es milliana o benthamita: las sociedades necesitan un modo institucionalizado de asignar el cuidado de los niños y la transferencia de la propiedad, y el matrimonio es un componente de ello. Lo que para una sociedad cuenta como un matrimonio válido es una opción local. Lo que no es una opción local es la necesidad de hacer que la gente siga las reglas locales, cualesquiera sean, una vez que ellas existen.

Si tuviéramos que admitir — digamos — una modificación según la cual un hombre puede tener dos esposas con el consentimiento de cada una, y una mujer puede tener dos maridos con el consentimiento de cada uno, podrían surgir algunas complejidades interesantes sobre las clases de familia que tales acuerdos producirían, pero la idea de organizar la vida marital

de tal forma no provocaría ninguna *impresión*. Sin embargo, en virtud de tratarse de un acuerdo jurídico que implicaría derechos y prohibiciones de naturaleza familiar, debería igualmente ser supervisado para asegurar que no se aprovechen de la gente en su perjuicio. En términos generales la objeción contra la bigamia consiste en que un hombre ha hecho la mayoría de las veces mucho más que engañar a dos mujeres desprevenidas, tanto financiera como emocionalmente. Hay un giro milleano en el argumento. Dado que resulta opcional qué formas de cohabitación privilegiada una cierta sociedad consagra a través del derecho, habrá argumentos a favor de la monogamia en sociedades modernas como las nuestras que podrían no tener el mismo sentido en sociedades muy diferentes, menos desarrolladas económicamente. Tenemos —la mayoría de nosotros— una opinión acerca de las posibilidades de un matrimonio armonioso que bien podría conducirnos a privilegiar el matrimonio monógamo. Estos ideales no eran compartidos por el mundo antiguo. La construcción intelectual requerida para explicar la incorrección de la bigamia se aplica *ceteris paribus* a la explicación de la falta de voluntad del derecho para respaldar contratos con propósitos inmorales, y lo que no puede explicarse en esos términos es en general indefendible, como en el caso de la vieja norma que prohibía que el terrateniente reclamara judicialmente por su renta si a sabiendas le había dejado su propiedad a una pareja no casada.

Vamos ahora al argumento difícil. A mi juicio, HART nunca ofreció una respuesta satisfactoria al interrogante de DEVLIN sobre lo que podría denominarse la lista de compras del Levítico (*Levítico* 17-21): las cosas que se describen como *abominaciones*. Considérese la prohibición del incesto. Supóngase que un hermano y una hermana mellizos de unos veinte años van a la ópera y quedan fascinados con *Die Valküre*, y terminan la noche consumando su mutuo afecto. ¿Nos escandaliza realmente la idea? ¿Consideramos que *Wälsungenblut*, el cuento corto de THOMAS MANN donde ocurre precisamente este incidente, es obscena? Hay buenas razones políticas para prohibir relaciones incestuosas, aunque muchas de esas razones se refieren a la incapacidad de los jóvenes para dar su consentimiento libremente y sin coerción para tener relaciones sexuales más que al incesto mismo. Quienes se escandalizan con el incesto no se escandalizan, me parece, porque recuerdan las prohibiciones aterradoras del Levítico. Se escandalizan porque, en términos generales, trazamos líneas muy tajantes entre compañeros sexuales lícitos e ilícitos. Considérese la prohibición del bestialismo: no resulta obvio que descansa en una preocupación por la crueldad con los animales, aunque desde luego es verdad que el animal es un participante que no presta su consentimiento, de manera que el bestialismo viola el principio de que todas las relaciones sexuales deben ser consentidas. El principio al cual parecen afiliarse estas prohibiciones reza «no puedes hacer esa clase de cosas

con esa clase de pareja». Una razón para considerar que la moral tiene poco que ver con esta cuestión es que si el sexo con la entidad equivocada es una de las grandes áreas de demarcación y de prohibición absoluta, señalada por términos como «abominación» y «desagradable», la otra razón es la defecación. Nadie considera que la defecación como tal sea *malum in se*, utilizando la expresión que habría usado DEVLIN. Pero defecar en medio de una calle repleta de gente es algo enteramente diferente. Decimos: «eso no se hace allí».

Nada de esto tendría mayor interés si no fuera por el hecho de que nuestras reacciones más incontrolables y violentas están atadas precisamente a estas exigencias y prohibiciones. La respuesta que podríamos denominar «¡puaj!» se asigna más inmediatamente a fluidos corporales, a la exhibición de órganos humanos y —nuevamente, en términos generales— a aquellas cosas a cuyo respecto tenemos fuertes sentimientos del tipo «no de esa manera» o «no aquí». Una filósofa que recogió este argumento fue Hanna ARENDT, quien desaprobaba los viajes al espacio con fundamento en que, por así decirlo, la Tierra no ha de ser vista desde afuera, así como los órganos corporales no han de ser exhibidos en público. La disputa en torno a los cuerpos humanos (y de otro tipo) «plastinados» de Günter von Hagens, así como respecto de los animales en formol de Damien Hirst, sugiere que ARENDT recogía con lo anterior, como casi siempre lo hacía, una reacción familiar. Aquí también vale la pena recordar que resulta crucial *dónde* ocurra cualquiera de estas cosas: no nos quejamos de lo sangriento de un escenario quirúrgico, sino de que sea exhibido públicamente. La única cuestión que quiero destacar, no obstante, es que la intensidad de nuestra reacción no tiene nada que ver con consideraciones «espirituales». Hay un interrogante interesante, para el cual no tengo respuesta, respecto de lo indispensable que resulta alguna forma de trazar esas líneas en el proceso de transformar a los niños en adultos. Según la antropología de KANT, que secularizó el *Génesis* con considerables resultados, el cubrir nuestros órganos sexuales y la adquisición de un sentido de vergüenza constituye el primer paso para volverse *humano*. Ningún conjunto particular de dispositivos parece singularmente necesario para garantizar el tránsito en el par animal/humano, pero sí la existencia de *algún* conjunto de tales dispositivos. Si existe un dispositivo semejante, es necesario incorporarlo en la conciencia de los niños pequeños para que tome suficiente fuerza. Me sorprendía cuarenta años atrás, y sigue sorprendiéndome ahora, que a HART no le interesara la génesis y la naturaleza del tabú. Pero el hecho es que no le interesaba. Y, no obstante, nuestras ideas sobre lo que es privado, íntimo, lo que no debe ser invadido, deben sin duda tener mucho que ver, en lo que respecta a su génesis, con el modo en que se nos enseña de niños a tratar a nuestras heces como algo con lo que no se juega y a controlar nuestros variados impulsos sexuales infantiles. Dado

que la defensa más elocuente de HART de las conclusiones del *Informe* se apoyaba en la intensidad de la miseria que causan las invasiones a la privacidad, era esperable una mayor curiosidad que la que exhibió.

Esto no habría menoscabado una visión liberal y humana de la regulación jurídica de la conducta sexual: la persecución de homosexuales adultos era manifiestamente incorrecta por razones humanitarias, así como porque la ley tendía a corromper a la policía. Por otro lado, tampoco la habría fortalecido. HART tuvo un breve interés en la distinción de DURKHEIM entre solidaridad mecánica y orgánica, y por ser alguien que quería mantener una visión fuertemente liberal acerca de lo sagrado de la vida privada pero reconociendo las acertadas intuiciones, reales o supuestas, de la sociología del derecho, podría haber encontrado peores lugares para comenzar. HART no ahondó en la cuestión. Era suficiente con que un liberal se aproximara al derecho penal en relación con la actividad sexual con una pregunta en mente —¿previene más daño del que causa?— y tuviera un agudo sentido del daño que causa el derecho en un área tan sensible de la vida. Hay, desde luego, áreas en las que la pregunta es difícil de responder y saber cuándo invocar el derecho penal resulta harto complejo: es notoriamente arduo delinear reglas sensatas respecto de la edad del consentimiento —una idea muy moderna en sí misma— y atrapar a los cuarentones que se aprovechan de niñas ingenuas de doce años pero sin encarcelar a un excitado joven de diecisiete años que ha tenido sexo con una sofisticada chica de quince. En cuanto a las complejidades para articular las diferentes pero igualmente intensas reacciones de personas de distintas culturas en una supuesta Gran Bretaña multicultural, no queda espacio aquí más que para decir que no hay espacio para decir nada.

El tema del sexo y el derecho es inagotable, y *Law, Liberty, and Morality* es un libro muy corto que critica básicamente las actitudes de la magistratura inglesa de la época. Parece adecuado finalizar con la contribución de HART, no al tema del derecho y el sexo, sino a las ideas liberales acerca del derecho. Una de las razones por las que se basó en las ideas de MILL en *On Liberty* y, no obstante, dedicó poco esfuerzo en refinarlas o extenderlas fue que dio por sentadas dos cosas. La primera fue que el derecho es una construcción inmensamente fructífera para hacer predecibles y manejables a nuestras vidas: solo con un régimen eficiente de, por ejemplo, derechos de propiedad y reglas para hacer contratos y asegurar su cumplimiento, podemos explotar al máximo nuestros talentos y energías y suministrar a la gente el incentivo para desarrollar sus habilidades y el ámbito para expandir sus gustos e intereses. Esta visión es la que impregna *On Liberty*. Viene con una saludable advertencia: los derechos y las reglas están pensados para posibilitar que nos obliguemos los unos a los otros a actuar y abstenemos de actuar de manera previsible. Aunque los derechos y las reglas no deberían definirse en términos de fuerza coercitiva, deben limitar la libertad para ex-

pandir las elecciones, y un sistema de derechos y reglas no podría funcionar sin el respaldo de un mecanismo coercitivo. Expandimos el abanico de cosas que podemos hacer al precio de tornar arriesgado el incumplimiento de nuestras obligaciones. Por otra parte, la maquinaria que hemos de emplear para preservar la predictibilidad es en forma evidente algo tosca. No se necesita mucha perspicacia para advertir el impacto de HART en el informe del Comité sobre Obscenidad que Bernard WILLIAMS presidió a mediados de la década de 1970.

La segunda fue que todo aquel que entienda el mundo en esos términos está bien encaminado para comprender que somos, o al menos podemos convertirnos en criaturas que persiguen una diversidad abierta e indefinida de metas. El apreciar la variedad de objetivos que —nosotros o los demás— podemos perseguir es tanto una ayuda a la felicidad en sí misma como un freno a todo intento por imponer un estilo de vida determinado a los demás, excepto cuando así lo exija la autodefensa, el buen orden o un mínimo grado de protección contra la autolesión. El liberalismo de HART no era libertario en el sentido norteamericano: HART no contemplaba al mundo en función de dar prioridad a los derechos de propiedad ni pensaba que los derechos de propiedad fueran un modelo para todos los derechos, tal como lo hacía NOZICK en *Anarchy*. Se basaba sin lugar a dudas en la preocupación hobbesiana o berliniana por la libertad negativa o de la «no interferencia», pero eso no impedía la persecución de toda clase de metas frente a las cuales podría tener que sacrificarse la libertad: medidas moderadas de redistribución del tipo que planteara el gobierno laborista de la postguerra exigían compensar la libertad con la igualdad por sí misma o con el bienestar bajo la presuposición de que los peor situados ganarían más de lo que perderían los mejor situados. Como aceptaba que existía una pluralidad de fines admisibles, HART no intentó mostrar que reducir la cantidad de dinero que la gente podía obtener de la venta de sus servicios o de cualquier otra cosa no era «realmente» una reducción de su libertad: más bien, un liberal era reconocible como la persona que otorgaba un valor especialmente alto a minimizar no solo la coerción en general sino en particular a las formas de coerción más intrusivas e invasivas, y que era reticente a perseguir cualquier valor à l'outrance. En mi lectura, ésta no es la única manera de ser liberal, pero es una muy buena manera de serlo, y confiere apoyo a una delicadeza y a un toque de destreza que no todos los escritores de estos temas han logrado dominar.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALLDRIDGE, P., 1990: «Rules for Courts and Rules for Citizens», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 10: 487-504.
- ALLEN, J. (ed.), 2000: *Without Sanctuary: Lynching Photography in America*, Santa Fe (NM): Twill Palms.
- ALTMAN, A., y WELLMAN, C., 2004: «A Defense of International Criminal Law», *Ethics*, núm. 115: 35-67.
- American Heritage Dictionary of the English Language*, 1992: 3.ª ed., Boston: Houghton Mifflin.
- ANSCOMBE, E., 1957: *Intention*, Oxford: Blackwell.
- 1958: «Modern Moral Philosophy», *Philosophy*, núm. 33: 1-19.
- AQUINO, T. de, 1959: *Selected Political Writings*, A. P. D'ENTREVES (ed.), Oxford: Basil Blackwell.
- ARENDT, H., 1973: *On Revolution*, Harmondsworth: Penguin Books.
- ARISTÓTELES, 1996: *Politics*. Citado por la traducción de S. EVERSON, Cambridge: Cambridge University Press.
- ASHWORTH, A., 2002: «Testing Fidelity to Legal Values: Official Involvement and Criminal Justice», en S. SHUTE y A. SIMESTER (eds.), *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part*, Oxford: Oxford University Press.
- AUSTIN, J. L., 1962: *How to Do Things with Words*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- BAIER, A., 1980: «The Rights of Past and Future Persons», en E. PARTRIDGE (ed.): *Responsibilities to Future Generations*, Buffalo (NY): Prometheus Books.
- BARKER, C., 2007: «The Politics of International Law-Making: Constructing Security in Response to Global Terrorism», *Journal of International Law and International Relations*, núm. 3: 5-29.
- BARON, M., 2005: «Justifications and Excuses», *Ohio State Journal of Criminal Law*, núm. 2: 387-413.
- BAZELON, D., 1976: «The Morality of the Criminal Law», *Southern California Law Review*, núm. 49: 385-405.

- BENFER, A., 2002: «What is So Bad about Good Sex?», disponible en URL: [http://archive.salon.com/mwt/feature/2002/04/19/levine\\_talks/index.html](http://archive.salon.com/mwt/feature/2002/04/19/levine_talks/index.html).
- BENNETT, J., 1988: *Events and their Names*, Oxford: Oxford University Press.
- BENTHAM, J., [1776]: «Preparatory Principle», *Bentham Manuscripts*, University College London, Caja LXIX, Folios 70-75.
- [1838-1843]: *Works*, J. BOWRING (ed.), once volúmenes, Edinburgh: William Tait.
- 1970a: *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. BURNS y H. L. A. HART (eds.), London: Athlone Press.
- 1970b: *Of Laws in General*, H. L. A. HART (ed.), London: Athlone Press.
- 1977: *Comment on the Commentaries y A Fragment on Government*, J. H. BURNS y H. L. A. HART (eds.), London: Athlone Press.
- 1996: *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. BURNS y H. L. A. HART (eds.), Oxford: Clarendon Press.
- 1998: *Legislator of the World: Writings on Codification, Law, and Education*, P. SCHOFIELD y J. HARRIS (eds.), Oxford: Clarendon Press.
- BERMAN, H., 1983: *Law and Revolution*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- BERMAN, M., 2003: «Justification and Excuse, Law and Morality», *Duke Law Journal*, núm. 73: 1-78.
- BESSON, S., y TASIOLAS, J. (eds.) 2008: *Philosophy of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- BLACK, M., 1956: «Why Cannot an Effect Precede Its Cause?», *Analysis*, núm. 16: 49-58.
- BLACKSTONE, W. [1765-9]: *Commentaries on the Laws of England*, 4 volúmenes, Oxford: Clarendon Press, disponible en URL: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/blackstone/blacksto.htm>.
- BOHANNAN, P., 1965: «The Differing Realms of Law», *American Anthropologist*, núm. 67: 33-42.
- Boiling v. Sharpe*, 1954: *United States Reports*, vol. 347: 497-500.
- BRAITHWAITE, J., y PETTIT, P., 1990: *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- BRETT, A., 1997: *Liberty, Right, and Nature*, Cambridge: Cambridge University Press.
- BROPHY, A., 2002: *Reconstructing the Dreamland*, New York: Oxford University Press.
- Brown v. Board of Education*, 1954: *United State Reports*, núm. 347: 483-496.
- BUCHANAN, A., y GOLOVE, D., 2002: «The Philosophy of International Law», en COLEMAN-SHAPIRO, 2002.
- BURNS, R., 1999: *A Theory of the Trial*, Princeton (NJ): Princeton University Press.
- CALIFIA, P., 1994: «Feminism and Sadomasochism», en *Public Sex: The Culture of Radical Sex*, Pittsburgh: Cleis.
- CALLAHAN, J., 1987: «On Harming the Dead», *Ethics*, núm. 97: 341-352.
- CAMPBELL, K., 1987: «Offence and Defence», en I. DENNIS (ed.), *Criminal Law and Justice*, London: Sweet & Maxwell.
- CANE, P., 2006: «Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate», *Journal of Ethics*, núm. 10: 21-51.



- CARNAP, R., 1950: *The Logical Foundations of Probability*, Chicago: University of Chicago Press.
- CARTER, I., 1999: *A Measure of Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
- CASEY, J., 1971: «Actions and Consequences», en J. CASEY (ed.), *Morality and Moral Reasoning*, London: Methuen.
- CHRISTODOULIDIS, E. 2004: «The Objection that Cannot be Heard: Communication and Legitimacy in the Courtroom», en A. DUFF, L. FARMER, S. MARSHALL y V. TADROS (eds.), *The Trial on Trial I: Truth and Due Process*, Oxford: Hart Publishing.
- CHRISTOPHER R., 1995: «Unknowing Justification and the Logical Necessity of the Dadson Principle in Self-Defense», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 15: 229-251.
- Civil Rights Act. [1875], *United States at Large*, núm. 18: 335-337.
- Civil Rights Act., 1964, *United States at Large*, núm. 78: 241-268.
- Civil Rights Cases [1883], *United States Reports*, vol. 109: 3-62.
- COHEN, A., 2004: «What Toleration Is», *Ethics*, núm. 115: 68-95.
- COHEN, G., 1979: «Capitalism, Freedom, and the Proletariat», en A. RYAN (ed.), *The Idea of Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
- COHEN, G., 1989: «On the Currency of Egalitarian Justice», *Ethics*, núm. 99: 906-944.
- COKE, E., [1628]: *Institutes of the Laws of England*, 3 vols., London: Society of Stationers.
- COLEMAN, J., 1982: «Negative and Positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, núm. 11: 139-164.
- 2001a: «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of «The Concept of Law»*, Oxford: Oxford University Press.
- 2001b: *The Practice of Principle*, Oxford: Oxford University Press.
- COLEMAN, J., y SHAPIRO, S., 2002: *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- COLLINGWOOD, R., 1999: *The Principles of History and Other Writings in Philosophy of History*, W. H. DRAY y W. J. VAN DER DUSSEN (eds.), New York: Oxford University Press.
- COLLINS, J.; HALL, N., y PAUL, L., 2004a: «Counterfactuals and Causation: History, Problems, and Prospects», en COLLINS, HALL y PAUL, 2004b.
- (ed.) 2004b: *Causation and Counterfactuals*, Cambridge (MA): MIT Press.
- Committee on Homosexual Offences and Prostitution, 1957: *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, London: Her Majesty's Stationary Office.
- Constitution of the United States* [1789].
- COTTERRELL, R., 1995: *Law's Community*, Oxford: Oxford University Press.
- CRISP, R., 1997: *Mill on Utilitarianism*, London: Routledge.
- 2006: *Reasons and the Good*, Oxford: Oxford University Press.
- CRUFT, R., 2004: «Rights: Beyond Interest Theory and Will Theory», *Law and Philosophy*, núm. 23: 347-397.
- DAN-COHEN, M., 1984: «Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law», *Harvard Law Review*, núm. 97: 625-677.

- DELGADO, R., 1985: «Rotten Social Background: Should the Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation?» *Law and Inequality*, núm. 3: 9-90.
- DENNIS, I., 2007: *The Law of Evidence*, 3.<sup>a</sup> ed., London: Sweet and Maxwell.
- DEVLIN, P., 1965: *The Enforcement of Morals*, Oxford: Oxford University Press.
- DICEY, A., 1982: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, octava edición de 1915, Indianapolis (IN): Liberty Classics.
- DIETRICH, F., y LIST, C., 2008: «A Liberal Paradox for Judgment Aggregation», *Social Choice and Welfare*, vol. 31, núm. 1: 59-78.
- DITTMER, J., 1994: *Local People*, Urbana (IL): University of Illinois Press.
- DIXON, J., 2001: *Evaluation and Legal Theory*, Oxford: Hart Publishing.
- Dred Scott v. Sanford* [1857], *United States Reports*, vol. 60: 393-632.
- DRESSLER, J., 1984: «New thoughts about the Concept of Justification in the Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking», *UCLA Law Review*, núm. 32: 61-99.
- DUBBER, M., 2002: *Criminal Law: Model Penal Code*, New York: Foundation Press.
- DUFF, A., 1998: «Law, Language, and Community: Some Preconditions of Criminal Liability», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 18: 189-206.
- 2001: *Punishment, Communication, and Community*, New York: Oxford University Press.
- 2007: *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford: Hart Publishing.
- DUFF, A.; FARMER, L.; MARSHALL, S., y TADROS, V., 2007: *The Trial on Trial III: Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford: Hart Publishing.
- DUMMETT, M., 1964: «Bringing About the Past», *The Philosophical Review*, núm. 73: 338-59.
- DWORKIN, A., y MACKINNON, C., 1988: *Pornography and Civil Rights*, Minneapolis (MN): Organizing against Pornography.
- DWORKIN, R., 1967: «The Model of Rules», *University of Chicago Law Review*, núm. 35: 14-46.
- 1986: *Law's Empire*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- 1996: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- 2000: *Sovereign Virtue*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- 2002: «Thirty Years On», *Harvard Law Review*, núm. 115: 1655-1687.
- 2006: *Is Democracy Possible Here?*, Princeton (NJ): Princeton University Press.
- EEKELAAR, J., 1973: «Principles of Revolutionary Legality», en SIMPSON, 1973.
- FABRE, C., 2009: «Preconception Rights», en I. CARTER, M. KRAMER y S. DE WIJZE (eds.), *Hillel Steiner and the Anatomy of Justice Themes and Challenges*, New York: Routledge.
- FEHRENBACHER, D., 1978: *The Dred Scott Case*, New York: Oxford University Press.
- FEINBERG, J., 1970: *Doing and Deserving*, Princeton (NJ): Princeton University Press.

- 1973: *Social Philosophy*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
- 1974: «The Rights of Animals and Unborn Generations», en W. BLACKSTONE (ed.), *Philosophy and Environmental Crisis*, Athens: University of Georgia Press.
- 1980a: «Noncomparative Justice», en *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton: Princeton University Press.
- 1980b: «A Child's Right to an Open Future», en W. AIKEN y H. LA FOLLETTE (eds.), *Whose Child? Parental Rights, Parental Authority, and State Power*, Totowa (NJ): Littlefield, Adams & Co.
- 1984: *Harm to Others*, Oxford: Clarendon Press.
- 1986: *Harm to Self*, New York: Oxford University Press.
- 1988a: «Responsibility Tout Court», *Philosophy Research Archives*, núm. 14: 93-113.
- 1988b: «Responsibility for the Future», *Philosophy Research Archives*, núm. 14: 93-113.
- 1992: «Wrongful Life and The Counterfactual Element in Harming», en *Freedom and Fulfillment*, Princeton: Princeton University Press.
- FELDMAN, F., 1991: «Some Puzzles about the Evil of Death», *Philosophical Review*, núm. 100: 205-227.
- FINNIS, J., 1968: «Review of H. L. A. Hart, Punishment and Responsibility», *Oxford Review*, núm. 8: 73-80.
- 1973: «Revolutions and Continuity of Law», en SIMPSON, 1973.
- 1977: «Scepticism, Self-Refutation, and the Good of Truth», en P. HACK y J. RAZ, *Law, Morality, and Society*, Oxford: Clarendon Press.
- 1980: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- 1983: *Fundamental of Ethics*, Oxford: Oxford University Press.
- 1984: «The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory», *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy*, núm. 1: 115-137.
- 1987: «On Positivism and the Foundations of Legal Authority», en R. GAVISON (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford: Oxford University Press.
- 1989: «Law as Coordination», *Ratio Juris*, núm. 2: 97-104.
- 1991: «Object and Intention in Moral Judgments according to St. Thomas Aquinas», *The Thomist*, núm. 55: 1-27.
- 1992: «Natural Law and Legal Reasoning», en R. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford: Oxford University Press.
- 1994: «On Conditional Intentions and Preparatory Intentions», en L. GORMALLY (ed.), *Moral Truth and Moral Tradition: Essays in Honour of Peter Geach and Elizabeth Anscombe*, Dublin: Four Courts Press.
- 1997: «Commensuration and Public Reason», en R. CHANG (ed.), *Incommensurability, Comparability, and Practical Reasoning*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- 1998: *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- 2002: «Natural Law: The Classical Tradition», en COLEMAN y SHAPIRO, 2002.

- 2003: «Law and What I Truly Should Decide», *American Journal of Jurisprudence*, núm. 50: 107-29.
- 2004: «Self-referential (or Performative) Inconsistency: Its Significance for Truth», *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association*, núm. 78: 13-21.
- 2005a: «Foundations of Practical Reason Revisited», *American Journal of Jurisprudence*, núm. 50: 109-31.
- 2005b: «The Thing I Am: Personal Identity in Aquinas and Shakespeare», *Social Philosophy and Policy*, núm. 22: 250-282.
- 2007: «Natural Law Theories of Law», en E. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2007 Edition), disponible en URL: <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>.
- FISCHER, J., y RAVIZZA, M., 1998: *Responsibility and Control*, Cambridge: Cambridge University Press.
- FLETCHER, G., 1978: *Rethinking Criminal Law*, Boston: Little, Brown.
- FLEUERBAEY, M.; TUNGODDEN, B., y VALLENTYNE, P., 2009: «On the Possibility of Non-Agregative Priority for the Worst Off», *Social Philosophy and Policy*, núm. 26: 258-285.
- FONER, E., 1988: *Reconstruction*, New York: Harper & Row.
- Fugitive Slave Act. [1793], *United States at Large*, núm. 1: 302-305.
- Fugitive Slave Act. [1850], *United States at Large*, núm. 9: 462-465.
- FULLER, L., 1958: «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Hart», *Harvard Law Review*, núm. 71: 630-672.
- 1969: *The Morality of Law*, edición revisada, New Haven (CT): Yale University Press.
- 1978: «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review*, núm. 92: 353-409.
- GALEOTTI, A., 2002: *Toleration as Recognition*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GARDNER, J., 1996: «Justifications and Reasons», en A. SIMESTER y A. SMITH (eds.), *Harm and Culpability*, Oxford: Oxford University Press.
- 1998: «The Gist of Excuses», *Buffalo Criminal Law Review*, núm. 1: 575-598.
- 2000: «The Virtue of Justice and the Character of Law», *Current Legal Problems*, núm. 53: 1-29.
- 2001: «Legal Positivism: 5 1/2 Myths», *American Journal of Jurisprudence*, núm. 46: 199-227.
- 2003: «The Mark of Responsibility», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 23: 157-171.
- 2004: «Fletcher on Offences and Defences», *Tulsa Law Review*, núm. 39: 817-27.
- 2007a: «Nearly Natural Law», *American Journal of Jurisprudence*, núm. 52: 1-23.
- 2007b: *Offences and Defences*, Oxford: Oxford University Press.
- GARDNER, J., y MACKLEM, T., 2002: «Reasons», en COLEMAN y SHAPIRO, 2002.
- GARDNER, P., 1993: «Tolerance and Education», en J. HORTON (ed.), *Liberalism, Multiculturalism, and Toleration*, New York: St Martin's Press.

- Gayle v. Browder, 1954: *United States Reports*, vol. 352: 903.
- GRUDICE, M., 2002: «Unconstitutionality, Invalidity, and Charter Challenges», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, núm. 15: 69-83.
- GLANNON, W., 2001: «Persons, Lives, and Posthumous Harms», *Journal of Social Philosophy*, núm. 32: 127-142.
- GOLDBERG, J., 1990: «Community and the Common Law Judge: Reconstructing Cardozo's Theoretical Writings», *New York University Law Review*, núm. 65: 1324-1372.
- GOLDING, M. y EDMUNSON, W., 2005: *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell Publishing.
- GOLDSMITH, J., y POSNER, E., 2005: *The Limits of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- GOROVITZ, S., 1964: «Leaving the Past Alone», *The Philosophical Review*, núm. 73: 360-371.
- GOSSERIES, A., 2003: «A-t-on des obligations envers les morts?», *Revue Philosophique de Louvain*, núm. 101: 80-104.
- GRANT, C., 2006: «Promulgation and the Law», *International Journal of Law in Context*, núm. 2 (3): 105-15.
- 2008: «Knowing the Law», en M. FREEMAN (ed.), *Current Legal Issues: Law, Mind, and Brain*, Oxford: Oxford University Press.
- GRAY, J., 1921: *The Nature and Sources of the Law*, New York: MacMillan.
- GREEN, L., 2001: «Pluralism, Social Conflict, and Tolerance», en A. SOETEMAN (ed.), *Pluralism and Law*, Dordrecht: Kluwer.
- 2003: «Legal Positivism», en E. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2003 Edition), URL: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2003/en tries/ legal- positivism/>>
- 2005: «The Germ of Justice», URL: <<http://www.trinitinture.com/documents/green.pdf>>.
- GREENAWALT, K., 1984: «The Perplexing Borders of Justification and Excuse», *Columbia Law Review*, núm. 84: 1897-1927.
- GREENE, D., 2006: «Biography and the Search for Meaning», *National Catholic Reporter*, 5 de mayo, URL: <[http://www.ncronline.org/NCR\\_Online/archives2/2006b/050506/050506t.php](http://www.ncronline.org/NCR_Online/archives2/2006b/050506/050506t.php)>.
- GREENE, G., 1940: *The Power and the Glory*, London: Penguin.
- GREENE, M., «Loss and Modality», artículo inédito.
- GUTMANN, A., y THOMPSON, D., 1996: *Democracy and Disagreement*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- HACKER, P., y RAZ, J. (eds.), 1977: *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press.
- HALL, N., 2004: «Two Concepts of Causation», en COLLINS, HALL y PAUL, 2004b.
- HAMPSHIRE, S., y HART, H., 1958: «Decision, Intention, and Certainty», *Mind*, núm. 67: 1-12.
- HART, H., 1948: «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 49: 71-94.
- 1953: «Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952)», *American Journal of Comparative Law*, núm. 2: 355-364.

- 1955: «Are There Any Natural Rights», *Philosophical Review*, núm. 64: 175-191.
- 1958: «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, núm. 71: 593-629.
- 1959: «Immorality and Treason», *Listener*, 30 de julio: 162-163.
- 1961: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, traducción castellana de G. CARRIÓ, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963. Citado por la segunda edición, 1968.
- 1963: *Law, Liberty, and Morality*, Oxford: Oxford University Press.
- 1965a: «Book Review: The Morality of Law by Lon Fuller», *Harvard Law Review*, núm. 78: 1281-1296.
- 1965b: «Review: Crime and the Criminal Law by Barbara Wootton», *Yale Law Journal*, 74: 1325-1331.
- 1967a: «Are There any Natural Rights?», en QUINTON, 1967.
- 1967b: «Varieties of Responsibility», *Law Quarterly Review*, núm. 83: 346-64.
- 1967c: «Philosophy of Law, Problems of», en P. EDWARDS (ed.), *Encyclopedia of Philosophy*, vol. 6, London: Macmillan.
- 1968: *Punishment and Responsibility*, Oxford: Clarendon Press.
- 1973: «Rawls on Liberty and its Priority», *University of Chicago Law Review*, núm. 40: 534-555.
- 1977: «American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», *Georgia Law Review*, núm. 11: 969-89.
- 1979: «Between Utility and Rights», en A. RYAN (ed.), *The Idea of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- 1982: *Essays on Bentham*, Oxford: Clarendon Press.
- 1983: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- 1986: «Who can Tell Right from Wrong?», *New York Review of Books*, 17 de julio: 49-52.
- 1994: *The Concept of Law*, segunda edición, Oxford: Clarendon Press.
- 2008: *Punishment and Responsibility*, 2.ª ed., con introducción de J. GARDNER, Oxford: Clarendon Press.
- HART, H., y HONORÉ, T., 1959: *Causation in the Law*, Oxford: Clarendon Press.
- 1985: *Causation in the Law*, 2.ª ed., Oxford: Clarendon Press.
- HART, J., 1998: *Ask Me No More: An Autobiography*, London: Peter Halban.
- HEFFERNAN, W., y KLEINIG, J., 2000: *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law*, New York: Oxford University Press.
- HEMPEL, C., 1965: *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science*, New York: Free Press.
- HOBBS, T., 1990: *Behemoth or The Long Parliament*, F. TOENNIES (ed.), Chicago: University of Chicago Press.
- 1996: *Leviathan*, R. TUCK (ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
- HOFFELD, W., 1923: *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven (CT): Yale University Press.
- HOLDEN-SMITH, B., 1996: «Lynching, Federalism, and the Intersection of Race and Gender in the Progressive Era», *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 8: 31-78.

- HOLLAND, T., 1906: *The Elements of Jurisprudence*, 10.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press.
- HONNETH, A., 1996: *The Struggle for Recognition: Moral Grammar of Social Conflicts*. Traducido por J. ANDERSON, London: Polity Press.
- HONORÉ, T., 1995: «Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law», en OWEN, D. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Oxford University Press.
- HORDER, J., 2004: *Excusing Crime*, Oxford: Oxford University Press.
- HOWARD, B. (ed.), [1857], *A Report of the Decision of the Supreme Court of the United States and the Opinions of the Judges Thereof, in the Case of Dred Scott versus John F. A. Sandford*, New York: D. Appleton.
- HUDSON, B., 1995: «Beyond Proportionate Punishment: Difficult Cases and the 1991 Criminal Justice Act», *Crime, Law & Social Change*, núm. 22: 59-78.
- HUSAK, D., 1987: *Philosophy of Criminal Law*, Totowa (NJ): Rowman & Littlefield.
- HUXLEY, A., 1928: *Point Counter Point*, London: Chatto & Windus.
- JONES, H., 1969: *The Efficacy of Law*, Evanston (IL): Northwestern University Press.
- KAGAN, S., 1994: «Me and My Life», *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 94: 309-324.
- KAMM, F., 2002: «Rights», en COLEMAN y SHAPIRO, 2002.
- KAMMEN, M., 1986: *A Machine that Would Go by Itself*, New York: Knopf.
- KELSEN, H., 1945: *General Theory of Law and State*, Traducido por A. WEDBERG, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- KENNEDY, R., 1997: *Race, Crime, and the Law*, New York: Vintage Books.
- KENNY, A., 1978: *Freewill and Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.
- KITCHER, P., 1989: «Explanatory Unification and the Causal Structure of the World», en P. KITCHER y W. SALMON (eds.), *Scientific Explanation*, Minneapolis (MN): University of Minnesota Press.
- KORSGAARD, C., 1997: «The Normativity of Instrumental Reason», en G. CULLITY y B. GAUR (eds.), *Ethics and Practical Reason*, Oxford: Oxford University Press.
- KRAMER, M., 1998: «Rights without Trimmings», en KRAMER, SIMMONDS y STEINER 1998.
- 1999: *In Defense of Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press.
- 2001: «Getting Rights Right», en M. KRAMER (ed.), *Rights, Wrongs, and Responsibilities*, Basingstoke: Palgrave.
- 2003: *The Quality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
- 2004: *Where Law and Morality Meet*, Oxford: Oxford University Press.
- 2005: «Moral Rights and the Limits of the “Ought” — Implies — “Can” Principle: Why Impeccable Precautions are No Excuse», *Inquiry*, núm. 48: 307-355.
- 2007: *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- KRAMER, M.; SIMMONDS, N., y STEINER, H., 1998: *A Debate over Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- KRAMER, M., y STEINER, H., 2007: «Theories of Rights: Is There a Third Way?», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 27: 281-310.

- KYMLICKA, W., 1989: *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford: Oxford University Press.
- LACEY, N., 2004: *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford University Press.
- LAFAVE, W.; ISRAEL, J., y KING, N., 2004: *Criminal Procedure*, 4.ª ed., St Paul (MN): West Group.
- Lawrence et al v. Texas*, 2003: *United States Reports*, vol. 539: 558-606.
- LEITER, B., 2007: *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- LEVENBOOK, B., 1984: «Harming Someone After his Death», *Ethics*, núm. 94: 407-419.
- 1985: «Harming the Dead, Once Again», *Ethics*, núm. 95: 162-164.
- LEVINE, J., 2002: *Harmful to Minors: The Perils of Protecting Children from Sex*, Minneapolis (MN): University of Minnesota Press.
- LEWIS, D., 1969: *Convention*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- 1973a: «Causation», *Journal of Philosophy*, núm. 70: 556-567.
- 1973b: *Counterfactuals*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- 1979: «Counterfactual Dependence and Time's Arrow», *Noûs*, núm. 13: 455-476.
- 1986: *Philosophical Papers*, vol. II, Oxford: Oxford University Press.
- LLEWELLYN, K., 1951: *The Bramble Bush*, Dobbs Ferry (NY): Oceana Publications.
- LOCKE, J., 1983. *A Letter Concerning Toleration*, J. TULLY (ed.), Indianapolis (IN): Hackett Publishing.
- LOMASKY, L., 1987: *Persons, Rights and Moral Community*, Oxford: Oxford University Press.
- LORDE, A., 1984: «The Master's Tools will Never Dismantle the Master's House», en *Sister Outsider: Essays and Speeches by Audre Lorde*, Freedom (CA): Crossing.
- Loving v. Virginia*, 1967, *United States Reports*, vol. 388: 1.
- LUBAN, D., 2004: «A Theory of Crimes Against Humanity», *Yale Journal of International Law*, núm. 29: 85-167.
- LUCAS, J., 1993: *Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.
- 2007: «The Ascription of Actions», URL: <<http://users.ox.ac.uk/~jrlucas/ascript.htm>>.
- LYNCH, A., 1982: «The Mental Element in the Actus Reus», *Law Quarterly Review*, núm. 98: 109-142.
- LYONS, D., 1973: «On Formal Justice», *Cornell Law Review*, núm. 58: 833-861.
- 1998: «Moral Judgment, Historical Reality, and Civil Disobedience», *Philosophy and Public Affairs*, núm. 27: 31-49.
- 2007: «Racial Junctures in US. History and Their Legacy», en M. MARTIN y M. YAQUINTO (eds.), *Redress for Historical Injustices in the United States*, Durham (NC): Duke University Press.
- MACCORMICK, N., 1977: «Rights in Legislation», en HACKER y RAZ, 1977.
- 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- 1981: *H. L. A. Hart*, London: Edward Arnold.
- 1982: *Legal Right and Social Democracy*, Oxford: Oxford University Press.



- 1985: «A Moralistic Case for Amoralistic Law? », *Valparaiso Law Review*, núm. 20: 1-41.
- 2005: *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford: Oxford University Press.
- 2007a: «Legal Positivism: Hart's Last Word», URL: <[http://www.cfipp.law.cam.ac.uk/past\\_events/the\\_legacy\\_of\\_hla\\_HART\\_papers.php](http://www.cfipp.law.cam.ac.uk/past_events/the_legacy_of_hla_HART_papers.php)>.
- 2007b: *Institutions of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- MACINTYRE, A., 1981: *After Virtue*, London: Duckworth.
- MACKIE, J., 1974: *The Cement of the Universe*, Oxford: Clarendon Press.
- 1977: «The Third Theory of Law», *Philosophy and Public Affairs*, núm. 7: 3-16.
- MARCUSE, H., 1965: «Repressive Tolerance», en R. WOLFF, B. MOORE y H. MARCUSE, *A Critique of Pure Tolerance*, Boston: Beacon Press.
- MARMOR, A., 2001: *Positive Law and Objective Values*, Oxford: Oxford University Press.
- MARSHALL, S., y DUFF, A., 1998: «Criminalization and Sharing Wrongs», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, núm. 11: 7-22.
- MAY, L., 2005: *Crimes against Humanity: A Normative Account*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MCGINNIS, J., y SOMIN, I., 2007: «Should International Law be Part of Our Law?», *Stanford Law Review*, núm. 59: 1175-1247.
- McMAHAN, J., 1989: «Death and the Value of Life», *Ethics*, núm. 99: 32-59.
- 1994: «Innocence, Self-Defense, and Killing in War», *Journal of Political Philosophy*, núm. 2: 193-221.
- MENDELSON, M., 1998: «Formation of Customary International Law», en *Recueil des cours (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)*, The Hague: Martinus Nijhoff.
- MILL, J. [1872], *A System of Logic: Ratiocinative and Inductive*, 8.<sup>a</sup> ed., London: Longmans, Green & Co.
- MILL, J., 1981: *On Liberty*, New York: Modern Library.
- 2002: *Utilitarianism*, G. SHER (ed.), Indianapolis (IN): Hackett.
- MILLER, D., 1999: *Principles of Social Justice*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- MOORE, M., 1997: *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- MORRIS, C., 1991: «Punishment and Loss of Moral Standing», *Canadian Journal of Philosophy*, núm. 21: 53-79.
- MORSE, S., 1998: «Excusing and the New Excuse Defenses: A Legal and Conceptual Review», *Crime and Justice: An Annual Review of Research*, núm. 23: 329-406.
- MULGAN, T., 1999: «The Place of the Dead in Liberal Political Philosophy», *Journal of Political Philosophy*, núm. 7: 52-70.
- MURPHY, L., 2001: «The Political Question of the Concept of Law», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to «The Concept of Law»*, Oxford: Oxford University Press.
- MYRDAL, G., 1944: *An American Dilemma*, New York: Harper & Brothers.

- NAGEL, T., 1979: «Death», en *Mortal Questions*, Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- 2002: *Concealment and Exposure and Other Essays*, Oxford: Oxford University Press.
- 2005a: «The Central Questions», *London Review of Books*, 3 de febrero: 12-13.
- 2005b: «Letter», *London Review of Books*, 17 de febrero, URL: <<http://lrb.co.uk/v27/n04/letters.htm>>.
- NORMAN, R., 1995: *Ethics, Killing, and War*, Cambridge: Cambridge University Press.
- NORRIE, A., 2001: *Crime, Reason, and History*, 2.<sup>a</sup> ed., London: Butterworths.
- NOZICK, R., 1969: «Newcomb's Problem and Two Principles of Choice», en N. RESCHER (ed.), *Essays in Honor of Carl G. Hempel*, Dordrecht: D Reidel.
- NUSSBAUM, M., 1992: «Human Functioning and Social Justice», *Political Theory*, núm. 20: 202-246.
- OLSARETTI, S., 2003: «Distributive Justice and Compensatory Desert», en OLSARETTI, S. (ed.), *Desert and Justice*, Oxford: Clarendon Press.
- O'NEILL, O., 1979-80: «The Most Extensive Liberty», *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 80: 45-59.
- ORMEROD, D., 2005: *Smith & Hogan Criminal Law*, 11.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press.
- PARFIT, D., 1984: *Reasons and Persons*, Oxford: Oxford University Press.
- PARTRIDGE, E., 1981: «Posthumous Interests and Posthumous Respect», *Ethics*, núm. 91: 243-264.
- PERRY, S., 2001: «Hart's Methodological Positivism», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of «The Concept of Law»*, Oxford: Oxford University Press.
- PETTIT, P., 1986: «Free Riding and Foul Dealing», *Journal of Philosophy*, núm. 83: 361-379.
- 1997: *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford: Oxford University Press.
- 2001: «Capability and Freedom: A Defense of Sen», *Economics and Philosophy*, núm. 17: 1-20.
- 2006: «Freedom in the Market», *Politics, Philosophy, and Economics*, núm. 5: 131-149.
- 2007: «Free Persons and Free Choices», *History of Political Thought*, núm. 28.
- 2008: «Republican Liberty: Three Axioms, Four Theorems», en C. LABORDE y J. MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Oxford: Blackwell Publishing.
- PITCHER, G., 1984: «The Misfortunes of the Dead», *American Philosophical Quarterly*, núm. 21: 183-188.
- PLATÓN, 1967-1968: *Laws*, traducción de R. BURY, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Plessy v. Ferguson* [1896]: *United States Reports*, vol. 163: 537-564.
- PORTER, J., 2007: «Custom, Ordinance and Natural Right in Gratian's Decretum», en A. PERREAUX-SAUSSINE y J. MURPHY (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

- POSTEMA, G. 1986: *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford: Oxford University Press.
- 1994: «Implicit Law», *Law and Philosophy*, núm. 13: 361-387.
- 2006: «Bentham's Utilitarianism», en H. WEST (ed.), *A Guide to Mill's Utilitarianism*, Oxford: Blackwell.
- 2007: «Custom in International Law: A Normative Practice Account», en A. PERRÉAU-SAUSSINE y J. MURPHY (eds.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 2008: «Salience Reasoning», *Topoi*, vol. 27.
- President's Committee on Civil Rights, 1947: *To Secure These Rights*, Washington DC: United States Government Printing Office.
- Prigg v. Pennsylvania* [1842]: *United States Reports*, vol. 41: 539-674.
- QUINTON, A. (ed.), 1967: *Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- R. v. Brown*, 1993: *All England Reports*, núm. 2: 75.
- RABKIN, J., 2006: «American Self-Defense Shouldn't be too Distracted by International Law», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 30: 31-63.
- RAINBOLT, G., 2006: *The Concept of Rights*, Dordrecht: Springer.
- RAPHAEL, D. 1988: «The Intolerable», en S. MENDUS (ed.), *Justifying Toleration: Conceptual and Historical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press.
- RAWLS, J., 1958: «Justice as Fairness», *Philosophical Review*, núm. 67: 164-194.
- 1971: *A Theory of Justice*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- 1982: «Social Utility and Primary Goods», en A. SEN y B. WILLIAMS (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1993: *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- 1999: *The Law of Peoples*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- 2001: *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- RAZ, J., 1979: *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- 1988: «Autonomy, Toleration, and the Harm Principle», en S. MENDUS (ed.), *Justifying Toleration: Conceptual and Historical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1993: «The Autonomy of Legal Reasoning», *Ratio Juris*, núm. 6: 1-15.
- 1996a: *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, edición revisada, Oxford: Oxford University Press.
- 1996b: «The Inner Logic of the Law», en J. RAZ, 1996a.
- 1996c: «Authority, Law, and Morality», en J. RAZ, 1996a.
- 2001: «Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford: Oxford University Press.
- ROBERTS, P., 1995: «Taking the Burden of Proof Seriously», *Criminal Law Review*, núm. 10: 783-98.
- 2002: «The Presumption of Innocence Brought Home? Kebilene Deconstructed», *Law Quarterly Review*, núm. 118: 41-71.
- ROBINSON, P., 1984: *Criminal Law Defenses*, 2 vols., St Paul (MN): West Group.

- 1993: «Should the Criminal Law Abandon the Actus Reus/Mens Rea Distinction?», en S. SHUTE, J. GARDNER y J. HORDER (eds.), *Action and Value in Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- ROBINSON, P., 1997: *Structure and Function in Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- RYAN, J., 2007: «The Privacy of the Bedroom? Fifty Years on from the Wolfenden Report Reforms», *Sitegeist: Journal of Psychoanalysis and Philosophy*, vol. 1.
- SACKS, O., 1985: *The Man who Mistook His Wife for a Hat*, New York: Summit.
- SALMON, W., 1984: *Scientific Explanation and the Causal Structure of the World*, Princeton: Princeton University Press.
- SALLOT, J., 1992: «Legal Victory Bittersweet», *Globe and Mail*, 29 de febrero, Toronto, Canada.
- SCANLON, T., 1988: «The Significance of Choice», en S. McMURRIN (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 8, Salt Lake City (UT): University of Utah Press.
- SCHAFFER, J., 2007: «The Metaphysics of Causation», en E. ZALTA (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición invierno 2007), URL: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2007/entries/causation-metaphysics>>.
- SCHAUER, F., 1991: *Playing by the Rules*, Oxford: Oxford University Press.
- SCHOPP, R., 1998: *Justification Defenses and Just Convictions*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHUMPETER, J., 1943: *Capitalism, Socialism, and Democracy*, London: Allen & Unwin.
- SEARLE, J., 1989: «How Performatives Work», *Linguistics and Philosophy*, núm. 12: 535-558.
- SEN, A., 1983: «Poor, Relatively Speaking», *Oxford Economic Papers*, núm. 35: 153-168.
- 1985: *Commodities and Capabilities*, Amsterdam: North-Holland.
- SHAPIRO, S., 1998: «On Hart's Way Out», *Legal Theory*, núm. 5: 469-507.
- 2000: «Law, Morality, and the Guidance of Conduct», *Legal Theory*, núm. 6: 127-170.
- 2002: «Law, Plans, and Practical Reason», *Legal Theory*, núm. 8: 387-441.
- SHKLAR, J., 1984: *Ordinary Vices*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- SIMESTER, A., y SULLIVAN, G., 2007: *Criminal Law: Theory and Doctrine*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford: Hart Publishing.
- SIMMONDS, N., 1991: «Between Positivism and Idealism», *Cambridge Law Journal*, núm. 50: 308-329.
- 1998: «Rights at the Cutting Edge», en KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998.
- 2007: *Law as a Moral Idea*, Oxford: Oxford University Press.
- SIMPSON, A. (ed.) 1973: *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford: Clarendon Press.
- SKINNER, Q., 1998: *Liberty before Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 2006: «Rethinking Political Liberty», *History Workshop Journal*, núm. 61: 156-170.
- 2007: *Freedom as Independence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Slaughterhouse Cases* [1873], *United States Reports*, vol. 83: 36-130.

- SMITH, A., 1978: «On Actus Reus and Mens Rea», en P. GLAZEBROOK (ed.), *Reshaping the Criminal Law*, London: Stevens.
- SPEERLING, D., 2008: *Posthumous Interests: Legal and Ethical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SPRACK, J., 2006: *A Practical Approach to Criminal Procedure*, 11. ed., Oxford: Oxford University Press.
- SQUIRES, D., 2006: «The Problem with Entrapment», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 26: 351-376.
- SREEVENISAN, G., 2005: «A Hybrid Theory of Claim-Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 25: 257-274.
- STALNAKER, R., 1968: «A Theory of Conditionals», en N. RESCHER (ed.), *Studies in Logical Theory*, Oxford: Blackwell.
- STAVROPOULOS, N., 2001: «Hart's Semantics», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford: Oxford University Press.
- STEINER, H., 1994: *An Essay on Rights*, Oxford: Blackwell.
- 1998: «Working Rights», en KRAMER, SIMMONDS y STEINER, 1998.
- STEWART, H., 1999: «Legality and Morality in H. L. A. Hart's Theory of Criminal Law», *Southern Methodist University Law Review*, núm. 52: 201-227.
- STREVENSON, M., 2007: «Mackie Remixed», en J. CAMPBELL, M. O'ROURKE y D. SHIER (eds.), *Causation and Explanation*, Cambridge (MA): MIT Press.
- SUMNER, L., 1987: *The Moral Foundation of Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- TADROS, V., 2005: *Criminal Responsibility*, Oxford: Oxford University Press.
- TADROS, V., y TIERNEY, S., 2004: «The Presumption of Innocence and the Human Rights Act», *Modern Law Review*, núm. 67: 402-434.
- TAMANAH, B., 2001: *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford: Oxford University Press.
- TAYLOR, C., 1992: «The Politics of Recognition», en A. GUTMANN (ed.), *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton (NJ): Princeton University Press.
- THOMSON, J., 2003: «Causation: Omissions», *Philosophy and Phenomenological Research*, núm. 66: 81-103.
- TIERNEY, B., 1997: *The Idea of Natural Rights*, Atlanta (GA): Scholars Press.
- TUCK, R., 1979: *Natural Rights Theories*, Cambridge: Cambridge University Press.
- TWINING, W., 1973: *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London: Weidenfeld & Nicholson.
- 1998: «R.G. Collingwood's Autobiography: One Reader's Response», *Journal of Law and Society*, núm. 25: 603-620.
- United States v. Reese* [1875]: *United States Reports*, vol. 92: 214-256.
- UPDIKE, J., 1999: «One Cheer for Literary Biography», *New York Review of Books*, 4 de febrero, URL: <<http://www.nybooks.com/articles/607>>.
- VAN PARIJS, P., 1995: *Real Freedom for All*, Oxford: Oxford University Press.
- VOLTAIRE, F., 1975: *Traité sur la tolérance*, Paris: Editions Gallimard.
- WALDRON, J., 1989: «The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory», *Ratio Juris*, núm. 2: 79-96.
- (ed.). 1987: *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London: Methuen.

- 1993: *Liberal Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1999: «All We Like Sheep», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, núm. 12: 169-186.
- 2006a: «Are Constitutional Norms Legal Norms?», *Fordham Law Review*, núm. 75: 1697-1713.
- 2006b: «The Concept and the Rule of Law», URL: <<http://www.law.nyu.edu/clppt/program2006/readings/Concept%20and%20Rule%20of%20Law%20WALDRON.pdf>>.
- WALLACE, R., 1994: *Responsibility and the Moral Sentiments*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- WALUCHOW, W., 1986: «Feinberg's Theory of "Preposthumous Harm"», *Dialogue*, 25: 727-734.
- 1994: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press.
- 2000: «Authority and the Practical Difference Thesis: A Defence of Inclusive Legal Positivism», *Legal Theory*, núm. 6: 45-81.
- 2007: *A Common Law Theory of judicial Review: The Living Tree*, Cambridge: Cambridge University Press.
- WATSON, G., 2001: «Reasons and Responsibility», *Ethics*, núm. 111: 374-394.
- WELLMAN, C., 1985: *A Theory of Rights*, Totowa (NJ): Rowman and Allenheld.
- 1995: *Real Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- WENAR, L., 2005: «The Nature of Rights», *Philosophy and Public Affairs*, núm. 33: 223-252.
- 2007: «The Meanings of Freedom», en THOMAS, L. (ed.), *Contemporary Debates in Social Philosophy*, Oxford: Blackwell Publishing.
- WIGGINS, D., 1991: «Claims of Needs», en *Needs, Values, Truth*, 2.ª ed., Oxford: Blackwell Publishers.
- Wikipedia. 2007. «List of Race Riots», URL: <[http://en.wikipedia.org/wiki/LisCol\\_race\\_riots](http://en.wikipedia.org/wiki/LisCol_race_riots)> (consultado en octubre de 2007).
- WILLIAMS, B., 2006: *Philosophy as a Humanistic Discipline*, Princeton: Princeton University Press.
- WILLIAMS, G., 1956: «The Concept of Legal Liberty», *Columbia Law Review*, núm. 56: 1129-1150.
- 1957: *Salmond on Jurisprudence*, 11.ª ed., London: Sweet & Maxwell.
- 1982: «Offences and Defences», *Legal Studies*, núm. 2: 233-256.
- WIRSZUBSKI, C., 1968: *Libertas as a Political Ideal at Rome*, Oxford: Oxford University Press.
- WOLFF, R., 1965: «Beyond Toleration», en R. WOLFF, B. MOORE Jr. y H. MARCUSE, *A Critique of Pure Toleration*, Boston: Beacon Press.
- WOLLHEIM, R., 1962: «A Paradox in Democracy», en P. LASLETT y W. RUNCIMAN (eds.), *Philosophy, Politics, and Society*, Second Series, Oxford: Blackwell.
- WOODWARD, C. 1955: *The Strange Career of Jim Crow*, New York: Oxford University Press.
- WOOTTON, B., 1981: *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, 2.ª ed., London: Allen & Unwin.
- WRIGHT, R., 1985: «Causation in Tort Law», *California Law Review*, núm. 73: 1735-1828.

- 1988: «Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts», *Iowa Law Review*, núm. 73: 1001-1077.
  - 1999: «Principled Adjudication: Tort Law and Beyond», *Canterbury Law Review*, núm. 7: 265-296.
  - 2000: «The Principles of Justice», *Notre Dame Law Review*, núm. 75: 1859-1892.
  - 2001: «Once More into the Bramble Bush: Duty, Causal Contribution, and the Extent of Legal Responsibility», *Vanderbilt Law Review*, núm. 54: 1071-1132.
  - 2003: «The Grounds and Extent of Legal Responsibility», *San Diego Law Review*, núm. 40: 1425-1531.
  - 2007: «Acts and Omissions as Positive and Negative Causes», en J. NEYERS, E. CHAMBERLAIN y S. PITEL (eds.), *Emerging Issues in Tort Law*, Oxford: Hart Publishing.
- ZIMMERMAN, M., 1988: *An Essay on Moral Responsibility*, Totowa (NJ): Rowman & Littlefield.
- ZIPURSKY, B., 2006: «Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules», *Fordham Law Review*, núm. 75: 1229-1252.
- ZUCCA, L., 2007: *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford: Oxford University Press.





## ÍNDICE ANALÍTICO

- Abelardo, Pedro, 102 n. 7  
aceptación  
  de las normas, 60, 70-76  
  versus tolerancia, 373-377  
Acta de Derechos Civiles de 1875, 68-70  
actos versus razones, 163-167.  
Alexander, Larry, 107 n. 5  
Allen, James, 63  
Allidridge, Peter, 146  
Altman, Andrew, 152 n. 12  
Anaxímenes, 356  
Anscombe, Elizabeth, 36 n. 12, 250  
antijuridicidad estatal, 59-77.  
Aquino, Tomás de, 38, 39, 41 n. 19, 123  
Arendt, Hannah, 124, 423  
Aristóteles, 34, 38, 41, 80  
aristotélica, historia, 192, 193  
Ashworth, Andrew, 154 n. 18  
Auden, WH, 389  
Austin, J. L., 179 n. 12, 188 n. 18, 232, 233  
Austin, John, 20, 115, 117 n. 15, 124, 127, 135, 328  
autoridades  
  Hart sobre las, 60, 70-76  
Baier, Annette, 300 n. 3  
Bankowski, Zenon, 390  
Barker, Craig, 107  
Baron, Marcia, 146, 164 n. 40  
Bazelon, David, 155 n. 19  
Benfer, Amy, 387 n. 17  
Bennett, Jonathan, 203, 210, 212  
Bentham, Jeremy, 20, 23, 56, 116, 119, 333, 360, 390, 398, 419  
  sobre el carácter sistemático del derecho, 91, 92  
  sobre lenguaje y derecho, 97 n. 4  
  sobre el positivismo jurídico, 128  
  sobre principios de legalidad, 116  
  sobre la profesionalización del derecho, 99  
  Postema sobre, 80, 81  
  trabajo de Hart sobre, 325-332  
  Berlin, Isaiah, 245, 408, 425  
Berman, Harold, 87  
Berman, Mitchell, 146  
Besson, Samantha, 152 n. 12  
bienes básicos, 55  
bienestar, como objeto de preocupación política, 248-250  
bigamia, 421-422  
Black, Max, 311 n. 13  
Blackburn, Simon, 392, 400  
Blackstone, William, 165 n. 43, 413  
Blackwell, Basil, 418  
Bohannon, Paul, 100  
*Bolling v. Sharpe*, 65

- botánica, 352  
 Bradley, Joseph, 68  
 Braithwaite, John, 162 n. 37  
 Brett, Annabel, 336 n. 2  
 Brophy, Alfred, 64  
 Brown v. Board of Education, 60 n. 2, 72  
 Brown, Henry, 69  
 Burgess, Guy, 411  
 Burns, Robert, 146 n.1
- Califa, Pat, 382 n. 13  
 Callahan, Joan, 307 n. 9  
 Cane, Peter, 404  
 Cardozo, Benjamin, 101  
 Carnap, Rudolph, 352  
 Carta Magna, 279  
 Carter, Ian, 283 n. 8, 285 n. 10  
 caso central, análisis, 51, 55 n. 42  
 causalida  
 Hart y Honoré sobre la, 21, 197-203, 215-219, 225, 227-242  
 Thomson sobre la, 197-225  
 Wright sobre la, 227-242  
 causalidad retrospectiva, 311  
 causas versus condiciones, 234-240  
 Chamberlain, Neville, 58. n. 48  
 Christodoulidis, Emilios, 156 n. 20  
 Christofer, Russell, 164 n. 40  
 Churchill, Winston, 215  
 ciudadanía, 272-274, 275, 277, 279-282, 294  
*Casos de derechos civiles*, 68-70  
 Cohen, Andrew Jason, 368 n. 4, 371 n. 6  
 Cohen, GA, 170 n. 3, 186  
 Cohn, Roy, 412  
 Coke, Edward, 165 n. 44  
 Coleman, Jules, 108, 128, 132 n. 4  
 Collingwood, RG, 32 n. 7 y 8  
 Collins, John, 199 n. 2  
 Comité presidencial sobre derechos civiles, 62 n. 6, 64  
 competencias, 176-182, 192  
 comprensión contrastada con la tolerancia, 381-387  
 conceptos, 33-35  
 condición necesaria, fórmula de la, 198, 199  
 condición necesaria débil, análisis de, 198-203, 206, 211 n. 10, 212-219, 222-225  
 condición necesaria débil\*, análisis de, 200-201  
 condición necesaria fuerte, análisis de, 198  
 condición necesaria fuerte\*, 200  
 condición necesaria/suficiente, fórmula de la, 203, 212, 218, 219  
 condición necesaria/suficiente\*, fórmula de la, 219-220  
 condición necesaria/suficiente con implicaciones fácticas, análisis de, 204, 210, 215, 218, 224  
 condición suficiente, fórmula de la, 198  
 condición suficiente débil, 201, 202, 203, 212-213, 218  
 congruencia entre normas jurídicas y sociales, 94-101, 103-104  
 convenciones y derecho, 79-104  
 Cotterrell, Roger, 152 n. 10  
 Crisp, Roger, 248 n. 3, 259-261  
 Crossman, Richard, 413  
 Cruft, Rowan, 300 n.1, 311 n. 12
- Dan-Cohen, Meir, 146  
 «debe» implica «puede», 179 n. 13  
 Declaración de la Independencia, 325  
 Declaración de los Derechos del Hombre, 128, 325  
 delación rencorosa, caso de la, 116  
 Delgado, Richard, 155 n. 19  
 delitos versus defensas, 156-163, 165-166  
 Dennis, Ian, 154 n. 18  
 densos, conceptos, 55  
 dependencia, causalidad como, 215-217  
 derecho internacional  
 Finnis sobre el, 58 n. 47, 108 n. 7  
 Hart sobre el, 107-108, 125  
 Postema sobre el, 82  
 derecho penal y derechos, 338  
 derechos  
 conferidos por el derecho penal, 338-339  
 Hart sobre los, 21-22, 299-301, 315, 333-335, 339, 360

- Kramer sobre los, 24 n. 3, 336 n. 2, 338, 341, 342-347, 348, 349, 354
- Steiner sobre los, 336 n. 2 y 3, 338, 341-343, 349, 354, 355 n. 19, 358, 359
- teoría del interés de los, 299-315, 322 n. 4, 326-330, 336-339
- teoría de la voluntad de los, 299-301, 314 n. 16, 315, 323-332, 336-360
- derechos naturales, 317-332
- derechos póstumos, 299-315
- Devlin, Lord, 113, 364, 366, 384, 386, 387, 404, 408, 409-410, 414-423
- Dicey, Albert Venn, 124
- Dickson, Julie, 128
- Dietrich, Franz, 280 n. 4
- Dios, 349 n. 17
- disfrute conjunto igualitario de libertades básicas, 272, 279-296
- disturbios raciales, 64
- Dittmer, John, 64
- Douglas, Mary, 416
- Dred Scott v. Sandford*, 66-67, 69
- Dressler, Joshua, 164 n. 41
- Dubber, Markus, 147.
- Duff, RA, 145-167, 174 n. 8, 190 n. 20
- sobre juicios penales, 146-147, 153-156
- Dummett, Michael, 311 n. 13
- Durkheim, Emile, 416, 419, 424
- Dworkin, Andrea, 367 n. 3
- Dworkin, Ronald, 21, 56 n. 43, 106 n. 5 y 8, 128-129, 142, 183 n. 15, 231 n. 3, 406
- Hart sobre, 245-246
- sobre Hart, 389-390, 392
- sobre el liberalismo, 407
- sobre el precedente, 106
- sobre la tolerancia, 366 n. 2
- Edel, Leon, 393
- Edmundson, William, 107 n. 6
- Edwards, Paul, 110
- eficacia del derecho, 81-104
- enfermedades mentales, 174
- escepticismo, 30-31
- esclavos fugitivos, leyes de, 75
- Estado de derecho
- Hart sobre el, 108-122, 123-125
- Waldron sobre el, 108-125
- evaluaciones, 32-35
- exclusión y causalidad, 199, 206-8, 209-212
- excusas, 166, 172-174, 182
- exenciones, 166
- Fabre, Cécile, 299-315
- Farmer, Lindsay, 146 n.1
- Fehrenbacher, Don, 66 n. 12
- Feinberg, Joel, 105 n. 7, 366 n. 1
- sobre los derechos, 300 n. 3, 303, 305, 308
- sobre la igualdad, 249
- sobre la justicia, 261
- sobre la necesidad, 250
- sobre el perjuicio, 252 n. 5., 308, 311 n. 13
- sobre la responsabilidad penal, 169-186, 192-193
- Feldman, Fred, 314 n. 16
- Field, Stephen, 68
- Finnis, John, 29-58, 182 n. 14
- sobre el derecho internacional, 108 n. 7
- Fischer, John, 149 n. 5, 149 n
- Fletcher, George, 146, 157 n. 26, 164 n. 40
- Fleurbaey, Marc, 259 n. 6
- Flikschuh, Katrin, 311 n. 12
- Foner, Eric, 62 n. 6
- Fuller, Lon, 81, 96, 109-125
- Galeotti, Anna, 370 n. 11
- Gardner, John, 47, 119, 146, 151 n. 8, 158 n. 27, 159 n. 32, 164 n. 40 y 41, 166 n. 47, 169-193
- sobre los principios de legalidad, 119
- Gardner, Peter, 368 n. 4
- Gates, Bill, 255
- Generalidad, principio de, 117-118
- Giudice, Michael, 130, 131 n. 3
- Glannon, Walter, 306, 309
- Goldberg, John, 101
- Golding, Martin, 107 n. 5
- Goldsmith Jack, 108 n. 6
- Goodhart, Arthur, 410
- Gorovitz, Samuel, 311 n. 13

- Gosseries, Axel, 301, 303  
 Graciano, 80  
 Grant, Claire, 19-25  
 Gray, John Chipman, 331 n. 10  
 Green, Leslie, 48, 118 n. 16, 130, 363-368  
 Greenawalt, Kent, 146  
 Greene, Dana, 393  
 Greene, Graham, 387-388  
 Greene, Mark, 252 n. 5  
 Guía, función del derecho como, 90-104, 133-138, 141  
 Gutmann, Amy, 397-398, 401
- Hacker, Peter, 389  
 Hagens, Gunter von, 423  
 Hale, Mathew, 81  
 Hall, Ned, 199 n. 2, 215, 216, 217, 223-224  
 Hampshire, Stuart, 35-39, 57, 408  
 Harlan, John, 68 n. 17  
 Hart, HLA, 250 n. 4, 333  
 sobre la aceptación del derecho por las autoridades, 60, 70-76, 102  
 sobre el «arbitrio del tanteador», 96  
 sobre Bernard Williams, 52-54, 56 n. 43  
 sobre la causalidad, 21, 197-202, 215, 217-222, 225, 227-242  
 sobre conceptos, 32-35  
 sobre la convencionalidad del derecho, 79-81  
 sobre derechos, 21-22, 299-301, 315, 333-335, 339, 360  
 sobre derechos naturales, 317-332  
 sobre Dworkin, 245  
 sobre la eficacia del derecho, 81-89  
 sobre evaluaciones, 31-34  
 filosofía del derecho revitalizada por, 19, 389-391, 392  
 Finnis sobre, 29-58  
 importancia general de, 19, 24-25, 105  
 sobre la justicia, 246  
 sobre libertades básicas, 22, 271-281  
 sobre leyes autorreferentes, 30  
 Lyons sobre, 60, 70-76  
 Mendus sobre, 389-392, 399-406
- sobre Nozick, 246  
 sobre positivismo incluyente, 48 n. 29  
 sobre prácticas sociales informales, 100 n. 5  
 precedente omitido por, 106  
 sobre el punto de vista interno, 20-25, 29, 35-36, 40-42, 46  
 sobre razones, 30-32, 46-47  
 sobre el Realismo Jurídico, 230-233, 240-242  
 sobre responsabilidad, 30-32  
 sobre responsabilidad penal, 22, 145-147, 148 n. 3, 149 n. 6, 169-171, 180-193  
 Ryan sobre, 407-410, 414-425  
 sobre sexualidad, 23  
 sobre tolerancia, 23, 363, 366-367, 383-387  
 sobre utilitarismo, 246  
 sociedad pre-jurídica, Hart sobre, 133  
 Waldron sobre, 105-125  
 Heffernan, William, 155 n. 19
- Hegel, G. W. F., 379  
 Hempel, Carl, 331 n. 1  
 Hill, Anita, 396-397  
 Hirst Damien, 423  
 Hitler, Adolf, 420  
 Hobbes, Thomas, 56, 133, 42  
 sobre la Carta Magna, 279  
 sobre el derecho y el control de la sociedad, 97  
 Postema sobre, 79  
 sobre la soberanía, 123  
 «hobbesiana, historia», 191  
 hobbesianismo, 136, 137  
 Hockman, Stephen, 20  
 Hohfeld, Wesley, 183 n. 16, 328, 347  
 Hart sobre, 326  
 Hohfeldiano, análisis, 330-332, 336, 347, 349, 351  
 Hohfeldianos, poderes, 319-320  
 Holden-Smith, Barbara, 64  
 Holland, T. E., 331 n. 10  
 Holmes, Oliver Wendell, 21  
 homosexualidad  
 Green sobre la, 367, 368, 375-376, 381-387

- Ryan sobre la, 407-425  
 Honneth, Axel, 378  
 Honoré, Tony, 21, 197-203, 214-222, 225, 227-242  
 Hooker, Brad, 245-270  
 Horder, Jeremy, 166 n. 47  
 Hudson, Bárbara, 109 n. 20  
 Hume, David, 55, 56  
     sobre la distinción «ser/deber ser», 49-50  
     Hume, Ley de, 50  
     Husak, Douglas, 149 n. 7  
 Huxley, Aldous, 30
- igualdad, 249-250  
 inducción estatal a la comisión de un delito, 154 n. 18  
 inequidad, 45  
 interracial, matrimonio, 378  
 intimidad, 389-406
- James, Henry, 393  
 Jim Crow, sistema, 59-77  
 Jones, Henry, 84  
 juego limpio, derechos de, 321-322, 323  
 juicios penales, 146-147, 153-156  
 justicia  
     comparativa versus no comparativa, 261-262  
     Hart sobre, 118, 246-247  
     justificación versus excusas, 171-174, 182
- Kagan, Shelley, 306  
 Kamm, Frances, 338  
 Kammen, Michael, 67 n. 13  
 Kant, Emanuel, 55, 423  
 kantiano, 358-359  
 Kelsen, Hans, 45 n. 25, 106 n. 4, 115, 176, 177, 336 n. 3  
 Kennedy, Randall, 31  
 Kenny, Anthony, 174 n. 9  
 Khmer Rouge, 58 n. 48  
 King, Martin Luther, 307  
 Kitcher, Philip, 333 n. 1  
 Kleinig, John, 155 n. 19  
 Koorsgard, Christine, 53
- Kramer, Matthew, 19-25, 70 n. 18, 109 n. 9, 77 n. 16, 134 n. 4, 213 n. 10, 311 n. 12, 326  
 sobre causalidad, 21  
     Hart criticado por, 19 n. 1  
     sobre derechos, 21-22, 24 n. 3, 336 n. 2, 338, 341, 342-347, 348, 354  
     sobre la libertad, 275 n. 1  
     sobre las personas muertas, 303 n. 5, 306  
     sobre la teoría del interés de los derechos, 300 n. 1, 2 y 3  
     Ku Kux Klan, 64  
 Kymlicka, Will, 170 n. 3
- Labouchere, Henry, 410, 411, 412  
 Lacey, Nicola, 20 n. 2, 34 n. 10, 35, 58 n. 48, 228 n.1. 232, 233, 234, 318, 325, 405  
 Nagel sobre, 391-392  
 LaFave, Wayne, 154 n. 17  
*Lawrence v. Texas*, 367, 368, 414  
 Leiter, Brian, 48 n. 28, 107 n. 5, 128 n.1  
 Levenbook, Barbara, 304 n. 7  
 Levine, Judith, 387 n. 17  
 Lewis, David, 84, 85, 102 n. 7, 199 n.2, 200 n. 3 y 4, 202, 206 n.8  
*Lex iniusta non est lex*, 49  
 leyes autorreferentes, 30  
 leyes injustas, Finnis sobre, 42-43  
 liberalismo, 407-409, 414-425  
 libertad, 401-406, 424-425  
 concepción republicana de, 272-274  
     libertades básicas  
         disfrute conjunto igualitario, 272, 279-296  
         Hart sobre las, 22, 272-294  
         importancia personal de las, 22, 277-279  
         Pettit sobre las, 271-295  
         Rawls sobre las, 272-292  
         y republicanismo, 272-274, 275, 279-282, 294.  
         y reglas de coordinación, 286-289, 291-295  
 libre albedrío, 187  
 linchamientos, 61, 63, 69  
 List, Christian, 280 n. 4

- Llewelyn, Karl, 230  
 Locke, John, 363, 364, 369, 380, 400  
 Lomasky, Loren, 306 n. 8, 331 n. 13  
 Lorde, Audre, 374  
 Loving v. Virginia, 378  
 Luban, David, 152 n. 12  
 Lucas, John, 148 n. 4, 170-171, 183, 192  
 Lynch, ACE, 146  
 Lyons, David, 59-77, 118 n. 16
- MacCormick Neil, 20 n. 2, 49 n. 33, 128 n. 1, 318, 324  
 sobre aceptación de las reglas, 40 n. 18  
 sobre el carácter institucional del derecho, 87, 88  
 sobre derechos, 338, 340, 354  
 sobre Hart, 29, 109-110  
 sobre el punto de vista interno, 35 n. 11  
 sobre la teoría del interés de los derechos, 300 n  
 sobre la teoría de la voluntad, 338 n. 6  
 MacIntyre, Alasdair, 401  
 Mackie, John, 21, 130, 203  
 Mackinnon, Catherine, 367  
 Macklem, Timothy, 172 n. 4  
 Maclean, Donald, 411  
 Madison, James, 67 n. 13  
 Maine, Henry, 333  
 Major, John, 383  
*mala in se y mala prohibita*, 43  
 Mann, Thomas, 422  
 Mansfield, Lord, 409  
 Marcuse, Herbert, 371  
 Marmor, Andrei, 47  
 Marshall, Sandra, 146 n. 1, 152 n. 11  
 Matadero, casos del, 67-68  
 May, Larry, 152 n. 12  
 McCarthy, Joseph, 412  
 McGinnis, John, 108 n. 6  
 McMahan, Jeff, 165 n. 42  
 sobre el daño, 308, 312-313  
 Mendelson, Maurice, 82  
 Mendus, Susan, 389-406  
 merecimiento, 264-270  
 institucional o preinstitucional, 265-268  
 necesidades contrastadas con el, 264  
 metodología, Finnis sobre, 32-58  
 Micronesia, 83  
 Mill, John Stuart, 234, 359, 363, 400  
 sobre la tolerancia, 367, 377  
 Ryan sobre, 408, 410, 414-418, 421, 424  
 Miller, David, 248  
 sobre la justicia, 261-263, 265-270  
 sobre las necesidades, 256-258  
 modelo del mandato, 90-94, 97-99  
 Monk, Ray, 393, 395  
 Montagu, Edward, 411  
 Montgomery, Mariscal de campo, 413  
 Moore, Michael, 166 n. 39  
 Morris, Christopher, 165 n. 45  
 Morse, Stephen, 149 n. 5  
 Mulgan, Timothy, 301  
 Murphy, Liam, 128  
 Myrdal, Gunnar, 62 n. 6
- Nagel, Thomas, 314 n. 15, 367, 380-383  
 Sobre la biografía de Lacey sobre Hart, 391-395  
 Sobre la privacidad, 391-401  
 necesidad  
 deseos contrastados con, 248-249  
 Miller sobre, 256-258  
 satisfacción de, 249-250  
 NESS, condiciones, 203-204, 242  
 Newcomb, problema de, 337  
 Norman, Richard, 165 n. 42  
 Norrie, Alan, 156 n. 20  
 Nozick, Robert, 245, 337 n. 4, 414, 425  
 Nussbaum, Martha, 295 n. 14
- Olsaretti, Serena, 263 n. 7, 265 n. 8, 283 n. 8  
 obstáculos procesales, 154-155, 167  
 omisiones, 206-207, 223 n. 12, 234  
 O'Neill, Onora, 276, 285  
 Ormerod, David, 165 n. 44
- Pareto, principio de, 276, 288  
 Parfit, Derek, 248 n. 3, 291  
 Parijs, Philippe van, 275 n. 1  
 Partridge, Ernst, 309

- Pascua, 105  
 Paul, Laurie, 199 n.2  
 performativo/constativo distinción, 179, 191  
 perjuici  
 concepciones moralizadoras del  
     Hooker sobre, 252-256  
     Perry, Stephen, 128  
 personas muertas como titulares de derechos, 301-315  
 Pettit, Philip, 22, 162 n. 17, **271-295**, 403  
 Pitcher, George, 303, 311 n. 13  
 Pitt Rivers, 411  
 Platón, 34, 80  
*Plessy v. Fergusson*, 61, 65, 69, 73, 74  
 pluralismo valorativo, 408, 425  
 poder explicativo, 334, 335, 356-360  
 Porter, Jean, 80  
 positivismo jurídico, 228, 230; ver también positivismo jurídico excluyente, positivismo jurídico incluyente  
 positivismo jurídico excluyente, 108, 127, 130-133, 135-142  
 positivismo jurídico incluyente, 69, 127, 130-133, 138-142  
 Hart sobre, 48 n. 29  
 Posner, Eric, 108 n. 6  
 Postema, Gerald, **79-104**, 152 n. 1  
 precedente, 106  
 presocráticos, 269  
 presunción de inocencia, 156-163, 167  
*Prigg v. Pennsylvania*, 75  
 principios de legalidad, 109-125  
 principios morales en el derecho, 128-133, 135-142  
 prioridad ponderada, 259-270  
 proceso penal, descuidado por Hart, 146-147  
 producción, causalidad como, 215-217, 223 n. 12  
 Proust, Marcel, 29, 53  
 público/privado, distinción, 395-399  
 punibilidad versus responsabilidad penal, 147-153, 158-159, 167  
 punto de vista interno, 20-25, 29, 35-36, 40-42, 46  
  
 Quinton, Anthony, 317 n. 1  
  
*R. v. Brown*, 383  
 Rabkin, Jeremy, 108 n. 6  
 Radbruch, Gustav, 122  
 Rainbolt, George, 300 n. 1, 306  
 Raphael, DD, 370  
 Ravizza, Mark, 149 n. 5 y 7  
 Rawls, John, 19, 22, 170 n. 3, 265, 266, 267  
     sobre libertades básicas, 272-291  
     Mendus sobre, 400-405  
 Raz, Joseph, 35, 43 n. 22, 48, 56 n. 43, 109 n. 9, 130, 131, 132, 249, 372 n. 7, 389  
     sobre derechos, 349 n. 17  
     sobre la eficacia del derecho, 84  
     sobre el estado de derecho, 119  
     sobre Hart, 318  
     sobre el pluralismo, 376 n. 10  
     sobre la teoría del interés de los derechos, 300 n. 1, 336, 337, 338, 339, 341 n. 7, 343 n. 10, 358  
     razones  
         actos comparados con, 163-167  
         Hart sobre, 31-32, 46-47  
         y responsabilidad básica, 171-183  
         realismo jurídico, 230-232, 240-242  
 reconocimiento versus tolerancia, 377-381  
 Regla de Oro, 55  
 Reid, Lord, 409  
 relevancia causal, 197, 208-209, 218, 219  
 republicanismo, 272-274, 275, 279-282, 294  
 responsabilidad  
     causalidad comparada con, 227-242  
     Hart sobre, 30-32; ver también responsabilidad penal  
     responsabilidad básica, 171-183, 184-193  
     responsabilidad causal, 189  
     responsabilidad moral versus responsabilidad penal, 158-160  
     responsabilidad objetiva, 238  
     responsabilidad pena  
         concepción relacional de la, 147-153, 167

- Feinberg sobre, 169-186, 192-193  
 Hart sobre, 22-23, 145-147, 148 n. 3, 169-171, 180-190, 192-193  
 objetividad de la, 160-163, 167  
 comparada con la punibilidad, 145-156, 158-160, 167  
 comparada con la responsabilidad moral, 159-160  
 responsabilidad resultante, 183-193  
 Roberts, Paul, 156 n. 22, 158 n. 28  
 Robinson, Paul, 146, 153 n. 14, 154 n. 18, 163 n. 39  
 Rolland, Romain, 53  
 Ryan, Allan, **407-425**
- Sacks, Oliver, 350  
 Salmon, Wesley, 333 n.1  
 Savigny, Friedrich Carl von, 336 n. 3  
 Scalia, Antonin, 415  
 Scanlon, Thomas, 149 n. 5  
 Schaffer, Jonathan, 218 n. 11  
 Schauer, Frederick, 137  
 Schopenhauer, Arthur, 335  
 Schopp, Robert, 163 n. 39  
 Schumpeter, Joseph, 407  
 Searle, John, 188 n. 18  
 Sen, Amartya, 295 n. 14  
 «ser/deber ser», distinción, 49-50  
 Shapiro, Scott, 88, 89, 90, 107 n. 5, 130, 132, 136-138  
*Shaw v. DPP*, 113, 116, 409  
 Shklar, Judith, 408  
 Simester, Andrew, 157 n. 24, 158 n. 28  
 Simmonds, Nigel, 46 n. 26, 52 n. 35, 97, 300 n. 1, 326, 336 n. 2, 338  
 simplicidad, 356-357, 356-360  
 Simpson, AWB, 324 n. 5  
 Skinner, Quentin, 273  
 Smith, ATH, 146  
 soberanía, 122-125  
 Somin, Ilya, 108 n. 6  
 Sperling, Daniel, 307  
 Sprack, John, 153 n. 14  
 Squires, Dan, 154 n. 18  
 Sreenivasan, Gopal, 300 n. 1  
 Stalneker, Robert, 200 n. 3  
 Steiner, Hillel, 285 n. 10, **317-332**  
 sobre derechos, 336 n. 2 y 3, 338, 341-343, 349, 354, 355 n. 19, 358, 359  
 sobre la teoría de la voluntad de los derechos, 300 n. 1, 301 n. 2  
 Stephen, James Fitzjames, 410, 414, 415, 416
- Stevens, Michael, 156 n. 8  
 subjetivismo, 52-57  
 Sullivan, GR, 157 n. 24, 158 n. 28  
 Sumner, LW, 300 n. 1, 354
- Tadros, Victor, 146, 148 n. 4, 156 n. 22, 157 n. 26, 159 n. 32, 164 n. 40 y 41, 166 n. 47  
 Tamanaha, Brian, 83-84, 99  
 Taney, Roger, 66-67, 69., Lord 383  
 Tasioulas, John, 152 n. 12  
 Taylor, Charles, 378, 379  
 Templeman, Lord, 383  
 teoría de la elección de los derechos, 323-332  
 teoría del interés de los derecho  
 Fabre sobre, 299-315  
 Steiner sobre, 322 n. 4, 326-332  
 Wenar sobre, 336-360  
 teoría de la voluntad de los derecho  
 compromiso de Hart con, 21-22  
 Fabre sobre, 299-301, 314 n. 16, 315  
 Steiner sobre, 323-332  
 Wenar sobre, 336-360  
 terceros beneficiarios de los contratos, 327, 330
- terrorismo, ley de, 161 n. 35  
 Thales, 356  
 Thomas, Clarence, 368, 396-398, 401  
 Thompson, Dennis, 397-398, 401  
 Thomson, Judith Jarvis, **197-225**  
 Tierney, Stephen, 110 n. 22
- tolerancia  
 aceptación contrastada con, 373-377  
 comprensión contrastada con, 381-387  
 Green sobre, 363-387  
 Hart sobre, 23, 363, 366-367, 383-387  
 y poder, 370-372  
 reconocimiento contrastado con, 377-381  
 como virtud reticente, 368-369  
 Tuck, Richard, 336 n. 2  
 Tungodden, Bertil, 259 n. 6



- Twining, William, 32 n. 7, 230
- Updike, John, 393
- utilitarismo, 246
- Vallentyne, Peter, 259 n. 6
- Ventajista, problemas del, 291
- Voltaire, 363, 387
- voluntad, Finnis sobre la
- voluntaria, conducta humana, 237-238
- Waldron, Jeremy, 98, 105-125, 134 n. 7,  
325, 392, 398, 400, 401
- Wallace, R. Jay, 104 n. 6
- Waluchow, W.J., 127-142
- sobre las personas muertas, 303, 306
- Watson, Gary, 148 n. 4
- Weber, Max, 32 n. 8
- Wechsler, Herbert, 232 n. 4
- Wellman, Carl, 300 n. 1, 307, 336 n. 3,  
338, 348, 352
- Wellman, Christopher, 152 n. 12
- Wenar, Leif, 24 n. 3, 300 n. 1, 310 n. 11,  
311 n. 12, 333-360
- Wiggins, David, 248, 249, 250-251, 254,  
256, 257
- Wilberforce, Lord, 58 n. 48
- Wilde, Oscar, 410
- Wildeblood, Peter, 411
- Williams, Bernard, 52-55, 56 n. 43, 58  
n. 48, 400, 408, 425
- Williams, Glanville, 146, 157 n. 25, 331  
n. 10, 337
- Wirsubski, Chaim, 273
- Wolfenden, Comité y Reporte, 366,  
404, 407-415, 419, 424
- Wolff, Robert Paul, 376
- Wollheim, Richard, 369 n. 5
- Woodward, C Vann, 62 n. 6
- Woolmington v. DPP, 159 n. 30
- Wooton, Barbara, 30, 113
- Wright, Richard, 203, 227-242
- Yablo, Stephen, 206 n. 8
- Zimmerman, Michael, 149 n. 7
- Zipursky, Benjamin, 107 n. 4
- Zucca, Lorenzo, 280 n. 4.



## COLECCIÓN «FILOSOFÍA Y DERECHO»

### ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

(Véase la lista completa en [www.filosofiyderecho.es/titulospublicados.php](http://www.filosofiyderecho.es/titulospublicados.php))

#### ***La diversidad de lo bueno***

G. H. von Wright

Este libro es, en opinión de su autor, el más personal y mejor fundamentado de sus trabajos. En él propone, frente a la tradición que sostiene la autonomía conceptual de la moral, que los conceptos de bondad o corrección moral deben ser estudiados en relación con una red de conceptos que se refieren «al hombre como un todo», como, por ejemplo, los de felicidad, salud y —el más importante— bienestar. Desde esta perspectiva, el autor construye una concepción *teleológica* de la moral como «una función de cómo la conducta de un individuo afecta al bienestar de sus compañeros humanos». En el camino, el libro analiza diferentes tipos de «bondad» (como la bondad *instrumental*, la bondad *técnica*, la bondad *médica*, la bondad *utilitaria*, la bondad *hedónica*) y conceptos como el de deber, *bien* del hombre o virtud. En definitiva, es la búsqueda de una posición moral original en diálogo con la de autores como Aristóteles, Kant y Moore.

#### ***El derecho en acción***

*La dimensión social de las normas jurídicas*

Josep M. Vilajosana

Una teoría del derecho satisfactoria debe ser al menos una teoría del derecho positivo, es decir, debe poder dar cuenta de la relación entre las normas jurídicas y los hechos sociales con los que se hallan vinculadas. Éste es justamente el objetivo general de este trabajo. A lo largo del mismo se examinan las condiciones de existencia de las normas jurídicas, en concreto, y del derecho positivo, en general.

En los primeros dos capítulos se pone de relieve el carácter problemático que encierra tanto la pregunta acerca de la ontología de las normas jurídicas (si son antes abstractos o concretos), como el análisis de la relación entre cada tipo de normas jurídicas y el comportamiento humano.

En el resto del libro se realiza el análisis de las dos condiciones mínimas de existencia de los sistemas jurídicos: que exista una práctica unitaria de identificación de normas y que las normas identificadas sean generalmente eficaces. Al respecto, el autor defiende lo que denomina un convencionalismo en sentido débil, según el cual necesariamente la primera condición requiere la presencia de hechos convencionales de carácter constitutivo, mientras que la segunda apuntaría a la presencia de hechos sociales no necesariamente convencionales.

#### ***Fundamentos para una teoría general de los deberes***

Carlos E. Alchourrón

En los últimos años de su producción teórica Carlos E. Alchourrón se dedicó con particular creatividad a profundizar ideas sobre los temas que lo desvelaron durante toda su carrera académica, tales como la naturaleza de la lógica, la posibilidad y fundamentación de la lógica de normas, la representación de las normas condicionales, los cambios racionales de creencias y la derrotabilidad.

Se presentan en este volumen conjuntamente algunos de los últimos trabajos del profesor argentino: «Concepciones de la lógica», «Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables», «Para una lógica de las razones *prima facie*», «Separación y derrotabilidad en lógica deóntica» y «Sobre derecho y lógica».

Si bien versan sobre temas distintos, guardan no obstante una cierta vinculación temática, ya que los pilares teóricos que Alchourrón construye en ellos permiten delinear un sistema de lógica de normas apto para distinguir diferentes categorías de deberes: condicionales e incondicionales, derrotables e inderrotables, esto es, sientan las bases para el desarrollo de una teoría general de los deberes.

**H. L. A. Hart**  
Neil MacCormick

*H. L. A. Hart* es una descripción concisa, clara y fidedigna de una de las teorías del derecho más influyentes del pasado siglo, la del filósofo inglés H. L. A. Hart. Esta segunda edición del libro describe, además, el corpus completo de su pensamiento, lo que le permite hacerse eco de las críticas y los debates más recientes que su obra ha generado. Sin embargo, el libro es algo más que una mera descripción. Su autor, colega de Hart en Oxford y conocedor privilegiado de su obra, también lleva a cabo una tarea de reconstrucción y reordenación de algunos conceptos y argumentos de Hart que, explicados de una forma alternativa, pueden eludir las críticas recibidas y proveernos de una mejor comprensión de la práctica jurídica. Por último, el libro es también una crítica y una reacción contra algunas tesis de Hart que su autor juzga superadas, fundamentalmente la reducción de las normas jurídicas a meras reglas y la separación tajante entre el derecho y la moral. De ese modo, el libro adopta una posición muy expresiva de las últimas tendencias de la teoría jurídica de nuestro tiempo: por un lado, se distancia del positivismo ortodoxo de Hart, e incluso propugna una posición postpositivista superadora de éste; por otro, sin embargo, rechaza la confusión entre teoría jurídica y teoría moral propuesta por autores como Ronald Dworkin, y, al igual que Hart, sigue abogando por una teoría del derecho puramente descriptiva y neutral respecto a las controversias morales.

**Riesgos y daños**  
Jules L. Coleman

*Riesgos y daños* es el primer libro que aborda con profundidad el análisis de los fundamentos filosóficos del derecho privado. El argumento se desarrolla a partir del posible conflicto que existe entre la justicia y la eficiencia económica cuando se trata de asignar riesgos relacionados con la seguridad de las personas. La primera parte del libro explora una forma de liberalismo que asigna al mercado un papel clave en la interpretación de las prácticas políticas, jurídicas y morales. La segunda parte sostiene que el mercado es un buen punto de partida para analizar el proceso de contratación racional, pero este criterio no se aplica a la responsabilidad extracontractual. De esta manera, la tercera parte presenta una teoría del derecho de daños basada en el principio de justicia correctiva. En lugar de concebir a la responsabilidad extracontractual como un mecanismo para rectificar las fallas del mercado mediante el traslado forzado de recursos de un individuo a otro, la tesis de la tercera parte defiende la idea de que, en definitiva, el derecho de daños rectifica las pérdidas injustas imponiendo sus costes a aquellos individuos que tienen el deber de repararlas según la justicia.

Además, la presente edición cuenta con un epílogo de inestimable valor, escrito especialmente para la traducción al castellano, en el cual el autor recorre toda su trayectoria personal y académica, desde el inicio de su tesis doctoral, pasando por la publicación de *Riesgos y daños*, hasta las ideas que actualmente se encuentra desarrollando en torno a este tema.

**Constitucionalismo político**  
*Una defensa republicana del constitucionalismo de la democracia*  
Richard Bellamy

La revisión judicial llevada a cabo por los tribunales constitucionales se presenta a menudo como un complemento indispensable de la democracia. Este libro cuestiona su efectividad y su legitimidad. Apoyándose en la tradición republicana, Richard Bellamy argumenta que, para garantizar los derechos y el Estado de derecho, los mecanismos democráticos —elecciones abiertas entre partidos en competencia y toma de decisiones mediante la regla de la mayoría— ofrecen un método que se basta a sí mismo y que resulta preferible. Al no tener que rendir cuentas, la revisión judicial se convierte en una forma de dominación arbitraria que carece del incentivo que sí tiene la estructura de la democracia para asegurar que los gobernantes traten a los gobernados con igual consideración y respeto. La revisión judicial basada en derechos socava la constitucionalidad de la democracia. Su sesgo contramayoritario favorece a los privilegiados frente a las minorías desfavorecidas, su legalismo y su atención a los casos individuales distorsionan el debate público. Lo primordial no debería ser limitar la democracia mediante constituciones escritas y una mayor vigilancia judicial, sino mejorar los procesos democráticos a través de medidas tales como la reforma de los sistemas electorales o el perfeccionamiento del control parlamentario.

### ***Simplemente la verdad***

*El juez y la construcción de los hechos*

Michele Taruffo

Este libro ofrece una sugestiva mirada sobre las complejas relaciones entre verdad, proceso y prueba, en la que se entrelazan con acierto las perspectivas histórica, filosófica, dogmática y comparatista. Su tesis central es que determinar la verdad de los hechos en el proceso es posible y necesario para la justicia de la decisión judicial, particularmente en un sistema jurídico basado en el principio de legalidad. Esta tesis es sólo en apariencia trivial, pues se enfrenta, en realidad, a numerosos adversarios, que postulan —ya sea de modo general, como ocurre con la filosofía post-moderna, ya sea en el ámbito particular del proceso, como ocurre, por ejemplo, con las ideologías que lo conciben como una «cosa privada de las partes» o como un instrumento dirigido exclusivamente a la resolución de las controversias— la irrelevancia de la verdad.

Una vez justificada la atribución de una función epistémica al proceso, se realiza en el libro un acucioso análisis comparado y crítico de numerosas instituciones del derecho probatorio. El lector encontrará, así, una detallada evaluación de las reglas de exclusión de prueba, de las diversas modalidades de asunción de la prueba testimonial, de las reglas de prueba legal que todavía subsisten en algunos ordenamientos, de los poderes de instrucción del juez y de la alternativa entre jueces profesionales y jueces legos. Por último, el autor se ocupa también de la decisión sobre los hechos y de su justificación, considerando el rol que corresponde a los estándares de prueba, a las reglas de carga de la prueba y a la exigencia de motivación, para que se pueda decir que esa decisión enuncia la verdad.

### ***Metodología jurídica y argumentación***

David Martínez Zorrilla

A fin de que el derecho pueda llevar a cabo sus funciones de manera satisfactoria, un requisito previo es la posibilidad de que pueda determinarse cuál es la respuesta jurídica correcta, o, dicho en otros términos, qué es aquello que el derecho establece para cada caso a decidir. En muchas ocasiones, esta determinación dista de ser clara, sencilla o evidente, por lo que resulta de utilidad contar con una metodología rigurosa que nos ayude a llevar a término cada una de las tareas y actividades relacionadas con la determinación de la respuesta jurídica para el caso relevante.

Paralelamente, la necesidad de justificar la corrección jurídica de las decisiones tomadas por las autoridades (o de las afirmaciones, interpretaciones o posiciones de los juristas, en un sentido más amplio) ocupa un lugar central en nuestros contextos jurídicos actuales, lo que demanda una adecuada formación en materia argumentativa.

El presente libro aborda, de manera introductoria aunque rigurosa, estos dos grandes ámbitos. En la primera parte se expone un conjunto de conceptos, técnicas y procedimientos que conformarían una metodología jurídica, construida sobre la base de la teoría general del derecho de orientación analítica. En la segunda parte se presenta una introducción a los aspectos básicos de la actividad argumentativa, prestando especial atención a la argumentación en el ámbito jurídico. El carácter general e introductorio, a la par que riguroso y preciso, de la presente obra, hacen que resulte especialmente indicada como texto de apoyo en el ámbito de la docencia.

### ***La Constitución viviente***

Bruce Ackerman

El derecho constitucional norteamericano aparenta encontrarse estancado en una serie de debates de posturas antagónicas. Están por un lado quienes —adorando las firmes estatuas del pasado—, se aferran al diseño propuesto por los constituyentes originarios y, por otra, quienes consideran que los compromisos actuales de un pueblo se hacen únicamente a través del camino del *common law* y que el planteamiento originalista es completamente desechable.

En este trabajo, el doctor Ackerman aborda dicho conflicto con la maestría que le caracteriza. Apunta con objetividad los importantes logros del pasado y la necesidad que existe de resaltar su respectiva vigencia, a la vez que dignifica las palabras de los norteamericanos que no han sido expresadas en los caminos constitucionales expresamente previstos. Es en la unión de estas ideas como considera se podrá crear un lenguaje constitucional que refleje la idea de «Nosotros, el pueblo» de una manera completamente veraz.

### ***Teoría de los principios***

Humberto Ávila

Esta obra, escrita originalmente en portugués, obtuvo un enorme éxito en Brasil, donde se publicaron once ediciones en tan solo cinco años. La notoriedad alcanzada motivó su traducción al alemán y al inglés, y la obra experimentó el mismo éxito tanto en Alemania como en los países de lengua inglesa. En esta edición, totalmente revisada y ampliada en relación con el trabajo original, el autor presenta, con originalidad e independencia, un serio estudio sistemático sobre el significado y el fundamento de los principios jurídicos, proponiendo criterios distintos a los que la doctrina comúnmente emplea para distinguir entre principios y reglas, así como para su adecuada interpretación y aplicación.

### ***Las pretensiones normativas del derecho***

*Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*

Paula Gaido

La presente obra parte de una pregunta que puede ser formulada de diferentes maneras: ¿en qué idea se está pensando cuando se afirma que el derecho es normativo?, ¿por qué es importante entender al derecho como fuente de normas que generan deberes, y no meramente como un hecho, como un conjunto de contenidos semánticos o como un conjunto de actos de imposición de poder? Hay quienes sostienen que cuando se piensa en el derecho está implícita la idea de que es normativo, y que esta es una cuestión conceptual. Sin la idea de normatividad no se puede comprender al derecho. El análisis de las respuestas dadas por los filósofos del derecho Robert Alexy y Joseph Raz, se toma como brújula en la exploración del problema. Las noción de pretensión de corrección, en el caso de Alexy, y la de pretensión de autoridad legítima, en el caso de Raz son, de este modo, objeto de principal análisis en el libro y, a través de ellas, el sentido en que el derecho, se dice, es fuente de razones justificatorias.

### ***Cómo deciden los jueces***

Richard A. Posner

*Cómo deciden los jueces* es un estudio acerca del complejo y diverso entramado de factores que llevan a los jueces a tomar las decisiones que toman. Posner pretende «descorrer el velo» que cubre una de las actividades fundamentales del derecho: la actividad de juzgar. Su objetivo es someter a escrutinio público los condicionantes de naturaleza sociológica, psicológica, económica, política, filosófica y también jurídica que de hecho influyen en la actividad decisoria de los tribunales. Guiado por este objetivo, aborda toda una serie de aspectos que van desde las condiciones laborales de la profesión de juez (sueldo, promoción, estabilidad en el puesto) hasta el papel jugado por sus convicciones ideológicas y políticas, sus filias y fobias partidistas y su función ante la opinión pública, pasando por la psicología y la personalidad de los jueces y los problemas que tienen que ver con la manera en que aceptan y conciben las pautas del método jurídico.

Pero el libro de Posner no sólo se mueve en este nivel descriptivo o explicativo, sino que contiene también un modelo normativo de juez. El escenario de contraste de este modelo es asimismo la jurisprudencia estadounidense, centralmente los tribunales de apelación y el Tribunal Supremo. El autor reivindica, por ejemplo, que una comprensión cabal del papel del Tribunal Supremo pasa por entenderlo como tribunal político, y somete a revisión alguna de sus tendencias actuales, en concreto la de tomar la jurisprudencia constitucional de otros ordenamientos jurídicos como fuente autoritativa. Posner apuesta, en definitiva, por un modelo pragmatista, pero, en sus palabras, se trata de «un pragmatismo sensible y no uno de cortos vuelos».

### ***Causalidad y responsabilidad***

*Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*

Michael S. Moore

El concepto de causalidad es fundamental para asignar responsabilidad, moral y jurídica, por eventos. Pero la relación entre la causalidad y la responsabilidad permanece poco clara. ¿Cuál es, exactamente, la conexión entre el concepto de causalidad usado al atribuir responsabilidad y las explicaciones de las relaciones causales ofrecidas por la filosofía de la ciencia y la metafísica? ¿Cuánto de lo que llamamos responsabilidad causal es definido, en verdad, por factores no causales? Este libro sostiene que una gran parte de la teoría jurídica sobre estas cuestiones es confusa e incoherente, y representa el primer intento exhaustivo, desde el trabajo de Hart y Honoré, de aclarar el trasfondo filosófico de los debates jurídicos y morales.

En primer lugar, el libro ubica a la causalidad en el derecho penal y el derecho de daños, y delinea la metafísica presupuesta por la teoría jurídica. Luego analiza las mejores explicaciones teóricas de la causalidad ofrecidas por la filosofía de la ciencia y la metafísica y, valiéndose de ellas, critica a muchos de los conceptos jurídicos centrales que circundan a la causalidad, como los de la causalidad sobreviniente, la predictibilidad del daño y la participación. Considera y rechaza las propuestas radicales que tienden a erradicar a la causalidad del derecho, usando, en cambio, cálculos de riesgos para atribuir responsabilidad.

El análisis resulta ser un argumento poderoso para que revisemos nuestro entendimiento del papel que juega la causalidad en la atribución de responsabilidad, tanto jurídica como moral.

#### ***Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos***

Jordi Ferrer Beltrán y Jorge L. Rodríguez

El libro aborda dos problemas centrales de la teoría del derecho: la jerarquía normativa y la dinámica de los sistemas jurídicos. Ambos han tenido hasta el momento menos atención de la que merecen, pero lo realmente novedoso de este volumen es su tratamiento conjunto, con un análisis muy cuidadoso de sus implicaciones mutuas. A partir de aquí, se revisan nociones clave como las de sistema jurídico, las concepciones de las normas, la pertenencia al sistema de las normas derivadas, o la validez y aplicabilidad de las normas, así como los efectos de la prelación jerárquica. En resumen, el lector encontrará en este libro un estudio profundo de algunas nociones centrales de la teoría del derecho, revisadas a la luz de la intersección entre la estructura jerárquica y la dinámica de los sistemas jurídicos.

#### ***El realismo jurídico genovés***

Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni B. Ratti

A partir de la obra de Giovanni Tarello, y bajo su maestría, se ha conformado en Génova un grupo de investigadores, que contó enseguida con el empuje de Silvana Castignone y Riccardo Guastini, y en el que se formaron filósofos del derecho como Mauro Barberis, Paolo Comanducci y Pierluigi Chiassoni, entre otros. En el ámbito de la teoría del derecho, ese grupo, conocido por muchos como *Escuela genovesa*, se ha caracterizado por la defensa de tesis propias del realismo jurídico y ha tenido una gran influencia en el debate iusfilosófico italiano, francés e iberoamericano de los últimos 20 años. El realismo jurídico *à la gènoise* hunde sus raíces en las dos grandes tradiciones iusrealistas, americana y escandinava. Sin embargo, ha desarrollado progresivamente sus propias tesis y refinado con la metodología analítica algunas de las asunciones básicas del realismo jurídico clásico, en especial del americano.

En este libro el lector encontrará la presentación de esas tesis por parte de sus más destacados defensores y su discusión a cargo de algunos de los más importantes iusfilósofos iberoamericanos actuales.

#### ***La teoría principialista de los derechos fundamentales***

*Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*

Jan-R. Sieckmann (ed.)

La teoría de los derechos fundamentales es un tema tan crucial como controvertido. Debido al aumento de Estados que se configuran como «constitucionales» y «democráticos», y también al desarrollo de sistemas europeos e internacionales de protección de derechos humanos, la búsqueda de modelos generales de protección iusfundamental cobra una enorme importancia. Entre estos modelos, la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy ha sido uno de los que más aceptación ha merecido tanto en el ámbito académico como en la práctica del derecho. Pese haber sido blanco de numerosas críticas, constituye, por su solidez teórica y reconocimiento internacional, uno de los referentes más adecuados sobre el tema. Los trabajos reunidos en este volumen analizan y discuten si la teoría principialista desarrollada por Alexy ofrece el marco idóneo para elaborar una teoría y una dogmática general de los derechos fundamentales más allá de las fronteras de los sistemas jurídicos nacionales. En ellos se abordan problemas relativos a la teoría de las normas iusfundamentales, al método de la ponderación o a los principios de proporcionalidad y de igualdad. Aparte del propio Alexy, los autores que participan en este libro han contribuido en diversa manera e incluso desde perspectivas críticas al desarrollo de esa teoría general y pueden ser considerados como especialistas en la teoría de los principios y de los derechos fundamentales.

### **Problemas de vida o muerte**

*Diez ensayos sobre bioética*

Eduardo Rivera López

El avance de la medicina ha generado enormes desafíos éticos. En ellos está en juego la vida, la muerte, la dignidad y la autonomía de las personas. ¿Debería permitirse la eutanasia voluntaria? ¿Tenemos el deber de garantizarles a nuestros futuros hijos un mínimo de calidad de vida? ¿Deberían las personas con problemas de fertilidad adoptar, en lugar de utilizar técnicas de reproducción asistida? ¿Generará el avance de la genética desigualdades sociales inaceptables? ¿Quién debería tener acceso a la información genética de una persona? ¿Debería permitirse la venta de órganos?

Estas son algunas de las preguntas que se exploran en los diez ensayos reunidos en este volumen. Se trata de artículos independientes, publicados en general en revistas especializadas, que ofrecen, sin embargo, un panorama amplio de algunos de los problemas de la bioética contemporánea.

### **Dilemas constitucionales**

*Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*

L. Zucca, G. Lariguet, D. Martínez Zorrilla y S. Álvarez

Los conflictos entre valores son uno de los temas más apasionantes y difíciles de la filosofía moral, en la medida en que su existencia plantea un serio desafío a la coherencia de la ética como sistema normativo. Cuando este tipo de conflictos se traslada, a través de los principios y las normas constitucionales, al ámbito del derecho, los desafíos se multiplican. Se trata de un ámbito en el que la teoría del derecho y la teoría constitucional necesitan recurrir inexorablemente a la filosofía moral para poder ofrecer un análisis certero del tipo de problema que se debe abordar.

En este libro se analizan los conflictos morales y se estudian los diversos escenarios jurídicos que se abren a partir de su incorporación al ámbito del derecho constitucional. Para ello se parte de un artículo de Lorenzo Zucca —autor que recientemente se ha ocupado del tema de una manera novedosa y audaz— sobre los «dilemas constitucionales». Dicho artículo es seguido de los comentarios de otros tres autores —Silvina Álvarez, Guillermo Lariguet y David Martínez Zorrilla— que también han trabajado sobre los conflictos de derechos fundamentales y que realizan un análisis minucioso y original de la obra de Zucca.

### **Instituciones del derecho**

Neil MacCormick

*Instituciones del derecho* contiene una presentación con pretensiones de exhaustividad de una teoría institucional del derecho. Pero, a diferencia de buena parte de la literatura contemporánea sobre la materia, es un libro con el cual el lector puede también aprender de derecho. Aunque comienza ofreciendo una definición de derecho como un orden normativo institucional, luego muestra cómo desde esa perspectiva es posible arrojar luz sobre cuestiones fundamentales del derecho público y del derecho privado. En esto el libro es un libro de «instituciones» en un sentido que lo vincula a una forma tradicional de literatura jurídica, de la cual las *Instituciones del Derecho de Escocia* (1681) de Lord Stair son un ejemplo paradigmático.

Este es un libro escrito por un autor que cree que la labor de la teoría del derecho no se reduce a aclarar las confusiones que afectan al lenguaje de los juristas; que, al contrario, cree importante hacer un examen atento y sofisticado de las prácticas jurídicas que existen realmente, porque a través de su reconstrucción racional podemos entender la forma en que un orden normativo se transforma, por así decirlo, en instituciones. *Instituciones del derecho* es un intento de reconstruir de este modo el derecho contemporáneo.

### **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**

Larry D. Kramer

La obra de Larry Kramer propone una revisión de la historia social del control de constitucionalidad de las leyes que recupera el papel del pueblo como piedra angular del programa constitucional estadounidense. Su revisión muestra los límites de las reconstrucciones convencionales que han asignado al poder judicial, y en él a la Corte Suprema, el rol de intérprete último de la Constitución. Más bien, en la meticulosa labor historiográfica realizada por Kramer, el modelo de supremacía



Judicial que hoy conocemos aparece como sólo uno entre los mecanismos disponibles para la resolución de los conflictos interpretativos de los departamentos del gobierno. Según nos muestra Kramer en esta interesante obra, la historia constitucional estadounidense es la historia del constitucionalismo popular. Ahora bien, una vez aceptada la invitación a repasar dos siglos de constitucionalismo desde el prisma de la soberanía popular, queda la reflexión sobre las invocaciones del autor a reposicionar al pueblo, la democracia y el autogobierno en el centro del proyecto constitucional contemporáneo. ¿Será ello posible? ¿Es ello deseable?

#### ***Compendio de una teoría analítica del derecho***

*Aichourrón y Bulygin en sus textos*

Daniel Mendonca (ed.)

Este libro intenta reunir fragmentos de distintos textos de Aichourrón y Bulygin, ordenados temáticamente, a fin de dar una idea abarcadora pero resumida del sistema de pensamiento que ellos elaboraron. En esos fragmentos, los dos autores hablan directamente a la mente del lector, en tanto su recopilación sirve de altavoz simplificador. Si la síntesis llega donde antes no había llegado, si sirve para rectificar preconceptos, aclarar dudas y remover objeciones, la intención habrá sido satisfecha. Si, además, tiene por virtud generar ideas, conceptos y argumentos divergentes, que puedan plantearse y debatirse con el mismo rigor de los que aquí se presentan, la comunidad de los lectores habrá cooperado con los autores en la más importante tarea común: hacer avanzar la reflexión iusfilosófica en dirección al perfeccionamiento de la hoy vetusta práctica del derecho.

#### ***La teoría de la democracia en el mundo real***

Ian Shapiro

Isaiah Berlin gustaba de clasificar en dos grandes grupos a los pensadores. Por un lado los zorros, para los que la realidad es compleja, inasimilable, diversa, por otro los erizos, para los que ha de existir un principio organizador que posibilite una explicación coherente de la pluralidad, un orden. Ian Shapiro se define a sí mismo como «aspirante a erizo», y este libro es uno de los capítulos de su viaje intelectual en ese sentido.

Tal y como el título nos adelanta, en él encontramos teoría y práctica. Y, tanto en la una como en la otra, la pluma de Shapiro va más allá de los discursos habituales y obliga al lector a revisar presupuestos y a adoptar una perspectiva distinta a la establecida.

Locke se presenta aquí como defensor de la legitimidad democrática, y no (o no solo) como liberal. Madison aparece como defensor de una teoría pluralista de la democracia que Shapiro defiende como el mejor recurso a nuestro alcance contra la dominación. Pero esas y otras singularidades teóricas no se presentan aisladas, redactadas en exclusiva para la torre de marfil. Muy al contrario, se entremezclan y se traen a colación al alimón con la realidad de nuestro mundo.

Y, así, la teoría de la democracia se esgrime para lidiar con el aborto y el papel de la revisión judicial, o con los procesos de paz y las transiciones a la democracia, o con el cosmopolitismo y el derecho a la injerencia, o con la eliminación del impuesto de patrimonio y los turbios procedimientos previos tendentes a encauzar la opinión pública mediante la preparación de encuestas sesgadas. Estamos ante un teórico, y uno de primera línea. Pero un teórico que, a diferencia de otros, desciende al mundo real y se las ve con él.

#### ***Técnicas de Interpretación jurídica***

*Breviario para juristas*

Pierluigi Chiassoni

La interpretación es un difícil banco de pruebas para el jurista; este libro se propone ofrecer a quien aborde el estudio del derecho o a quien en cualquier caso está interesado en adquirir una mayor conciencia metodológica, un breviario de las nociones fundamentales de técnicas de la interpretación jurídica, acompañado de las oportunas coordinadas teóricas. Para tal fin, se ilustran algunos tipos de silogismos judiciales útiles para el análisis de la jurisprudencia, los pasajes claves de la interpretación de los textos normativos (desde la identificación de las disposiciones a su traducción en normas jurídicas), los instrumentos de la argumentación interpretativa, los resultados de la interpretación, el problema de la fidelidad del intérprete al derecho, la disciplina positiva de la interpretación de la ley, algunas concepciones de la interpretación constitucional, las lagunas y los conflictos normativos, con sus modos de identificación, integración y subsunción.

