



Diccionario de teoría jurídica

BRIAN H. BIX



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Diccionario de teoría jurídica

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 467

Coordinadora académica: Elvia Lucía Flores Ávalos
Coordinadora editorial: Karla Beatriz Templos Núñez
Edición y formación en computadora: Wendy Vanesa Rocha Cacho
Diseño de interiores: Wendy Vanesa Rocha Cacho

BRIAN H. BIX

Diccionario de teoría jurídica

Traducción

Enrique RODRÍGUEZ TRUJANO
Pedro A. VILLARREAL LIZÁRRAGA



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2009

Primera edición: 2009

DR © 2009. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Mtro. Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-2-00354-5

ÍNDICE

Prefacio	XXVII
Prefacio a la edición en español	XXXI
Nota de los traductores	XXXIII

A

acción afirmativa	1
aceptación (de una regla)	1
adjudicación, teorías de la	3
aguijón semántico	4
ajuste	4
análisis conceptual	5
análisis crítico del derecho (<i>CLS</i>)	6
análisis crítico desde el punto de vista latino <i>Véase</i> teoría crítica desde el punto de vista racial	
análisis de clases naturales	7
análisis económico del derecho	7
análisis económico del derecho (enfoque conductual)	11
análisis Kaldor-Hicks	12
análisis neokantiano	13
antropología jurídica	14
argumento de la pendiente resbaladiza	15

VIII Índice

Aristóteles	15
Austin, J. L.	15
Austin, John	16
autoevidente	21
autonomía	22
autonomía del derecho	22
autopoiesis	25
autoridad	26
aversión al riesgo	27

B

base y superestructura	29
Beccaria, César Bonesana	29
Bentham, Jeremy	30
Berlin, Isaiah	32
Betti, Emilio	32
bienes básicos	33
bienes públicos	33
Blackstone, William	34
Bodin, Jean	35

C

captura de renta	37
Cardozo, Benjamin	38
casos centrales	38

casos difíciles	39
casos fáciles <i>Véase</i> casos difíciles	
causa próxima <i>Véase</i> causalidad	
causalidad	40
Cicerón	42
clase funcional	42
coacción	42
coerción <i>Véase</i> coacción	
<i>Common Law</i>	43
competencia institucional	45
comportamiento estratégico	45
comunidad interpretativa	45
comunitarismo	46
conceptualismo	46
condiciones necesarias y suficientes	47
consecuencialismo	48
consenso traslapado	48
consentimiento	49
consentimiento tácito <i>Véase</i> consentimiento	
construcción social	50
contenido mínimo de derecho natural <i>Véase</i> derecho natural, contenido mínimo de	
contradicción fundamental	51
contrato social	52
convencionalismo	53
coordinación de la conducta	54
corazonadas, razonamiento judicial como <i>Véase</i> Hutcheson, Joseph C. Jr.	

X **Índice**

coste de agencia	54
coste de oportunidad	55
coste de transacción	56
coste irrecuperable	56
costumbre y derecho consuetudinario	57
crítica destructiva (<i>trashing</i>)	58
cuasirrenta	58
culpabilidad <i>Véase</i> responsabilidad	

D

deber	59
deconstrucción	60
deontológico	60
dependencia de la trayectoria	60
dependencia derivativa <i>Véase</i> dependencia inevitable y derivativa	
dependencia inevitable y derivativa	61
derecho contractual	62
derecho de propiedad	63
derecho internacional	65
derecho natural procedimental	66
derecho natural, contenido mínimo de	66
derecho penal	67
derecho romano-germánico <i>Véase Common Law</i>	
derecho y economía <i>Véase</i> análisis económico del derecho	
derecho y literatura	68
derecho y narración	70

	Índice	XI
derecho y sociedad		71
derechos		72
derechos de los animales		73
derechos legales		73
derechos subjetivos <i>Véase</i> derechos		
derrotabilidad		75
determinación <i>Véase</i> indeterminación		
determinación jurídica <i>Véase</i> indeterminación		
<i>determinatio</i>		75
Devlin, Patrick		76
Dewey, John		77
dificultad contramayoritaria		77
dilema del prisionero		78
directrices políticas (frente a principios)		81
discreción		81
discriminación		82
discriminación inversa <i>Véase</i> acción afirmativa		
discriminación positiva <i>Véase</i> acción afirmativa		
discurso de odio		83
distinción público/privado		83
disuasión		85
doctrina de la lesión		85
Duguit, León		86

E

economía de bienestar	87
---------------------------------	----

XII Índice

economía de coste de transacción <i>Véase</i> economía neoinstitucional	
economía neoclásica	87
economía neoinstitucional	88
efecto riqueza	88
eficiencia	89
eficiencia de Pareto	90
ejemplo del asaltante	91
Ely, John Hart	91
enfoque <i>Verstehen</i>	92
epistemología	93
equidad	93
equilibrio	94
equilibrio de Nash	94
equilibrio reflexivo	95
escepticismo	95
escepticismo ante la regla	96
escepticismo externo	96
escepticismo interno	97
escuela del derecho libre	97
esencialismo	98
Estado de derecho	98
estructuralismo	99
estudios sociojurídicos <i>Véase</i> derecho y sociedad	
<i>ex ante</i> frente a <i>ex post</i>	99
externalidades	100

F

falla de mercado	101
feminismo cultural <i>Véase</i> teoría feminista del derecho	
feminismo de dominación <i>Véase</i> teoría feminista del derecho	
feminismo de trato equitativo <i>Véase</i> teoría feminista del derecho	
feminismo relacional <i>Véase</i> feminismo cultural	
filosofía analítica del derecho <i>Véase</i> jurisprudencia analítica	
filosofía del derecho (<i>jurisprudence</i>)	102
filosofía jurídica <i>Véase</i> filosofía del derecho (<i>jurisprudence</i>)	
formalismo	102
fórmula Hand	103
fortuna moral	104
Foucault, Michel	104
Frank, Jerome	105
Fuller, Lon L.	105
funcionalismo	109

G

Gadamer, Hans-Georg	111
género frente a sexo	112
Gény, François	112
Gierke, Otto von	112
Gramsci, Antonio	113
Grocio, Hugo	113
<i>Grundnorm Véase</i> norma fundante	

H

Hägerström, Axel <i>Véase</i> realismo jurídico escandinavo	
Hale, Robert L.	115
Hart, H. L. A.	115
Hart, Henry M. Jr.	120
Hayek, Friedrich A. von	120
Hegel, G. W. F.	121
hegemonía <i>Véase</i> legitimación	
Heidegger, Martin	121
hermenéutica	121
historicismo	122
Hobbes, Thomas	123
Hohfeld, Wesley N.	123
Holmes, Oliver Wendell Jr.	125
hombre malo	127
Hume, David	128
Hutcheson, Joseph C. Jr.	128

I

ideología	131
igual consideración y respeto	131
igualdad	132
Ihering, Rudolf von <i>Véase</i> Jhering, Rudolf von	
imparcialidad	133

imposición de la moral a través del derecho <i>Véase</i> moral, imposición jurídica de la	
incapacitación	134
incomparabilidad	134
inconmensurabilidad	134
indeterminación	135
indicador	136
individuación de las leyes	137
integridad	137
intención	138
interpretación	139
interpretación constructiva	140
interseccionalidad	141

J

jerarquía	143
Jhering, Rudolf von	143
juego de suma cero	144
juegos de coordinación	144
jurisprudencia analítica	145
jurisprudencia histórica	146
jurisprudencia mecánica <i>Véase</i> formalismo	
jurisprudencia sociológica	147
jurisprudencia terapéutica	148
justicia	148
justicia como imparcialidad	149

XVI **Índice**

justicia correctiva	149
justicia distributiva	150
justicia formal <i>Véase</i> justicia	
justicia intergeneracional	150
justicia procedimental	151
justificación	151

K

Kant, Immanuel	153
Kelsen, Hans	154

L

lagunas en la ley <i>Véase</i> lagunas jurídicas	
lagunas jurídicas	157
legislación judicial	158
legitimación	159
legitimidad	159
Levi, Edward H.	160
<i>Lex iniusta non est lex</i>	160
<i>lex talionis</i> (ley del talión) <i>Véase</i> retribución	
liberalismo	161
libertad	162
Llewellyn, Karl N.	162
Locke, John	164

lógica deóntica	164
Luhmann, Niklas	166

M

Maine, Henry	167
Marx, Karl	167
maximización de la riqueza	168
mercantilización	169
merecimiento	170
metafísica	170
Mill, John Stuart	170
monopolio bilateral	171
Montesquieu, Barón de	172
moral convencional <i>Véase</i> moral crítica frente a moral convencional	
moral crítica <i>Véase</i> moral crítica frente a moral convencional	
moral crítica frente a moral convencional	172
moral interna del derecho	174
moral, imposición jurídica de la	175

N

naturaleza humana	177
naturalismo	177
necesidad	178
Nietzsche, Friedrich	178

XVIII Índice

nihilismo	179
Nino, Carlos S.	179
norma fundante	179
normas	181
normas de propiedad <i>Véase</i> normas de responsabilidad	
normas de responsabilidad	181
normas jurídicas <i>Véase</i> normas	
normas sociales	182
normativo	183
novela en serie	183
Nozick, Robert	183
núcleo moral del derecho <i>Véase</i> moral interna del derecho	

O

objetividad	185
obligación <i>Véase</i> deber	
obligación de obedecer el derecho	186
obligación <i>prima facie</i>	187
Olivecrona, Karl <i>Véase</i> realismo jurídico escandinavo	
ontología	188
óptimo de Pareto <i>Véase</i> eficiencia de Pareto	

P

paradigma	189
paradoja de votación de Condorcet	190
paradoja de Wollheim	190

parentalismo <i>Véase</i> paternalismo	
Pashukanis, Evgeny B.	190
paternalismo	191
patriarcado	191
pena	192
penalización por omisión <i>Véase</i> regla o cláusula por omisión	
perfeccionismo	193
Platón	193
pluralismo jurídico	194
política de identidad	194
polizón	194
pornografía	195
posestructuralismo <i>Véase</i> posmodernidad	
posición original	196
positivismo jurídico	197
positivismo jurídico ético <i>Véase</i> positivismo jurídico	
positivismo jurídico excluyente <i>Véase</i> positivismo jurídico	
positivismo jurídico incluyente <i>Véase</i> positivismo jurídico	
positivismo jurídico normativo <i>Véase</i> positivismo jurídico	
posmodernidad	203
Pound, Roscoe	203
pragmatismo	204
precedente	205
preferencias	205
preferencias externas	206
preferencias reveladas	206

principio de diferencia	207
principio de la ofensa	207
principio del daño	208
principio del doble efecto	209
principio maximin	209
principios	210
principios neutrales	211
problema agente-principal	212
problema de la acción colectiva	212
problema de la situación inicial	213
proceso legal	213
promesas (y contratos)	214
prudencia	215
psicología evolucionista	215
Pufendorf, Samuel	216
punto de vista interno	216

R

racionalidad	219
racionalidad comunicativa, teoría de la	221
racionalidad limitada	221
racismo inconsciente	222
Radbruch, Gustav	223
Rawls, John	223
raza	225
razón pública	226

razonabilidad frente a racionalidad <i>Véase</i> racionalidad	
razonamiento analógico	227
razonamiento jurídico	228
razonamiento práctico	228
razones para la acción	229
realismo	229
realismo jurídico escandinavo	230
realismo jurídico norteamericano	231
realismo metafísico <i>Véase</i> realismo	
realismo moral	234
regímenes perversos	234
regla de reconocimiento	235
regla o cláusula por omisión	237
reglas	238
reglas, teoría práctica de las	239
rehabilitación	239
reificación	240
renta <i>Véase</i> renta económica	
renta económica	240
republicanismo <i>Véase</i> republicanismo cívico	
republicanismo cívico	241
responsabilidad	241
responsabilidad civil	242
retribución	243
riesgo moral	243
Ross, Alf <i>Véase</i> realismo jurídico escandinavo	
Rousseau, Jean-Jacques	244

S

Sacks, Albert M.	247
satisfaciente	247
Savigny, Friedrich Carl von	248
Schmitt, Carl	248
seguir la regla, observaciones sobre	249
semántica	250
semiótica	250
separación entre derecho y moral <i>Véase</i> tesis de la separabilidad ser/deber ser <i>Véase</i> Hume, David	
situación ideal de habla	250
Smith, Adam	251
soberano	251
sociobiología <i>Véase</i> psicología evolucionista	
sociología del derecho <i>Véase</i> derecho y sociedad	
Stammler, Rudolf	252
<i>stare decisis</i>	252
Stephen, James Fitzjames	253
Suárez, Francisco	254
subjetivo	254

T

teleología	257
teorema de Arrow	257
teorema de Coase	259

teorema del jurado de Condorcet	260
teoría coherentista	261
teoría constitucional	262
teoría crítica desde el punto de vista racial	263
teoría crítica latina <i>Véase</i> teoría crítica desde el punto de vista racial	
teoría de juegos	264
teoría de la decisión	264
teoría de la elección (de los derechos) <i>Véase</i> teoría de la voluntad (de los derechos)	
teoría de la elección pública	265
teoría de la elección racional	266
teoría de la elección social	267
teoría de la verdad por correspondencia	268
teoría de la voluntad (de los derechos)	269
teoría del beneficio (de los derechos) <i>Véase</i> teoría del interés (de los derechos)	
teoría del derecho como mandato	270
teoría del derecho natural	270
teoría del interés (de los derechos)	272
teoría expresiva de la pena <i>Véase</i> pena	
teoría feminista del derecho	273
teoría interpretativa del derecho	276
teoría política positiva <i>Véase</i> teoría de la elección pública	
teoría práctica de las reglas <i>Véase</i> reglas, teoría práctica de las	
teoría predictiva	277
teoría pura del derecho	277
teoría <i>queer</i>	278

XXIV Índice

teorías institucionales del derecho	279
teorías marxistas del derecho	280
teorías reduccionistas del derecho	280
tesis de la respuesta correcta	281
tesis de la separabilidad	282
tesis de las fuentes	283
tesis social <i>Véase</i> tesis de las fuentes	
textualismo	284
textura abierta	284
Tomás de Aquino	285
tragedia de los anticomunes	286
tragedia de los comunes	287

U

utilidad	289
utilitarismo	289

V

vaguedad	291
validez <i>Véase</i> validez jurídica	
validez jurídica	291
velo de la ignorancia	292
Villey, Michel	292
voluntariedad	293
voluntarismo	294

W

Waismann, Friedrich	295
Weber, Max	296
Wechsler, Herbert	296
Winch, Peter	297
Wittgenstein, Ludwig	298
Wright, George Henrik von	299

Diccionario de teoría jurídica, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 12 de marzo de 2009 en Impresión y Comunicación Gráfica, S. A. de C. V., Manuel Ávila Camacho 689, colonia Santa María Atzahuacán, delegación Iztapalapa, 09500 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En su edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros. Consta de 500 ejemplares.



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

PREFACIO

Una motivación para realizar este trabajo fue la experiencia cotidiana de intercambio intelectual entre colegas académicos. Muy a menudo los talleres donde los investigadores se reúnen para discutir sus trabajos dan la sensación de ser una “torre de Babel”, ya que quienes pertenecen a determinada tradición no comprenden el vocabulario básico de los autores que provienen de una tradición diferente. Aquellos que han trabajado en la tradición del análisis económico del derecho, por ejemplo, difícilmente comprenden el vocabulario de los autores que se desempeñan dentro de la tradición analítica del derecho; y, más aún, los partidarios de ambas corrientes pueden ser considerablemente ajenos a las ideas y a las expresiones empleadas por los defensores de la teoría feminista del derecho o de la teoría crítica del derecho desde el punto de vista racial. Como mínimo, espero que este *Diccionario* pueda servir como un manual de traducción, una guía Berlitz de palabras y frases que ayude a los académicos a intercambiar y a comprender las ideas de los colegas que pertenecen a culturas académico-jurídicas distintas. Si este libro fuera capaz de contribuir con algo en aras de la mutua comprensión (lo que, espero, podría ser el primer paso hacia la mutua estimación), el esfuerzo habrá sido más que valioso. Este trabajo tiene, además, metas más ambiciosas: presentar las ideas básicas de diversas tradiciones iusfilosóficas de un modo que sea accesible tanto a estudiantes como a profesores.

Algunas advertencias preliminares: primero, en un trabajo como el presente siempre existen dificultades inevitables con respecto a qué incluir y qué no. Para resolver esta cuestión he seguido unos cuantos principios:

XXVIII **Prefacio**

1. No existen entradas para autores que todavía viven (al momento de la redacción), aunque éstos sean referidos en el contexto de otras entradas (la valoración de autores contemporáneos siempre es complicada, incluso sin tomar en consideración el problema de que pueden cambiar sus puntos de vista; además, es menos probable que uno reciba reclamaciones de autores fallecidos por causa de su inclusión o exclusión en este *Diccionario*).
2. Los tópicos de la teoría jurídica son entendidos de diversas maneras por diferentes autores. Aunque siempre habrá un peligro de que el proyecto quede completamente abierto, he intentado dejar un amplio margen de estudio sobre los límites de la teoría del derecho en relación con la teoría política, la economía, la filosofía moral, la metafísica, la teoría social, el derecho constitucional, etcétera. He permitido cierto número de incursiones en esas categorías colindantes, consciente de que algunos lectores habrían preferido un mayor involucramiento con ellas, mientras que otros habrían preferido una lista de tópicos más restringida.
3. Al tratar de teóricos (p. ej. Immanuel Kant) o temas (p. ej. la acción afirmativa) cuyo ámbito primario e importancia está, en sentido estricto, fuera de la teoría del derecho, la discusión dentro del texto correspondiente se referirá principalmente a la relevancia de esa persona o ese tópico para la teoría jurídica.

Segundo, este trabajo no pretende ser, de suyo, original. Su propósito fundamental es presentar el uso convencional de términos propios de un campo de una manera accesible para las personas ajenas a ese campo. No obstante, la objetividad absoluta es probablemente indeseable, aun si ésta fuera asequible (lo cual probablemente no lo sea). El texto refleja inevitablemente mi juicio y, con frecuencia, de un modo que no oculta el hecho de que estoy ofreciendo una valoración editorial. Otra consecuencia de este intento por representar la manera en que comúnmente se entienden ciertas ideas y palabras es que mientras todas las entradas son de mi autoría, es posible, quizá incluso probable (cuando no inevitable), que las frases particulares o modos de caracterizar las ideas puedan reiterar

las que aparecen en otros textos. Allí donde un modo peculiar de expresar las cosas sea, hasta donde yo sepa, distintiva de cierto autor, he procurado establecerlo plenamente en el texto.

Tercero, la mayoría de las referencias a la práctica del derecho corresponderán, inevitablemente, a las que se realizan en Estados Unidos e Inglaterra. Sin embargo, muchas de las discusiones alcanzan un ámbito mayor, abarcando prácticas de otros países de *Common Law* y, ocasionalmente, países con sistemas jurídicos de tradición romano-germánica. De igual manera, gran parte de las discusiones académicas están fundadas, inevitablemente, sobre el trabajo que ha sido escrito en inglés o que ha sido traducido al inglés.

Estoy en deuda especialmente con Matthew D. Adler, Sean Coyle, William A. Edmundson, Daniel A. Farber, John Louth, David McGowan, Steven D. Smith, Brian Z. Tamanaha y con dos lectores anónimos que leyeron y comentaron borradores enteros de este trabajo; también estoy agradecido por los comentarios y sugerencias de Martin Golding, Michael Steven Green, Oren Gross, Sarah Holtman, Vladimir Kuznetsov, Stephen R. Latham, Nancy Levit, Miranda O. McGowan, Lukas H. Meyer, Thomas H. Morawetz y Girardeau A. Spann; por último, deseo agradecer a Christopher Hurd, Galen Lemei, Jasleen Modi y Erin Steitz por su inigualable ayuda en la investigación.

B. H. B.

Minneapolis, noviembre de 2003



PREFACIO A LA EDICIÓN EN ESPAÑOL

El *Diccionario de teoría jurídica* fue publicado originalmente por la Oxford University Press en 2004. Fue el producto de muchos años de trabajo, y aunque fui su único autor, en él se incluye las observaciones y sugerencias de muchos amigos y colegas que comentaron el manuscrito previo a la publicación.

El propósito del *Diccionario* fue ofrecer una guía para abordar las ideas más importantes de la teoría jurídica de lengua inglesa, a fin de ayudar a quienes se inician en el estudio de la teoría del derecho a comprender su terminología, así como de contribuir a que los académicos de diversas áreas dentro de la teoría jurídica comprendan el vocabulario de sus colegas.

El *Diccionario* entiende “teoría jurídica” ampliamente, en el sentido de que abarca temas y enfoques tan distantes unos de otros como las teorías políticas de la justicia, el análisis económico del derecho, la corriente del “derecho y literatura”, el análisis crítico del derecho, la teoría feminista del derecho, la teoría del derecho natural y la jurisprudencia analítica. A menudo, los teóricos pertenecientes a cada una de estas diferentes tradiciones o enfoques no se comprenden entre sí, de modo que esta obra pretende ser una especie de “manual de traducción” para todos ellos.

Las entradas de este *Diccionario* varían en extensión, lo cual refleja una mayor importancia o complejidad de algunos temas. En el caso de las voces más extensas, la idea era ofrecer explicaciones básicas al comienzo, para quienes sólo necesitan una comprensión general del tópico en cuestión, y después abundar con mayor detalle y complejidad para ayudar a aquellos lectores que quieran saber más. El libro siguió el principio de no

XXXII Prefacio a la edición en español

incluir entradas para los teóricos que aún seguían vivos al momento de la redacción (aunque las principales ideas de esos autores podrían seguir siendo exploradas si éstas eran lo suficientemente relevantes como para contar con su propia entrada).

Inevitablemente, los temas que son importantes, bien conocidos o polémicos para la teoría jurídica de lengua inglesa serán distintos de la lista de temas correspondiente a la teoría jurídica de lengua española (o alemana, italiana, etcétera). Así, los lectores de esta traducción encontrarán temas que son nuevos y misteriosos para ellos; y quizá otros temas que les son familiares no serán cubiertos por este *Diccionario* en ningún modo. Con todo, espero que este libro alcance a ser una guía útil para leer los trabajos (en traducción o en inglés) de los teóricos del derecho de habla inglesa.

Estoy profundamente agradecido por los esfuerzos de Enrique Rodríguez Trujano y Pedro Villarreal Lizárraga, quienes son los responsables de hacer que este texto esté disponible en español, así como con el profesor Juan Vega Gómez, quien concertó la traducción y supervisó el trabajo. La organización y la traducción son trabajos indispensables aunque muy poco reconocidos, sin embargo todos estamos en deuda con quienes hacen este trabajo para beneficio de todos.

También agradezco a aquellos lectores a quienes este texto les sea de utilidad. La mayor recompensa para los autores es que eventualmente su trabajo sea valioso para otras personas (invito a los lectores que tengan sugerencias con respecto a cómo este texto podría ser mejorado a que me contacten —aunque me temo que sólo seré capaz de leer mensajes redactados en inglés—, debido a que existen planes para una edición revisada del *Diccionario* en el futuro; me encantaría escuchar de qué manera el texto podría ser mejorado para los académicos y estudiantes que lo usan).

B. H. B.

Diciembre de 2008

NOTA DE LOS TRADUCTORES

Al realizar la traducción de *A Dictionary of Legal Theory*, tratamos de respetar, en la medida de lo posible, la manera en que ciertos conceptos han sido traducidos dentro de la literatura iusfilosófica en español. Inevitablemente encontramos términos que no tienen un equivalente en español que capture todo el significado de su idioma original, en cuyo caso conservamos la denominación original y señalamos a pie de página las aclaraciones correspondientes. Sin embargo, considerando que la labor natural del traductor consiste en tomar decisiones, procuramos que esto no ocurriera más que excepcionalmente.

En el caso de los artículos u obras en inglés que aparecen referidos en el *Diccionario*, tomamos la decisión de traducir sus títulos al español si existiera previamente una versión en nuestro idioma, para lo cual consultamos el sistema bibliohemerográfico de la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM. En caso contrario, el título de la obra o artículo permaneció en su idioma original.

Este trabajo fue posible gracias a Juan Vega, quien propuso la traducción de este *Diccionario* y con quien discutimos regularmente los avances de la misma; a Susana Dávalos, por su inigualable ayuda en la precisión de términos económicos relacionados con la teoría jurídica; a Elvia Flores, por el apoyo y las facilidades recibidas en el proceso editorial; a Wendy Rocha, por sus puntuales observaciones en la revisión del texto definitivo y su posterior formación digital; y, por supuesto, a Brian Bix, que emprendió la difícil tarea de esclarecer el vocabulario de la teoría jurídica para fortuna de quienes la estudiamos. A todos ellos nuestro más sentido agradecimiento.

Ciudad Universitaria, febrero de 2009

A

acción afirmativa Es la política de favorecer a grupos históricamente oprimidos (p. ej. mujeres, miembros de grupos étnicos y raciales, o religiosos, minoritarios) en la admisión a escuelas, la obtención de plazas y ascensos en el sector público y privado, la concesión de contratos gubernamentales, etcétera (esta práctica también es conocida como “discriminación inversa” o “discriminación positiva”). Con frecuencia la acción afirmativa toma parte en las discusiones de la filosofía del derecho, ya sea en el contexto de las teorías de la justicia (¿cuál es la solución adecuada a las injusticias históricas?) o bien en el contexto de la teoría crítica (aunque entre los teóricos del feminismo jurídico y de la teoría crítica desde el punto de vista racial hay reacciones variadas y bastante sutiles en torno al lugar y al valor de esta práctica).

Algunos han sostenido que en los Estados Unidos la acción afirmativa practicada por el gobierno puede parecer especialmente justificada, ya que el gobierno fue el causante de una discriminación inicial, o bien especialmente problemática, debido a las restricciones constitucionales sobre las acciones de gobierno fundadas en motivos raciales.

Véase igualdad; merecimiento; teoría crítica desde el punto de vista racial

aceptación (de una regla) La idea de “aceptación” de una regla desempeña un papel esencial en la teoría del derecho de H. L. A. Hart (1907-1992) (elaborada principalmente en *El concepto de derecho* (1961)).

De acuerdo con Hart, una regla social se puede distinguir de un simple hábito por el hecho de que los individuos “aceptan” la regla como un criterio de conducta —esto es, como una base para justificar su propio comportamiento o para criticar el de los demás—.

Dentro de la teoría práctica de las reglas de Hart, la existencia de una regla equivalía a que ésta fuera aceptada por algunos como un criterio de conducta. Este punto de vista sobre las reglas ha sido cuestionado desde diversos flancos (p. ej. debido a que existen prácticas comúnmente aceptadas que son la base para criticar el comportamiento de los demás pero que no son consideradas como reglas; o el hecho de que existan reglas que no son o no están conectadas con prácticas comunes).

La idea de “aceptación” es clave dentro del sistema hartiano en otro respecto. Los criterios de Hart (en *El concepto de derecho*) para determinar la existencia de un sistema jurídico eran la obediencia al derecho por la mayor parte de la población, combinada con “la aceptación efectiva... como criterios públicos comunes de... conducta” de las reglas secundarias (la regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación) por parte de los oficiales del sistema. La aceptación de una regla jurídica, dentro del sistema hartiano, era algo más que el simple cumplimiento superficial de la regla, aunque algo menos que la creencia de que esa regla crea una obligación moral vinculante.

Neil MacCormick (1941-) ha sostenido que la aceptación de una regla podría ser entendida como cualquiera de las siguientes dos actitudes: (1) como una aceptación voluntaria, que incluye el deseo de que los otros actúen de acuerdo con el criterio, y (2) como una aceptación renuente a actuar de conformidad con la regla junto con el deseo de que sea aplicada generalmente —o al menos consistentemente—, pero más por la aceptación popular de la regla, o por el hecho de que los otros la hagan cumplir, que por la aprobación directa del criterio que ella establece.

Algunos autores han criticado a Hart por no concentrarse más en las *razones* para aceptar una regla, sosteniendo que hay cuestiones importantes relacionadas con la naturaleza normativa del derecho (o

con la manera correcta de construir una teoría de la naturaleza del derecho) que requieren de una distinción más cuidadosa entre los tipos de razones para la aceptación.

Véase ejemplo del asaltante; Hart, H. L. A.; positivismo jurídico; punto de vista interno; regla de reconocimiento; reglas, teoría práctica de las

adjudicación, teorías de la Son las teorías que se proponen describir, interpretar o prescribir la manera en que los jueces resuelven los casos. Algunas teorías se remiten o están basadas en un sistema jurídico particular, mientras otras se proponen elaborar proposiciones (analíticas, conceptuales o prescriptivas) válidas para *todo* sistema jurídico.

Las teorías de la adjudicación, como cualquier otro tipo de teoría relacionada con la acción social y las instituciones sociales, deben tomar en cuenta cuáles son los criterios para elaborar exitosamente su teoría: ¿acaso tratan de explicar meramente el comportamiento externo (p. ej. quién gana o pierde los casos), o deberían igualmente intentar explicar la perspectiva de los participantes (un enfoque hermenéutico o *Verstehen*)? Esta cuestión es importante para las teorías de la adjudicación porque muchas de ellas sostienen que las acciones de los jueces se pueden explicar por medio de las fuerzas políticas, sociales y económicas de las que el juzgador no parece estar completamente consciente.

Una buena parte de la teoría jurídica norteamericana centra su atención en las teorías de la adjudicación: p. ej. el ataque de los realistas jurídicos norteamericanos hacia el formalismo jurídico, la teoría interpretativa del derecho de Ronald Dworkin (que algunos críticos han caracterizado más como una teoría de la adjudicación que como una teoría de la naturaleza del derecho), así como las diversas teorías ofrecidas para justificar o reformar la revisión constitucional de la legislación.

Véase enfoque *Verstehen*; hermenéutica; realismo jurídico norteamericano; teoría constitucional; teoría interpretativa del derecho

aguijón semántico Nombre de un argumento ofrecido por Ronald Dworkin (1931-) en *El imperio de la justicia* (1986). Dworkin sostuvo que muchas de las teorías acerca de la naturaleza del derecho afirman o asumen que “todos los abogados siguen ciertos criterios lingüísticos al evaluar las proposiciones del derecho”, y que un enfoque fundado sobre ese punto de vista sería incapaz de explicar los desacuerdos teóricos o persistentes que surgen entre participantes igualmente competentes cuando interpretan el derecho.

Generalmente se asume que el argumento del aguijón semántico estuvo dirigido en contra de la teoría del derecho de H. L. A. Hart (1907-1992) y de las teorías jurídicas positivistas que habían derivado del trabajo de Hart. Sin embargo, Hart y muchos otros positivistas del derecho han negado que tal argumento se aplique a su trabajo, pues afirman que el retrato meramente semántico que ofrece Dworkin del positivismo jurídico es inexacto y poco caritativo. Hasta qué punto la posición de Hart (o la de algún otro positivista) descansa sobre una semántica criterialista es una cuestión que sigue siendo muy discutida.

Véase Hart, H. L. A.; positivismo jurídico; teoría interpretativa del derecho

ajuste Un concepto que, si bien no siempre está claramente definido, desempeña un papel central dentro del enfoque de Ronald Dworkin (1931-) hacia el derecho. De acuerdo con este enfoque, los jueces que deciden casos —al igual que los teóricos y otros actores jurídicos cuando tratan de determinar qué cuenta como derecho en determinado caso— han de considerar la “información” de las acciones pasadas de los oficiales (leyes, decisiones judiciales, disposiciones constitucionales, etcétera), y las teorías que podrían “explicar” aquellas acciones. Al comparar las posibles teorías, los jueces deberán considerar qué tan bien esas teorías se “ajustan” a la información, por un lado, y cuál es el valor moral de la teoría, por el otro.

Según este enfoque, el ajuste ha de ser balanceado frente al valor moral al juzgar cuál es la teoría correcta sobre el derecho. Qué tanto peso se debe dar al ajuste al realizar el balance es en sí misma una cuestión interpretativa, y la respuesta probablemente varía de un área a otra (p. ej. mayor en la actividad comercial, menor con las libertades civiles). Además, Dworkin en ocasiones se refiere a una “prueba mínima de ajuste” que una teoría tendría que satisfacer para ser aceptable (para ser auténticamente una interpretación de los materiales).

Véase teoría de la coherencia; teoría interpretativa del derecho

análisis conceptual El análisis conceptual busca la verdad de ciertos aspectos de nuestro mundo por medio del examen de la estructura lógica, o bien de los atributos necesarios y esenciales, de las ideas y categorías. Gran parte de la jurisprudencia analítica moderna pretende analizar conceptos (como se puede notar en algunos de los títulos más familiares del género, p. ej. *El concepto de derecho* (1961) de H. L. A. Hart, y *El concepto de sistema jurídico* (1970) de Joseph Raz), en particular los conceptos de “derecho” y “los derechos”.

Las proposiciones de carácter conceptual pueden ser contrastadas con proposiciones empíricas y causales, las cuales en principio se pueden comprobar a través de experimentos controlados, una observación cuidadosa o por medio del análisis de eventos pasados. La relación entre las proposiciones conceptuales sobre (p. ej.) la naturaleza del derecho o la naturaleza de los derechos y los datos empíricos es mucho más complicada.

En el ámbito filosófico, la inclinación hacia el naturalismo liderada por el trabajo de W. V. O. Quine (1908-2000) y otros, ha socavado el análisis conceptual dentro de sus principales corrientes. Muchos sostienen que ya no tiene sentido analizar los complicados significados de un término en lugar de investigar el mundo —p. ej., que “el concepto de conocimiento” debería ser investigado en relación con la manera en que las personas, de hecho, formulan creencias y actúan con base en ellas—. Algunos autores han argumentado que la filoso-

fia jurídica, de igual modo, debería abandonar el análisis conceptual, aunque éste sigue siendo central para la jurisprudencia analítica.

Véase jurisprudencia analítica; necesidad

análisis crítico del derecho (CLS) Crítica radical al derecho que, como movimiento, fue muy activo en los Estados Unidos de América desde principios de la década de 1970 hasta finales de la década de 1980 (con algunos seguidores o defensores en otros países). El análisis crítico del derecho (*Critical Legal Studies* [o *CLS* por sus siglas en inglés]) combinó posiciones políticas de izquierda con versiones radicalizadas de los argumentos ofrecidos anteriormente por el realismo jurídico norteamericano. Entre los temas del CLS figuraban la indeterminación radical del derecho, una crítica a la distinción público/privado y el argumento de que el derecho funciona para favorecer los intereses de los poderosos. La opinión de que el derecho estaba radicalmente indeterminado, y de que el razonamiento jurídico era sólo un subterfugio para el choque de diferentes grupos de interés o diferentes ideologías, era algunas veces sintetizado por el lema “derecho es política”.

Las presiones sobre el movimiento, y las tensiones que había al interior del mismo, condujeron a su ruptura o a su desvanecimiento. Muchas de las críticas desarrolladas por el análisis crítico del derecho fueron retomadas por otros enfoques críticos, tales como la teoría crítica desde el punto de vista racial, la teoría feminista del derecho y la teoría posmoderna del derecho, mientras que un número de teóricos prominentes del CLS continuaron trabajando de la misma manera en que solían, a pesar de que ya no hubiera un grupo o movimiento que se autoidentificara con ese nombre.

Véase construcción social; contradicción fundamental; crítica destructiva; distinción público/privado; escepticismo; Gramsci, Antonio; Hale, Robert L.; ideología; indeterminación; jerarquía; legitimación; Marx, Karl; nihilismo; realismo jurídico norteamericano

análisis crítico desde el punto de vista latino Véase teoría crítica desde el punto de vista racial

análisis de clases naturales Idea perteneciente a la filosofía del lenguaje, desarrollada principalmente en los trabajos de Hilary Putnam (1926-) y Saúl Kripke (1940-). El argumento consiste en que el significado del término que denota a un objeto, en muchos casos, no está determinado por las creencias que tengamos sobre ese objeto, sino por la mejor teoría científica que explique su naturaleza. En ocasiones, esta idea se resume diciendo que “el significado no está en nuestra mente”; antes bien, el significado está determinado, en parte o enteramente, por el mundo. Para las clases naturales, por lo tanto, la extensión determina el significado, y no al revés. Este tipo de análisis resulta mucho más apropiado para objetos físicos, cuya existencia no depende de nosotros, que para objetos y categorías que son por completo invenciones humanas.

La importancia para la teoría del derecho es que algunos teóricos (p. ej. Michael Moore (1943-) y Nicos Stavropoulos) han intentado usar el análisis de clases naturales, o una variante de él, como un enfoque adecuado para analizar conceptos jurídicos o para interpretar conceptos no jurídicos cuando aparecen en textos legales. El enfoque de clases naturales ha sido también empleado como base para apoyar una mayor objetividad en el derecho. El argumento de estos teóricos es que los legisladores tienen —o deberíamos pensar que tienen— la intención de que sus referencias a conceptos jurídicos y morales (p. ej. “pena cruel e inusitada” o “dolo”) denoten una entidad o categoría objetiva nombrada por el término, en vez de referir las creencias (imperfectas) que los legisladores pudieran tener con respecto a esas categorías.

análisis económico del derecho Es la aplicación de las formas de análisis desarrolladas en economía —entendiendo “economía” en sentido amplio para abarcar la economía neoclásica, la teoría de la elección pública y la teoría de juegos— a diversas cuestiones de derecho. El análisis económico puede ser utilizado para predecir cuáles

son los efectos que tendrán las normas jurídicas, para defender reformas que favorezcan la creación de normas económicamente más “eficientes” y para predecir la manera en que las normas jurídicas se modificarán en el futuro. El análisis económico también ha sido utilizado como una *explicación* de las normas existentes, la cual describe en términos económicos por qué tales normas fueron elegidas (o desarrolladas) en lugar de otras alternativas.

Un pilar del análisis económico del derecho es el teorema de Coase, el cual muestra cómo en un mundo sin coste de transacción la distribución inicial de la titularidad de los derechos no afectaría la distribución eventual de derechos y actividades, ya que las partes intervendrían en negociaciones voluntarias hasta que los derechos terminaran en las manos de quienes los valoren más. En cierto sentido, el teorema de Coase mostró cómo el mercado superaría por lo general al derecho, haciendo que la titularidad de los derechos termine en manos de quienes están dispuestos a pagar más por ellos. El teorema de Coase también notó que este resultado no ocurriría si el coste de transacción fuera demasiado alto. Algunos teóricos han utilizado este aspecto del teorema de Coase para apoyar normas jurídicas y decisiones (p. ej. en casos de responsabilidad civil) que minimizarían el coste de transacción, por un lado, o que imitarían lo que el mercado habría hecho de no haber existido un coste de transacción relevante, por el otro.

El análisis económico del derecho, particularmente en sus primeras etapas de desarrollo, tenía también una dimensión “descriptiva” o “positiva”, de la cual algunos teóricos trataron de argumentar que la mayoría de las normas del *Common Law* eran eficientes (en términos distintos, que maximizaban la riqueza social). La eficiencia económica fue propuesta como la meta consciente o inconsciente de los jueces que desarrollaban las doctrinas del *Common Law* en diversas áreas del derecho privado. Pocos teóricos siguen defendiendo esta línea de argumentación: las tesis sobre si las doctrinas eran o no eficientes fueron altamente controvertidas, y nunca fue fácil explicar por qué o cómo los jueces del siglo XIX pudieron haber sido los agentes inconscientes de la maximización de la riqueza (lo que no implica negar que a ve-

ces los jueces decidían de manera consciente o inconsciente para intentar ayudar a los negocios y al capitalismo).

También en las primeras etapas del movimiento del análisis económico del derecho, algunos teóricos exigieron un fuerte papel normativo para la maximización de la riqueza, arguyendo que ese era el criterio apropiado de la justicia. Esta enérgica pretensión ha desaparecido prácticamente en la mayoría de las obras recientes. Actualmente, la perspectiva más común hacia la maximización de la riqueza (y su casi sinónimo, la eficiencia) es que ésta es, en el mejor de los casos, un valor entre muchos, o, en ocasiones, un medio útil para alcanzar otros valores y objetivos.

Los análisis sobre la maximización de la riqueza y la eficiencia están frecuentemente ligados con ciertas opiniones sobre el mercado: que las transacciones voluntarias generalmente incrementan el bienestar de los negociantes y generalmente funcionan para el bien común, al mismo tiempo que en ellas se respeta la autonomía de las partes. Por esta razón, reforzada aún por el argumento del teorema de Coase (líneas anteriores), los teóricos del análisis económico del derecho, al menos en los primeros años del movimiento, tendieron a apoyar una mínima regulación gubernamental de las transacciones (mercantiles).

La aplicación y las variaciones del modelo de “actor racional” —p. ej. la teoría de la elección pública, la teoría de juegos y la economía conductual— han encontrado también sus equivalentes en el ámbito de la teoría jurídica. La teoría de la elección pública considera que los resultados políticos y jurídicos son el producto de un tipo de mercado dentro del cual todos los participantes actúan en razón de su propio interés; los individuos y los grupos de interés buscan obtener ventajas indirectamente a través de la acción gubernamental, mientras que las autoridades están interesadas en su propio beneficio (generalmente, poder o influencias). Existe una tensión y una superposición entre una perspectiva de elección pública hacia la toma de decisiones en el *Common Law* y algunas perspectivas tradicionales del análisis económico del derecho sobre la toma de decisiones en el *Common Law*. Como se mencionó, algunos teóricos consideran que las de-

ciones judiciales tienden a optimizar la eficiencia de las leyes (a maximizar la riqueza). En contraste, los teóricos de la elección pública estarían más preocupados por subrayar cómo los intereses organizados pueden desviar las decisiones de resultados eficientes.

La teoría de juegos estudia la interacción estratégica de los individuos cuando sus acciones y elecciones dependen, al menos en parte, de lo que cada persona espera que hagan los demás. Los modelos de teoría de juegos son promisorios al analizar los problemas sociales —tanto para comprender por qué surge, o no surge, la cooperación en ausencia del derecho, como para determinar qué norma o criterio jurídico podría incrementar de mejor manera las posibilidades de alcanzar objetivos sociales—. Una ventaja de la teoría de juegos sobre el análisis económico tradicional es que resulta ser muy apropiada para discutir situaciones con información imperfecta o con un coste de transacción importante. Los comportamientos estratégicos que han sido analizados mediante la teoría de juegos van desde la negociación contractual (y la renegociación después de una violación o ante el cambio de circunstancias) hasta las negociaciones dentro del matrimonio y el criterio adecuado de responsabilidad civil para hacer que los individuos actúen con el debido cuidado.

El enfoque conductual del análisis económico del derecho modifica algunas de las asunciones del modelo de la “elección racional” a la luz de lo que ahora se sabe sobre la toma de decisiones reales. Se espera que un mejor modelo de toma de decisiones aportará predicciones más precisas. Algunos teóricos han sostenido que ciertas normas jurídicas aparentemente paternalistas se pueden explicar de mejor manera si reflejan o responden a estos elementos “irracionales” que aparecen en la mayoría de los procesos de toma de decisión de las personas. Sin embargo, persiste el problema de construir un modelo alternativo de toma de decisiones lo suficientemente simple como para proporcionar una cantidad y variedad de predicciones comparable con las ofrecidas por el modelo neoclásico de “elección racional”.

Véase análisis económico del derecho (enfoque conductual); aver-
sión al riesgo; coste de oportunidad; economía de bienestar;

economía neoclásica; eficiencia; eficiencia de Pareto; *ex ante* frente a *ex post*; falla de mercado; fórmula Hand; Levi, Edward H.; maximización de la riqueza; normas de responsabilidad; racionalidad; responsabilidad civil; Smith, Adam; teorema de Coase; teoría de la elección pública; utilitarismo

análisis económico del derecho (enfoque conductual) Variante o crítica relativamente reciente hacia el análisis económico del derecho. El enfoque conductual del análisis económico del derecho sostiene que aquella perspectiva o asunción de racionalidad sobre la cual descansa el pensamiento económico neoclásico (y el pensamiento tradicional del análisis económico del derecho) es empíricamente falsa. Con el modelo de “persona racional” se daba por hecho que los individuos miran sólo por su propio interés, poseen preferencias estables y bien ordenadas, y actúan de tal modo que obtengan el mayor beneficio neto según sus preferencias. Otros cuestionamientos similares hacia el pensamiento económico dominante se pueden encontrar bajo las denominaciones de “economía conductual”, “economía de coste de transacción” y “economía neoinstitucional”. Un teórico que impulsó este enfoque fue Herbert A. Simon (1916-2001), quien ganó el Premio Nobel de Economía en 1978, en parte por este planteamiento.

Los economistas (jurídico) conductuales apelan a pruebas que parecen demostrar que los individuos, con mucha frecuencia, actúan de manera altruista; que sus preferencias pueden ser intransitivas (pueden preferir A sobre B y B sobre C, pero C sobre A); que sistemáticamente sobrevaloran o subestiman las probabilidades de que ocurran diversos eventos, y también parecen otorgar mayor valor a los objetos una vez que los poseen de lo que harían de no poseerlos (el “efecto dotación”).

Los economistas clásicos han ofrecido varias respuestas a los economistas conductuales: p. ej., que los supuestos defectos del modelo del “hombre racional” han sido exagerados; que algunas de las consideraciones de los economistas conductuales pueden ser incorporadas dentro de los modelos económicos clásicos, y que los mercados pueden ser racionales aun si los individuos no lo son.

Véase análisis económico del derecho; racionalidad limitada; teoría de la elección racional

análisis Kaldor-Hicks Una forma de análisis que fue desarrollada en economía como una alternativa o complemento al análisis de Pareto. Bajo el análisis de Pareto, el cambio de un estado de cosas a otro es Pareto-superior si al menos una persona prefiere el segundo estado de cosas, mientras que cualquier otra persona sería como mínimo indiferente al cambio y nadie prefiriera el estado de cosas original. En el mundo real habría pocas acciones que dirijan a situaciones Pareto-superiores, ya que por lo general algunas personas van a ser perjudicadas a través de cualquier acción lo suficientemente relevante que haya sido tomada para favorecer a otras. El análisis Kaldor-Hicks (que debe su nombre a los economistas de Cambridge J. R. [John Richard] Hicks (1904-1989) y Nicholas Kaldor (1908-1986)) pretende diseñar un análisis que permita la comparación en situaciones donde algunos son favorecidos mientras otros son perjudicados, pero sin tener que hacer comparaciones interpersonales significativas (p. ej. que la ganancia de A *vale más* que la pérdida de B).

Una situación es “Kaldor-Hicks superior” cuando aquellos que han sido favorecidos *podrían* compensar totalmente a los que han sido perjudicados, sin que esta compensación les impida seguir mejorando su situación —esto es, en el caso de que pudiera realizarse una transferencia a los individuos afectados para crear una situación Pareto-superior (en donde algunos son favorecidos y nadie es perjudicado)—. La clave aquí es que la compensación *podría* realizarse, siendo el punto que esto, de hecho, no es el caso. Si en verdad se realizara la compensación regresaríamos al simple análisis de Pareto (lo cual explica por qué el “Kaldor-Hicks superior” es a veces denominado como “Pareto-superior en potencia”). Más bien, el análisis Kaldor-Hicks es una manera de afirmar que la situación X es *mejor que* la situación Y si se puede realizar una transferencia en la situación X que la convierta en Pareto-superior a Y. Sin embargo, persiste el hecho de que *sin* esa transferencia (lo cual, por definición, no ocurre en un análisis Kaldor-Hicks) algunos habrían ganado y otros habrían perdido, y que se

requeriría un análisis moral potencialmente cuestionable antes de concluir que las pérdidas de unos se justifican por las ganancias de otros.

Tibor Scitovsky (1910-2002) probó que, en algunas circunstancias, puede ser el caso que dos estados de cosas sean Kaldor-Hicks eficientes (superiores) entre sí (“A Note on Welfare Propositions in Economics”, *Review of Economic Studies* (1941)). Esto llegó a conocerse como la “paradoja de Scitovsky”.

Aunque el propósito de Kaldor-Hicks es encontrar un análisis tan incuestionable como el análisis de Pareto, en la práctica el Kaldor-Hicks tiende a reducirse a un tipo de maximización de la utilidad o la riqueza, con todos los polémicos sacrificios entre los individuos que acarrearán dichos análisis.

Véase eficiencia; eficiencia de Pareto; maximización de la riqueza; utilitarismo

análisis neokantiano El “neokantismo” fue un movimiento filosófico alemán de las últimas décadas del siglo XIX y primeras del siglo XX que se propuso aplicar las ideas de Immanuel Kant (1724-1804) a una amplia variedad de áreas. Este movimiento es importante para la teoría del derecho debido a que la Escuela neokantista de Marburgo, a través de escritores como Hermann Cohen (1842-1918), tuvo mucha influencia sobre el trabajo del positivista jurídico Hans Kelsen (1881-1973). Al igual que Cohen, Kelsen aplicó una versión del “argumento trascendental” (derivado de la teoría del conocimiento formulada en la *Crítica de la razón pura* (1781) de Kant): tomar la experiencia como un conjunto de datos que requieren ser explicados y trabajar en retrospectiva hacia algún principio o categoría fundamental. Mientras que para Cohen el objetivo era dar cuenta de la ética (y el resultado un tipo de socialismo kantiano), para Kelsen el conjunto de datos que requería ser explicado era nuestra experiencia normativa del derecho. Kelsen plantea su conexión con el pensamiento kantiano y neokantiano como sigue (*Teoría pura del derecho* (1960)): “Kant pregunta: «¿Cómo es que, sin apelar a la metafísica, los hechos percibidos por nuestros sentidos pueden ser interpretados en las leyes de la

naturaleza del modo en que éstas son formuladas por la ciencia natural?» En el mismo sentido, [mi] *Teoría pura del derecho* pregunta: «¿Cómo es que, sin apelar a autoridades metajurídicas como Dios o la naturaleza, el sentido subjetivo de ciertos hechos materiales puede ser interpretado como un sistema de normas jurídicas objetivamente válidas que son descriptibles mediante proposiciones jurídicas?»».

Para Kelsen, el resultado es la “categoría” de la norma fundante (*Grundnorm*), de la que se dice presuponemos cuando consideramos el derecho normativamente.

Véase Kant, Immanuel; Kelsen, Hans; norma fundante; Radbruch, Gustav; teoría pura del derecho

antropología jurídica Es la aplicación de la antropología al derecho. La importancia de la antropología jurídica tiene su base, por un lado, en lo que estos estudios supuestamente han demostrado sobre la naturaleza y variedad de las formas de organización jurídicas (y casi-jurídicas); y, por el otro, en la reflexión acerca de la naturaleza del derecho que los antropólogos han presentado en sus trabajos como punto de partida preliminar e independiente de sus conclusiones ulteriores en ese campo. Algunos de los trabajos más conocidos, tales como *The Law of Primitive Man* (1954), de E. Adamson Hoebel, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje* (1926), de Bronislaw Malinowski, y *Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia* (1967), de Max Gluckman, mostraron las diferentes maneras en que diversas comunidades guiaban la conducta y resolvían las disputas (también hubo un destacado encuentro de la antropología jurídica con el realismo jurídico norteamericano cuando Karl Llewellyn y E. Adamson Hoebel escribieron conjuntamente *Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* (1941)). La antropología jurídica ha tendido a estudiar al derecho como una fuente del orden social. Los estudios antropológicos del derecho han impulsado investigaciones de tipo sociológicas: al definir “derecho” de una manera general se permite un análisis y una comparación más fructífera. Además, los estudios antropológicos han sido útiles tanto para apoyar como para refutar varios puntos de vista dentro de la es-

cuela de la “jurisprudencia histórica”, relativa a la conexión existente entre el desarrollo social, las normas y las instituciones jurídicas.

Véase derecho y sociedad; jurisprudencia histórica; jurisprudencia sociológica

argumento de la pendiente resbaladiza Una forma común de razonamiento dentro del derecho (y las aulas de clase), de acuerdo con la cual una posición debe rechazarse porque, aun cuando ella en particular pueda ser inobjetable, podría llevar a una posición objetable. El argumento de la pendiente resbaladiza normalmente funciona sobre la base de que si la posición X se acepta, definitivamente no habría manera de evitar la posición Y (o bien, en el caso de la aplicación de normas a hechos, si X se considera como un ejemplar del concepto o una aplicación de la norma, definitivamente no habría manera de descartar que Y también se incluya dentro de la categoría).

Aristóteles Filósofo griego (384-322 a. C.) que, junto con su maestro, Platón, es uno de los fundadores de la filosofía occidental. Si bien su influencia está presente (aunque muchas veces de modo indirecto) en toda teoría, la conexión con la teoría jurídica es más evidente en las siguientes áreas: (1) la justicia, donde el análisis aristotélico sobre la justicia correctiva y la justicia distributiva sigue ocupando un papel central, al igual que su distinción entre actuar estrictamente de acuerdo con normas (“justicia legal”) o de acuerdo con lo que podría exigir una “justicia verdadera” a través de la “equidad”; (2) teoría del derecho natural, donde muchas de sus ideas, retomadas por Agustín y posteriormente por Tomás de Aquino, en especial sobre la forma y la teleología, ayudaron a configurar esa tradición, y (3) el uso de la retórica en el derecho (al elaborar argumentos jurídicos persuasivos).

Véase equidad; justicia; justicia correctiva; justicia distributiva; teoría del derecho natural

Austin, J. L. John Langshaw Austin (1911-1960) fue un filósofo del lenguaje inglés que cuenta entre sus trabajos más importantes a *Senti-*

do y percepción (1962) y *Cómo hacer cosas con palabras* (1962). El trabajo de J. L. Austin relativo a la filosofía del “lenguaje ordinario”, la cual defiende la posibilidad de trazar distinciones de importancia analítica dentro de los materiales del uso lingüístico ordinario, tuvo gran influencia en la teoría del derecho de H. L. A. Hart (1907-1992). La teoría del derecho hartiana, en *El concepto de derecho* (1961), fue construida sobre las distinciones del lenguaje ordinario entre actuar por hábito y actuar de acuerdo con una regla, y entre “ser obligado” y “tener una obligación”.

En la filosofía del lenguaje también se conoce a Austin por su distinción entre enunciados “constatativos” y “performativos”, una teoría de los “actos de habla” que reconoce que algunas veces el lenguaje es *parte de la realización* (*performance*) y no solamente una descripción. Ciertos intentos por construir teorías del derecho con base en este planteamiento se pueden encontrar en algunos realistas jurídicos escandinavos y en los primeros escritos de H. L. A. Hart, aunque Hart abandonó en gran medida esta línea de análisis cuando elaboró sus trabajos más conocidos.

Véase Hart, H. L. A.; realismo jurídico escandinavo

Austin, John John Austin (1790-1859) fue un teórico del derecho y de la política inglés cuyo trabajo sirvió de base para el desarrollo del positivismo jurídico moderno, aunque en éste se hayan rechazado muchas de sus posiciones. Austin ejerció la abogacía en 1818, aunque tomó muy pocos casos, y renunció a la práctica del derecho en 1825. Poco tiempo después, Austin consiguió una posición en la primera Cátedra de Jurisprudencia en el recién inaugurado *University College London*. Para dar sus clases Austin se preparó estudiando en Bonn, y es posible encontrar a lo largo de todos sus escritos muestras de la influencia de las ideas jurídicas y políticas continentales que obtuvo en ese lugar. Las lecciones de su curso eventualmente fueron publicadas como *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) (un conjunto más completo de los apuntes de sus lecciones fueron publicadas, póstumamente, como una extensa compilación de dos volúmenes).

Si bien el trabajo de Austin tuvo gran influencia durante las décadas posteriores a su muerte, su impacto pareció disminuir sustancialmente al inicio del siglo XX. En buena medida, la popularidad contemporánea de Austin se debe a H. L. A. Hart, quien retomó la teoría de Austin como telón de fondo para explicar su propio y más matizado enfoque hacia la teoría del derecho.

Jurisprudencia analítica y positivismo jurídico

En los inicios de su vida académica Austin fue influido por las ideas de Jeremy Bentham (1748-1832), cuyo utilitarismo figura de manera evidente en el trabajo por el cual Austin es actualmente más conocido. Sin embargo, la lectura particular de Austin sobre el utilitarismo (que en cierto punto identifica la voluntad divina con los principios del utilitarismo) ha tenido poca trascendencia, aunque parece haber sido la parte de su trabajo que recibió la mayor atención en su tiempo.

La importancia de Austin para la teoría del derecho reside en otro lugar: su análisis del derecho fue novedoso en tres niveles diferentes de generalidad. Primero, probablemente Austin fue el primer autor que abordó la teoría del derecho analíticamente (en contraste con otros enfoques hacia el derecho basados más en la historia o en la sociología; o en contraste con aquellos argumentos accesorios sobre el derecho que dependían de teorías más generales sobre la moral y la política). Segundo, dentro de la jurisprudencia analítica Austin fue el primer exponente sistemático del “positivismo jurídico” —esto es, un enfoque hacia el estudio del derecho que se concentra en el punto de vista de que el derecho “como es” debe ser separado de cualquier argumento sobre el derecho “como debiera ser”—. Antes de Austin, gran parte del trabajo teórico más importante de esa época consideraba a la jurisprudencia como si fuera meramente una rama de la moral o de la teoría política que investiga cómo el Estado debería gobernar (y qué es lo que le da a los gobiernos legitimidad) y bajo qué circunstancias los ciudadanos tenían una obligación de obedecer el derecho. Austin, en particular, y el positivismo jurídico, en general,

ofrecieron una perspectiva bastante distinta hacia el derecho: lo consideraron como un objeto de estudio “científico” que no está dominado por la prescripción ni por la evaluación moral. Tercero, la versión austiniana del positivismo jurídico, una “teoría del derecho como mandato”, fue original, aunque existieran grandes semejanzas con los puntos de vista desarrollados por Jeremy Bentham, cuya teoría también podría ser denominada como una “teoría del mandato” (el trabajo de Austin tuvo más trascendencia en esta área que el de Bentham principalmente porque los escritos sobre filosofía del derecho de este último no aparecieron en una forma sistemática, ni siquiera en lo más mínimo, hasta mucho tiempo después de que la obra de Austin fuera publicada).

Los puntos de vista de Austin

Básicamente la propuesta de Austin consistía en averiguar qué se puede decir en general sobre todos los sistemas jurídicos. A menudo, el análisis de Austin es considerado como un paradigma o como una caricatura de la filosofía analítica, en tanto que sus discusiones están repletas de áridas distinciones y son escasas en argumentos. Los textos carecen mucho de un trabajo de justificación metateórica; y allí donde Austin sí articula su objetivo y su metodología, éstos son bastante tradicionales: Austin “se propone separar un sistema jurídico (tomado con la más amplia significación que se pueda dar propiamente a este término) en los elementos esenciales y necesarios que lo componen” (*The Province of Jurisprudence Determined*).

Con respecto a cuál es la naturaleza central del derecho, la propuesta de Austin es que las leyes (“propiamente así llamadas”) son mandatos de un soberano. Austin aclara el concepto de derecho positivo (esto es, el derecho creado por los hombres) analizando los conceptos que constituyen su definición y distinguiendo el derecho de otros conceptos que son semejantes: (1) los “mandatos” involucran un deseo explícito de que algo sea hecho, así como un “mal” que será impuesto si ese deseo no es cumplido. (2) Las normas son mandatos generales (que se aplican generalmente a clases de personas), en con-

traste con los mandatos específicos o individuales como “bébase vino el día de hoy” o “Juan Pérez debe beber vino”). (3) El derecho positivo se compone de los mandatos establecidos por un soberano (o sus agentes), en contraste con aquellos mandatos ordenados por otro tipo de legislador, como los mandatos generales de Dios o los mandatos generales de un patrón. (4) El “soberano” se define como una persona (o grupo de personas) que es obedecida habitualmente por la mayor parte de la población y que, a su vez, no obedece habitualmente a ninguna otra persona o institución (en la tierra) (la noción de “soberano” de Austin está relacionada con el soberano encontrado en teóricos anteriores (p. ej. Thomas Hobbes (1588-1679), aunque la de Austin es probablemente más precisa); Austin pensó que todas las sociedades políticas independientes tienen, por su naturaleza, un soberano. (5) El derecho positivo también debería contrastarse con “leyes por una analogía próxima” (lo que incluye la moral positiva, las leyes de honor, el derecho internacional, el derecho consuetudinario y el derecho constitucional) y con “leyes por una analogía remota” (p. ej. las leyes de la física).

En los criterios arriba planteados, Austin tuvo éxito en su tarea de delimitar el derecho y las normas jurídicas con respecto a la religión, la moral, la convención y la costumbre. No obstante, también quedaron excluidos de la “provincia de la jurisprudencia” el derecho consuetudinario (con excepción del caso en que el soberano hubiera adoptado, directa o indirectamente, tales costumbres como derecho), el derecho internacional público y partes del derecho constitucional (estas exclusiones harían que la teoría de Austin fuera problemática para la mayoría de los lectores modernos). Desde la perspectiva de Austin, el hecho de que algo sea o no “derecho” depende de cuáles personas hayan hecho qué: la cuestión se convierte entonces en una investigación empírica, que es principalmente un asunto de poder y no de moral. Austin no está argumentando que el derecho no debería ser moral, ni tampoco está suponiendo que raramente lo sea; tampoco está adoptando una posición nihilista o escéptica. Austin simplemente está señalando que mucho de lo que es derecho no es moral, y

que lo que hace ser derecho a algo no garantiza para nada su valor moral.

A diferencia de su maestro Bentham, Austin no tenía objeción alguna frente a la legislación judicial, a la cual llamó “altamente benéfica e incluso absolutamente necesaria”. Tampoco encontraba ninguna dificultad en incorporar la legislación judicial a su teoría del mandato: Austin caracterizó tal legislación, junto con el esporádico reconocimiento jurídico/judicial de las costumbres hecho por los jueces, como las “órdenes tácitas” del soberano, la afirmación que hace el soberano de aquellas “órdenes” a través de su consentimiento.

Críticas

Dado que muchos lectores se acercan a la teoría de Austin a través de las críticas formuladas por otros autores (notablemente, las de H. L. A. Hart), puede ser que la debilidad de la teoría sea más conocida que la teoría en sí misma: (1) en muchas sociedades es difícil identificar a un “soberano” en el sentido austiniano (una dificultad que el propio Austin experimentó cuando se vio en la necesidad de describir torpemente al “soberano” británico como la combinación del rey, la casa de los Lores y todos los electores de la casa de los Comunes). Además, el hecho de concentrarse en un “soberano” puede dificultar la explicación de la continuidad entre los sistemas jurídicos: un nuevo gobernante no llega al poder con el tipo de “hábito de obediencia” que Austin plantea como criterio para ser un soberano del sistema. Sin embargo, alguien podría defender que el soberano se entiende mejor como una metáfora constructiva: que el derecho debería ser considerado como si reflejara el punto de vista de una voluntad particular (una posición semejante, esto es, que el derecho debería ser interpretado como si derivara de una voluntad particular, puede ser encontrada en el trabajo de Ronald Dworkin (1931-)). (2) Un modelo de “mandatos” parece coincidir en muy pocos aspectos con el derecho (p. ej. en las normas que confieren poderes a las autoridades y a los ciudadanos —para celebrar testamentos, contratos y nombrar representantes—), mientras excluye otras materias (p. ej. el derecho in-

ternacional) que la mayoría de la gente no estaría dispuesta a descontar de la categoría de “derecho”. (3) En términos generales, parece más confusa que esclarecedora la propuesta de reducir todo derecho a un solo tipo. Por ejemplo, las normas que confieren poderes a las personas para hacer testamentos y contratos quizá puedan ser recaracterizadas como parte de una larga cadena de razonamientos para imponer eventualmente una sanción (Austin habló de “nulidad” en este contexto de la sanción) sobre aquellos que no cumplan con las disposiciones relevantes. Sin embargo, tal recaracterización pierde de vista el propósito básico de ese tipo de leyes: indiscutiblemente ellas tienen la finalidad de garantizar poder y autonomía, no de castigar la desobediencia. (4) Una teoría que describe el derecho meramente en términos de poder no es capaz de distinguir entre normas de terror y formas de gobierno suficientemente justas que son aceptadas como legítimas por sus propios ciudadanos.

Véase Bentham, Jeremy; Blackstone, William; derecho internacional; ejemplo del asaltante; Hart, H. L. A.; Hobbes Thomas; positivismo jurídico; teoría de la voluntad (de los derechos); teoría jurídica del mandato; teorías reduccionistas del derecho; utilitarismo

autoevidente Mientras muchos teóricos emplean este término en su significado coloquial de “obvio”, otros, incluyendo algunos teóricos del derecho natural (p. ej. John Finnis (1940-), y quizá Tomás de Aquino (1224-1274) también), emplean el término para referirse a una proposición correcta que es imposible derivar de creencias más básicas o axiomas. Para estos teóricos, la “autoevidencia” de una proposición *no* quiere decir que no exista la posibilidad de que alguna persona razonable pueda dudar de ella, sino simplemente que esta proposición no puede ser deducida de otra proposición (aunque podría ser apoyada en otros sentidos, p. ej. por la experiencia y la observación, o por argumentos dialécticos que desvirtúen las proposiciones contrarias).

autonomía Es el autogobierno o *la capacidad* de gobernarse a sí mismo.

El concepto de autonomía es esencial para muchas teorías políticas y morales, aunque su naturaleza y posibilidad siguen siendo altamente discutidas. Para algunos teóricos kantianos, por ejemplo, la autonomía solamente se muestra por medio de acciones fundadas en la razón; las acciones motivadas por el deseo no son consideradas autónomas. Por otra parte, algunos teóricos del feminismo y del comunitarismo critican la posibilidad o deseabilidad de la autonomía, dado que nuestras acciones nunca derivan totalmente de la propia voluntad, sino que están inevitablemente condicionadas por nuestra posición en la sociedad.

En la teoría del derecho, las discusiones sobre la autonomía surgen frecuentemente en el contexto de los debates acerca de la imposición de la moral a través de la legislación, donde aquellos que creen que la autonomía es un valor fundamental demandan que las acciones del Estado no restrinjan el rango de modos de vida disponibles a los ciudadanos.

Véase consentimiento; moral, fuerza normativa de la

autonomía del derecho La “autonomía del derecho” alude a un conjunto de tesis diversas aunque relacionadas: (1) que el razonamiento jurídico es diferente de otras formas de razonamiento; (2) que la toma de decisiones en el derecho es diferente de otro tipo de toma de decisiones; (3) que el razonamiento jurídico y la toma de decisiones son autosuficientes; no necesitan de la ayuda de otros enfoques ni podrían beneficiarse significativamente de ella, y (4) que el estudio del derecho versa, o debería versar, particularmente sobre temas de derecho (lo que frecuentemente se denomina como “doctrina jurídica”) y no sobre otros temas.

Una tesis sobre la autonomía del derecho podría ser entendida de tres diferentes maneras: descriptiva, analítica y prescriptivamente. Descriptivamente, la cuestión es qué nivel de autonomía es asumido o fomentado por las prácticas habituales dentro de un sistema jurídico particular. La forma del razonamiento judicial y el enfoque hacia la

enseñanza del derecho, dentro de una comunidad, pueden ser más o menos autónomas. La tendencia general tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos de América, lo mismo en el razonamiento jurídico que en la enseñanza del derecho, ha sido de *distanciamiento* hacia la autonomía del derecho, optando por un enfoque más interdisciplinario. Analíticamente, la cuestión es si el derecho, por su naturaleza, *es o no es* autónomo *necesariamente*. Para defender una tesis analítica, uno habría de investigar las maneras en que el razonamiento jurídico es supuestamente autónomo y ver si tal tesis resiste un escrutinio minucioso. Prescriptivamente, uno puede argumentar que las prácticas habituales deberían (o no deberían) ser modificadas para asegurar una mayor o menor dependencia de otras disciplinas, ya sea en la toma de decisiones jurídicas o bien en la enseñanza del derecho (el deseo de un uso más extendido hacia otras disciplinas puede estar conectado, aunque no necesariamente, con un argumento sobre la no-autonomía del razonamiento jurídico y el valor (limitado) del estudio tradicional del derecho. Uno podría argumentar que aunque el análisis doctrinal del derecho *no requiere* de ningún complemento, podría, sin embargo, mejorarse a través de las ideas de otras disciplinas).

Evidentemente existen conexiones entre la tesis analítica y las tesis descriptiva y prescriptiva relativas a la autonomía. Si uno cree que el razonamiento jurídico *tiene que ser* autónomo, o bien que *no puede serlo*, esto condiciona en efecto lo que uno podría razonablemente prescribir para la práctica, y también tiene que afectar la descripción de la práctica (p. ej., es posible, como sostuvieron algunos realistas jurídicos norteamericanos, que los jueces piensen que sus decisiones son autónomas cuando, según la posición analítica de los realistas, ese no puede ser el caso; de modo que los jueces deben estar tratando de engañar a los demás o, cuando menos, deben estar engañándose a sí mismos involuntariamente).

Si bien se puede argumentar que la profesión jurídica parece depender de un lenguaje y de una manera de pensar enteramente ajena al sentido común y al lenguaje común, éste es sólo el aspecto de un extremo de la práctica. En el otro extremo, aquellos que niegan que el razonamiento jurídico sea especial en modo alguno, no afirman ne-

cesariamente que sea inútil contar con expertos y con una rama de especialización en el derecho. Ya que incluso si no existiera una forma especial de razonamiento jurídico, las decisiones acerca de lo que el derecho exige requerirían de un conocimiento de las fuentes del derecho, un conjunto de normas y principios que (en la mayoría de las sociedades) son extensas y separadas de los principios y las reglas de otros sistemas normativos (p. ej. la moral convencional o la religión).

Si se ha de elaborar un argumento para defender un enfoque característicamente jurídico hacia la toma de decisiones (separado de formas no-jurídicas de toma de decisiones, pero similares con las formas de sistemas jurídicos vecinos), éste probablemente sería uno que enfatizara ciertos aspectos de (la mayoría de) los sistemas legales: la toma de decisiones institucionales, una jerarquía de las personas que toman las decisiones y un esfuerzo por sistematizar las normas. Y en vista de que el derecho pretende ser una guía práctica para la acción, existe una presión en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas hacia la consistencia, coherencia, estabilidad, predictibilidad y finalidad. Aquellas presiones algunas veces están en tensión con el deseo de que el resultado sea justo y equitativo (refiriéndonos aquí con “justicia” a aquellos aspectos de la justicia que van más allá de “seguir las normas establecidas” —que van más allá de cumplir con expectativas razonables y tener una confianza razonable—). Estas presiones tienden a combinarse en las normas del precedente, y en la interpretación legal y constitucional. Aunque tales normas tienden a variar de un sistema jurídico a otro, se pueden encontrar coincidencias aproximadas, e igualmente la forma de razonamiento puede ser contrastada con otras prácticas e instituciones sociales que no se rigen bajo las mismas presiones y restricciones.

Se podría alcanzar una conclusión semejante mediante otro punto de vista: lo que es característico del razonamiento jurídico y de la toma de decisiones es que ellas son primariamente, aunque no exclusivamente, una orientación a través de normas. El carácter peculiarmente normativo de las normas (y las promesas y los acuerdos) es que cuando existe una razón que es dirigida por y a través de normas, uno tiene una razón para hacer lo que esas normas establecen, independien-

temente de su contenido (aunque ésta es solamente una conclusión presuntiva que bien puede ser refutada si existen razones contrarias de suficiente peso —así, uno puede tener razones para desobedecer una norma injusta, del mismo modo en que uno puede tener razones para no cumplir una promesa que implica hacer un mal—). En tales situaciones, como en la actividad judicial propia del *Common Law*, donde el aplicador de la norma también tiene el poder de modificarla, las tensiones entre seguir la norma previamente sancionada, incluso cuando ésta no sea óptima, y promulgar una norma óptima, desembocan en una estructura y en un estilo de análisis y de argumentación característicos (aunque otras instituciones dirigidas a través de normas puedan tener formas de argumentación y decisión similares).

Véase autopoiesis; formalismo; realismo jurídico norteamericano

autopoiesis Un enfoque hacia el derecho desarrollado por Niklas Luhmann (1927-1998), Gunther Teubner (1944-) y otros, bajo el cual los sistemas sociales, incluyendo el derecho, son considerados como autónomos (relativamente). La autopoiesis es la idea de que muchos sistemas (tanto biológicos como sociales) tienen una retroalimentación significativa o mecanismos recursivos que permiten la autorregulación del sistema. El “derecho autopoietico” parte de la noción de que los sistemas jurídicos son con frecuencia significativamente autorreguladores, autofortalecedores y autosustentables. El derecho es creado, transformado y justificado de acuerdo con sus propias reglas; el derecho autopoietico examina lo que se sigue de este hecho. Es importante notar que, al menos en la versión de Luhmann de la autopoiesis, “derecho” y “sistema jurídico” se refieren principalmente al “discurso” del derecho, y no a algún conjunto de instituciones. En particular, Luhmann se concentra en la creación del significado —en el caso del derecho, la manera en que las cosas son definidas como “lícitas” o “ilícitas”—. La tesis no es que el derecho sea “autónomo” en el sentido de no ser afectado por fuerzas externas (p. ej. movimientos políticos y cambios culturales); el derecho autopoietico acepta que tales fuerzas afectan al derecho, aunque los efectos son transformados en

términos jurídicos (que distinguen lo que es “lícito” y lo que es “ilícito”) mediante los procesos jurídicos ordinarios. Bajo esta perspectiva, existe un sentido, no siempre bien delineado, en el cual el derecho “actúa”, “piensa” o se desarrolla “por sí mismo”.

Véase autonomía del derecho; Luhmann, Niklas

autoridad El término tiene una variedad de significados relacionados dentro de la teoría del derecho y la teoría política. En primer lugar, se dice que una persona o institución “tiene autoridad” sobre otras personas, en ciertas situaciones, para obligarlas al cumplimiento de mandatos o normas promulgadas. En segundo lugar, alguien “es una autoridad” sobre algún tema si su pericia lo convierte en una fuente confiable de información sobre ese tema. Tercero, una persona puede tener autoridad para hacer algo, de manera derivada, si el sistema moral o jurídico concede a esa persona el permiso o el poder para hacerlo. El primer y segundo sentidos de autoridad usualmente se diferencian bajo los términos de autoridades “prácticas” (poder) y autoridades “teóricas” (pericia) —razones para la acción en oposición a las razones para la creencia—. El tercer sentido de autoridad usualmente se relaciona con lo que cabe bajo el título de los derechos (como en “X tiene el derecho/autoridad para hacer A”).

Los teóricos casi siempre distinguen la autoridad *de facto* y la autoridad *de jure*, en tanto que la primera se refiere al poder o influencia real, y la última, a la justificación jurídica o moral de tal poder o influencia.

Robert Paul Wolff planteó una famosa paradoja en su *In Defense of Anarchy* (1970) relacionada con la cuestión de cómo una autoridad práctica podría legitimarse: si la autoridad implica deferencia a otros, ¿cómo puede ser moralmente correcto, o consistente con la autonomía, obedecer a alguien más, *independientemente* de si uno cree que la otra persona está en lo correcto o equivocada? Hacer algo sólo porque se nos ha dicho (u ordenado) hacerlo podría considerarse como una renuncia a ejercer el derecho y la obligación de decidir por uno mismo, y con base en todas las razones relevantes, lo que ha de ha-

cerse. Varias respuestas se han ofrecido al reto de Wolff. Una de ellas, basada en el trabajo de Joseph Raz (1939-) (*The Morality of Freedom* (1986)), es que existen ocasiones en las cuales sabemos que es más probable que hagamos lo correcto (esto es, que “probablemente cumpliremos mejor con las razones que nos son aplicables”) si seguimos las directivas de alguien más, que si decidimos por nosotros mismos. Esto puede ser así porque sabemos de otras personas que son expertas sobre el tema, porque sabemos que nuestro juicio es provisionalmente menos óptimo (p. ej. porque estamos predispuestos, fatigados o intoxicados) o porque la otra persona es una fuente sobresaliente para la coordinación en alguna materia sobre la cual la coordinación es necesaria para alcanzar un bien social importante.

Hay varios tipos de teorías iusfilosóficas que dirigen su atención sobre el supuesto papel de la autoridad en el derecho. Por ejemplo: (1) algunos teóricos discuten cuál es el papel de la autoridad en la manera en que los tribunales deberían interpretar las leyes (p. ej. como “agentes fidedignos” que tratan de determinar las intenciones del Parlamento, ya que, según este argumento, las disposiciones autoritativas del Parlamento, aun cuando no sean enteramente claras, deberían gozar de primacía), y (2) el argumento de Joseph Raz, basado en autoridad, sobre el “positivismo jurídico excluyente”. El argumento de Raz, en breve, es que el derecho, por su naturaleza, pretende ser una legítima autoridad práctica para sus ciudadanos. Sin embargo, para ser una autoridad, sostiene Raz, las normas jurídicas deben ser capaces de guiar la conducta sin que el agente necesite evaluar las razones que subyacen a favor y en contra de una acción. Así, concluye Raz, la validez y el contenido del derecho debe ser determinable sin recurrir a la evaluación moral (la posición básica del positivismo jurídico excluyente).

Véase derecho; interpretación; positivismo jurídico

aversión al riesgo Es frecuentemente importante, en el contexto del análisis económico de la conducta y de las elecciones, considerar las actitudes de los actores hacia el riesgo. Los actores indiferentes al ries-

go son “neutrales al riesgo”; aquellos atraídos al riesgo son “propensos al riesgo”, y aquellos a quienes les desagrada el riesgo son “aversos al riesgo”. Una persona neutral al riesgo sería indiferente ante la certeza de recibir \$100 y un 50 por ciento de probabilidad de recibir \$200; una persona aversa al riesgo podría preferir la certeza de tener \$90 sobre el 50 por ciento de probabilidad de obtener \$200; mientras que una persona propensa al riesgo podría, a la inversa, optar por un 50 por ciento de probabilidad de obtener \$200 por encima de, incluso, un pago asegurado de \$120.

Como han señalado algunos autores, podría ser más preciso decir que este tipo de elecciones reflejan las diversas preferencias por los resultados, en lugar de las preferencias por los riesgos. Por ejemplo, la persona que escoge los \$90 seguros en vez de la mitad de probabilidad de obtener \$200 podría en otras circunstancias ceder a la emoción de apostar, pero en esta ocasión tener una necesidad desesperada de dinero para comer. Para decirlo de otro modo, la persona que decididamente prefería el *statu quo* a una apuesta de 50/50 de perder o ganar \$100 podría simplemente tener “un rechazo a una utilidad mínima” en su ingreso: el placer que esta persona obtendría al ganar \$100 adicionales es mucho menor al dolor que sentiría por la pérdida de \$100 —y así el 50 por ciento de probabilidad de que suceda lo primero no compensa el 50 por ciento de probabilidad de que suceda lo segundo—.

Véase análisis económico del derecho; posición original; principio maximin

B

base y superestructura Un concepto de la teoría marxista que sugiere la idea de que la estructura económica de una sociedad es fundamental y determina todos los otros aspectos de esa comunidad. Así, la teoría marxista trata a la política, la moral y la religión —el núcleo de estudio convencional de los sociólogos e historiadores— como una mera “superestructura” que refleja las relaciones económicas y las formas de producción subyacentes. Generalmente, las teorías del derecho marxistas consideran al derecho como si no fuera más que el reflejo de la base económica subyacente (pocos teóricos marxistas consideran al derecho, o algunos aspectos del derecho, como parte de la base económica). Algunos teóricos modernos neomarxistas han sostenido, siguiendo el trabajo de Antonio Gramsci (1891-1937), que el derecho es relativamente autónomo con respecto a la base económica de la comunidad, aunque sirve *indirectamente* a los intereses de los poderosos al legitimar instituciones injustas, y al dotar a las acciones del gobierno y a las estructuras sociales de la apariencia de neutralidad.

Véase Gramsci, Antonio; Marx, Karl; teorías marxistas del derecho

Beccaria, César Bonesana Teórico milanés (1738-1794) cuyo trabajo se despliega desde la política monetaria hasta la epistemología; su obra más importante fue *De los delitos y las penas* (1764), en la cual defiende un enfoque sobre las penas más racional e ilustrado. Beccaria emplea un punto de vista posteriormente denominado como “utilita-

rismo” (la frase de Beccaria “la mayor felicidad distribuida entre el mayor número” parecería ser una inspiración para el lema utilitarista mejor conocido de Jeremy Bentham (1748-1832) “el mayor bien para el mayor número”). Al igual que muchos teóricos recientes, Beccaria combinó elementos retributivos y consecuencialistas en sus análisis: que sólo se debería castigar los delitos culpables, que las penas deberían ser proporcionales al daño causado y que las penas excesivas o crueles (incluyendo la tortura) no deberían ser usadas.

Véase Bentham, Jeremy; castigo; utilitarismo

Bentham, Jeremy Teórico inglés (1748-1832) del derecho y de la política, cuyo trabajo influyó a la filosofía del derecho de muy diversas maneras. Aunque quizá hoy sea mejor conocido como uno de los teóricos fundadores del utilitarismo, sus diversos escritos tuvieron un gran impacto sobre temas tan diversos como las leyes de usura, la reforma carcelaria y la codificación del derecho.

El utilitarismo de Bentham fue sintetizado en *Fragmento sobre el gobierno* (1776): “la mayor felicidad para el mayor número es la medida de lo correcto y lo incorrecto” (esta frase ha llegado a ser muy conocida, aunque en realidad se trata de una síntesis imprecisa, y en algún modo desorientadora, de su teoría). El enfoque de Bentham pretende reducir la moral y el análisis político a bases indiscutibles: que todos nosotros buscamos placer y evitar el dolor (con sentimientos positivos se considera que más es mejor que menos, y con sentimientos negativos, lo contrario). Bentham añade: “cada quien vale uno, nadie más de uno” (atribuida a Bentham por John Stuart Mill (1806-1873) en su obra *El utilitarismo* (1861)), una idea aparentemente obvia hoy en día, pero quizá considerada como radicalmente igualitarista en la época de Bentham. Para Bentham, y muchos de sus seguidores, hemos de guiar nuestras vidas de acuerdo con aquello que maximice la utilidad social, del mismo modo en que los legisladores deberían orientarse al crear y modificar las normas de una comunidad. Bentham empleó el utilitarismo, en primer lugar, como una herramienta básica de reforma legislativa (las leyes deberían ser sancionadas o reformadas para

maximizar el mayor bien para el mayor número); aunque también como una herramienta descriptiva o analítica para explicar el comportamiento de los otros (y predecir el efecto probable de usar castigos y recompensas en las acciones de gobierno).

Además de participar en el desarrollo del utilitarismo, el trabajo de Bentham desempeña un papel en muchos otros aspectos de la teoría jurídica: (1) Bentham, junto con John Austin (1790-1859), contribuyó a desarrollar el positivismo jurídico moderno (Bentham distinguió la jurisprudencia “expositiva” y la jurisprudencia “censoria”), aunque hay diferencias importantes entre las teorías de uno y otro, así como las hay entre positivistas jurídicos como H. L. A. Hart (1907-1992) y Hans Kelsen (1881-1973). (2) En particular, Bentham desarrolló, junto con Austin, las “teorías del derecho como mandato” (en las que se analizan las leyes esencialmente como expresiones de la voluntad del legislador —“mandatos del soberano”—). (3) Con base en sus consideraciones utilitaristas, Bentham defendió un enfoque sobre la pena diferente del modelo retributivo dominante de sus días. (4) Bentham fue un severo crítico de sir William Blackstone (1723-1780), en particular del elogio de Blackstone, en *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), sobre el razonamiento del *Common Law*; Bentham fue un crítico de la legislación judicial y un fuerte defensor de la codificación —un término que Bentham aparentemente acuñó—; Bentham comparó el *Common Law* conformado por los jueces con la manera en que la gente entrena a los perros —castigándolos, sin previo aviso, hasta después de que la acción fue hecha—. (5) Bentham fue uno de los primeros defensores de una teoría del interés de los derechos (identificando los derechos legales con el hecho de ser el presunto beneficiario del deber jurídico de otra persona), que permanece, junto con la teoría de la voluntad, como uno de los enfoques conceptuales más comunes hacia los derechos. (6) Bentham fue un crítico de la idea de los “derechos naturales” (lo que hoy podría ser denominado como “derechos humanos”), considerando la idea de derechos morales (esto es, derechos que no están fundados en una norma jurídica) como un “sin sentido” y el concepto de derechos naturales como un “disparate en zancos”. (7) Bentham, en sus pláticas y algunos de sus escritos, tomó una posición

que anticipa ciertas formas de pragmatismo, centrando su atención en investigaciones que se alejan de la teoría y se relacionan más con la cuestión “¿acaso funciona?”.

Mientras algunos autores consideran a Bentham como un pensador más hábil y sutil que Austin, este último tuvo mayor influencia en el desarrollo del positivismo jurídico y en la jurisprudencia analítica en general. Esto se debe, principalmente, a que el texto de Bentham más centrado en la teoría del derecho, *Of Laws in General*, a pesar de que fue concluido en 1782, no fue publicado sino hasta el siglo XX.

Véase Austin, John; Blackstone, William; *Common Law*; Mill, John Stuart; teoría del derecho como mandato; teoría del interés (de los derechos); utilitarismo

Berlin, Isaiah Sir Isaiah Berlin (1909-1997) escribió extensamente en las áreas de teoría política, filosofía moral e historia de las ideas. Su relevancia para la filosofía del derecho se debe, principalmente, a su trabajo *Dos conceptos de libertad* (1959), el cual enfatiza las diferencias entre la libertad positiva y la libertad negativa. La libertad negativa es una “libertad con respecto a”, la libertad con respecto a la interferencia de los otros; en particular, la libertad con respecto a las limitaciones legales. La libertad positiva es una “libertad para”, en la medida en que uno puede elegir, por sí mismo, entre las oportunidades que uno tiene, incluyendo las que son proporcionadas por el derecho o la sociedad. Esta distinción sigue siendo bastante influyente, a pesar de las críticas que han planteado algunos autores (p. ej. Gerald C. MacCullum Jr.) en el sentido de que esta distinción es insostenible o inútil.

Véase libertad

Betti, Emilio Filósofo del derecho italiano (1890-1968) que fue una figura notable en los debates sobre hermenéutica e interpretación. Fue una de las primeras figuras importantes en el esfuerzo por aplicar la teoría hermenéutica al derecho y a menudo se le asocia con un enfoque intencionalista u originalista hacia la interpretación. Betti sostenía que el “significado cognitivo” de un texto (jurídico) debería dife-

renciarse de su “significado normativo” —cómo es que el texto guía la conducta o resuelve las disputas—. De igual modo, también sostuvo que el interés o la comprensión de un historiador del derecho sobre un texto diferirá del que corresponda a un juez. El enfoque hermenéutico de Betti difería claramente del enfoque planteado por Hans-Georg Gadamer (1900-2002) (el cual rechazaba considerar a un texto como predominantemente autónomo y cualquier distinción entre el significado intencional y el significado cultural) y cada uno ofreció críticas al enfoque del otro.

Véase Gadamer, Hans-Georg; hermenéutica

bienes básicos Dentro de la teoría del derecho natural de John Finnis (1940-), los “bienes básicos” se refieren a aquellas cosas deseadas por el bien que encierran en sí mismas y no como medios para lograr otros objetivos. En *Natural Law and Natural Rights* (1980) Finnis enlista siete: la vida, el conocimiento, la diversión, la experiencia estética, la sociabilidad (la amistad), la razonabilidad práctica y la “religión”. En el análisis de Finnis, ningún bien básico es más fundamental o más importante que otro.

Los bienes básicos desempeñan un papel fundamental en el sistema de pensamiento moral de Finnis. Buscar los bienes básicos como el objetivo último del individuo muestra que las acciones personales son inteligibles, aunque no necesariamente morales. En el análisis de Finnis, gran parte del trabajo de distinguir las elecciones morales de las inmorales deriva de un nivel superior, con “principios intermedios”, que determina los modos en que se permite escoger y mezclar bienes básicos.

Véase teoría del derecho natural

bienes públicos Término del análisis económico que se refiere a aquellos bienes cuyo consumo, realizado por una persona, no afecta al de los demás; y donde la exclusión de la demás gente del disfrute de esos bienes es costosa o imposible. Ejemplos de este tipo de bienes son el

aire limpio y la defensa nacional. Dado que para tales bienes es difícil distinguir a las personas que han pagado de las que no lo han hecho y dar el disfrute de ellos sólo a los primeros, estos bienes regularmente no pueden ser sujetos a los mecanismos del mercado y, por lo general, son proporcionados por el gobierno (el cual puede asegurar, a través de los impuestos, que todos paguen por los beneficios que reciben). El problema de la gente que se beneficia de un bien público sin contribuir con el pago para gozar de ese bien es un ejemplo paradigmático de un *polizón*.

La idea de “bienes públicos” se remonta, cuando menos, a David Hume (1711-1776) en su *Tratado de la naturaleza humana* (1739). Al determinar el nivel óptimo o apropiado de financiamiento público para los bienes públicos, el trabajo de Paul Anthony Samuelson (1915-), en particular “The Pure Theory of Public Expenditure” (*Review of Economics and Statistics* (1954)), ha sido fundamental.

Véase polizón

Blackstone, William Como figura influyente en la historia del derecho inglés, sir William Blackstone (1723-1780) fue, entre otras cosas, miembro del *All Souls College* de Oxford, profesor vineriano de Derecho inglés en Oxford, miembro del Parlamento, consultor jurídico de la reina y juez tanto en el fuero superior como en el fuero común. Los *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra* (1765-1769), basados en las conferencias que Blackstone había dado en Oxford, constituyeron un importante resumen y racionalización del derecho inglés al proporcionar una base histórica de diversas doctrinas y presentar al *Common Law* de una forma sistemática. La influencia de Blackstone se extendió más allá de Inglaterra. Por ejemplo, en los albores de los Estados Unidos de América, la enseñanza del derecho norteamericano solía concentrarse en una lectura detallada de los *Comentarios* y en la discusión crítica de dicha obra.

Los *Comentarios* fueron casi tan importantes como las críticas que suscitaron: desde Jeremy Bentham (1748-1832) (p. ej. en *Fragmento sobre el gobierno* (1776)), el cual sostuvo que el texto aceptaba demasiado

las leyes en vigor y que apoyaba demasiado la legislación judicial; hasta John Austin (1790-1859) (p. ej. en *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia* (1832)), el cual atacó la perspectiva iusnaturalista de los *Comentarios* (habiendo escrito Blackstone: “las leyes humanas no poseen validez alguna si son contrarias [a la ley natural]”). El ataque de Austin, que quizá no era enteramente justo (hay formas más caritativas de interpretar el texto de Blackstone que la elegida por Austin), se convirtió en un punto clave para la explicación de Austin de su enfoque positivista del derecho.

Véase Austin, John; Bentham, Jeremy; *Common Law*

Bodin, Jean Jean Bodin (1530-1596) fue un pensador francés que escribió extensamente sobre una gran variedad de temas, incluyendo el libre mercado, la filosofía de la historia, la religión comparada y la influencia del clima sobre la sociedad. Bodin es considerado por algunos como el primer politólogo francés —el primero que trató científicamente la política y el derecho público (p. ej. en el que muy probablemente es su mejor trabajo, *Los seis libros de la República* (1576))—. Es posible que en la teoría jurídica y política anglosajona Bodin sea más conocido por sus escritos sobre la soberanía. Al igual que Thomas Hobbes (1588-1679) (a quien Bodin influyó), los escritos de Bodin estuvieron marcados por su experiencia de la guerra civil; y lo mismo que Hobbes, Bodin defendió una monarquía fuerte —y es más, casi absoluta—. Bodin sostenía que la concentración del poder en una figura individual, o en un grupo, no sólo era el mejor camino para lograr la paz sino que era necesaria para tener un sistema jurídico y político coherente. El soberano de Bodin había de ser vigilado por las instituciones políticas erigidas alrededor del soberano. Bodin también afirmó que el soberano estaba sujeto al derecho natural, el cual podría delimitar significativamente qué políticas podría aplicar el soberano, aunque este deber de ajustarse al derecho natural solamente pudiera hacerse valer por Dios.

Véase Hobbes, Thomas; soberano

C

captura de renta Término utilizado en el análisis económico para describir acciones tomadas por individuos y grupos para alterar la política pública, a fin de obtener una ventaja o ganancia a costa de otros (dentro del análisis económico, las “rentas” son las ganancias que se obtienen de un recurso por encima de su valor en un mercado competitivo o por encima de su “coste de oportunidad”, cuando deberían ser equivalentes). Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando una compañía persuade al gobierno para crear un monopolio a su favor. Los monopolios crean ineficiencias en el mercado; el concepto de “captura de renta” apunta a que hay costos en la creación inicial de los monopolios. En general, existe un número de “ineficiencias” que pueden ser generadas por la intervención gubernamental (como los subsidios y las tarifas proteccionistas); sin embargo, la teoría económica pronostica ineficiencias adicionales en la medida en que diferentes entidades compiten por obtener los beneficios potenciales de la acción gubernamental (p. ej. diferentes corporaciones que particularmente pagan a los cabilderos \$800,000 para que intenten persuadir a los legisladores de modificar la ley de tal modo que pudiera beneficiar a una de ellas por \$1,000,000).

Probablemente, el término fue introducido por Ann O. Krueger, en “The Political Economy of the Rent-Seeking Society” (*American Economic Review* (1974)), aunque la idea básica pueda quizá localizarse también en anteriores obras económicas sobre la acción gubernamental.

Véase cuasirrenta; renta económica; teoría de la elección pública

Cardozo, Benjamin N. Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938) dejó huella en el derecho norteamericano tanto a través de sus opiniones reflexivas y hábilmente redactadas durante su gestión como juez, como por sus escritos relativos al proceso judicial. Aunque Cardozo fungió en el Supremo Tribunal del Estado de Nueva York, en la Corte de Apelaciones de Nueva York y en la Suprema Corte de los Estados Unidos, la mayoría de sus opiniones más conocidas provienen, paradójicamente, del Tribunal de Nueva York.

Probablemente el libro más importante de Cardozo es *La función judicial* (1921), en el cual presenta a la función judicial como una parte creativa del proceso para hacer que el derecho sirva a necesidades sociales. Aunque actualmente esta opinión pueda parecer un lugar común, ella se opuso a las consideraciones formalistas dominantes de aquella época, al mismo tiempo que era consistente con muchas de las ideas impulsadas por los realistas jurídicos norteamericanos. Irónicamente, muchas de las opiniones de Cardozo, incluyendo algunas de sus decisiones más célebres, se interpretan más como el trabajo de un formalista que como el de un realista jurídico, aunque esto sólo podría reflejar las creencias que tenía Cardozo sobre cómo deberían presentarse las decisiones.

Véase formalismo; realismo jurídico norteamericano

casos centrales Un enfoque hacia un problema recurrente en la teoría social: cómo construir una teoría descriptiva sobre prácticas o instituciones que varían sustantivamente en cada caso particular. En lugar de discutir lo que todos los casos particulares tienen en común (su común denominador más elemental), una perspectiva de casos centrales selecciona las características que podrían aparecer por completo sólo en los casos más desarrollados, maduros o sofisticados de la categoría. Así, una amistad de negocios es un ejemplo periférico de “amistad”, y por lo tanto no es la mejor perspectiva para estudiar la amistad. De modo similar, John Finnis (1940-) defiende un análisis de “caso cen-

tral” hacia el derecho (en *Natural Law and Natural Rights* (1980)) —prefiriendo concentrarse en un sistema jurídico más sofisticado que en un orden consuetudinario más simple; y en un sistema jurídico que sea lo suficientemente justo como para que sus obligaciones jurídicas presuman ser obligaciones morales, que en sistemas jurídicos perversos en donde ése no sería el caso—. Finnis bosqueja la idea de casos centrales basándose en el trabajo de Alfred Schutz (1899-1959), el concepto de “tipo ideal” de Max Weber (1864-1920) y la idea de Aristóteles del “significado central”.

Véase Weber, Max

casos difíciles Al interior de las discusiones relacionadas con la toma de decisión judicial y la cuestión de si existe siempre (o generalmente, o algunas veces, o nunca) una respuesta correcta a las disputas legales, muchos teóricos distinguen entre “casos difíciles” y “casos fáciles”. Los casos difíciles son aquellos en donde jueces o abogados igualmente razonables y competentes podrían arribar a conclusiones distintas sobre el resultado. En cierto sentido, la dificultad o facilidad de un caso podría ser considerada a partir de algunas variables: la cantidad de personas (igualmente competentes) que estaría de acuerdo con el resultado; la rapidez con la cual un juzgador determinado llega a una conclusión, y la seguridad o certeza con la cual se afirma dicha conclusión.

Una posición común, sustentada por H. L. A. Hart (1907-1992), entre muchos otros, considera que en los casos fáciles existe claramente una respuesta correcta mientras que en (muchos de) los casos difíciles puede no haberla, y que los jueces pueden tener discreción. Ronald Dworkin (1931-), el principal proponente de la perspectiva de que siempre hay (o casi siempre) una respuesta correcta a las disputas legales, en un principio aceptó la distinción común entre casos fáciles y difíciles, pero más tarde sostuvo que el proceso de toma de decisiones judiciales debería ser el mismo para ambos tipos de casos.

Véase tesis de la respuesta correcta; textura abierta

casos fáciles Véase casos difíciles

causa próxima Véase causalidad

causalidad Mientras la causalidad genera una serie de preguntas interesantes en la filosofía (p. ej. la crítica de David Hume (1711-1776) hacia el entendimiento convencional de la necesidad causal), su discusión dentro de la filosofía del derecho se relaciona normalmente con la manera en que dicho concepto ha sido reformulado por la doctrina jurídica, a fin de reflejar ideas e intuiciones relativas a la responsabilidad moral y a las políticas públicas.

En el derecho, al igual que en la filosofía moral, el tema de la “causalidad” está estrechamente ligado con la atribución de responsabilidad o culpa derivada de un incidente o suceso, aunque en un sentido más amplio o empírico de “causalidad” el incidente o suceso haya sido el producto de un número de acciones y circunstancias más extensas, y quizá infinitas.

El ejemplo más evidente de cómo la idea de causalidad ha sido modificada por su uso en un contexto jurídico es la distinción entre “causalidad de hecho” (también conocida como “causalidad *sine qua non*”: la aserción de que sin la acción en cuestión, el daño no habría ocurrido) y “causa próxima” (también conocida como la prueba de la “lejanía”, necesaria para la responsabilidad legal) en el derecho de responsabilidad civil anglosajón. La dificultad con la causalidad de hecho, en cuanto a la determinación de la responsabilidad civil o penal, estriba en que en muchos casos señalará demasiadas causas para un solo hecho. En un puñado de casos puede conducir a un resultado paradójico de “no responsabilidad” (p. ej. en donde dos causas —digamos, dos incendios— se combinan y causan un daño tal por su combinación que cada uno habría sido incapaz de causar por su propia cuenta). El problema de la responsabilidad al tener demasiadas causas, o causas que son demasiado lejanas, se supone que sería resuelto por el concepto de “causa próxima”, aunque los teóricos son inconsistentes en cuanto a sus esfuerzos por articular esa idea. Algunos autores conside-

ran a la decisión de lo que es (o no) una causa próxima simplemente como una decisión política (ligeramente disimulada), mientras que otros autores explican la doctrina en términos de la previsibilidad del daño.

Hay otras limitaciones legales sobre la responsabilidad, ligadas directa o indirectamente con la causalidad; p. ej. la manera en que diversos sistemas jurídicos son más proclives a denominar una acción como “la causa del daño” que a caracterizar a una omisión en el mismo sentido. Muchas de las complicaciones de la causalidad en el derecho fueron tomadas en cuenta en la obra de H. L. A. Hart y A. M. Honoré, *Causation in the Law* (1a. ed., 1958; 2a. ed., 1985).

Una teoría cardinal en el movimiento del análisis económico del derecho, el teorema de Coase, depende de lo que Coase llama “la reciprocidad de la causalidad” en los accidentes. Mientras que la responsabilidad civil asume que en muchos accidentes o percances, una parte claramente será la culpable (p. ej. “el tren *causó* el incendio en el sembradío aledaño” o “la contaminación proveniente de la fábrica *causó* la decoloración de la ropa en el vecindario”), Coase consideró que los accidentes o percances serían entendidos más adecuadamente como costos que derivan de la concurrencia de actividades: la causalidad es “recíproca” en el sentido de que (p. ej.) el incendio no habría ocurrido sin los trenes, pero tampoco si el granjero no hubiera sembrado tan cerca de las vías. Una vez que se evidencia que ambas partes ocasionaron el daño, Coase puede centrar su atención en cuanto a qué combinación de actividades (y qué combinación de derechos) conducirán al mejor beneficio social. Con una base similar, algunos teóricos del derecho de mentalidad economicista han sugerido que los derechos y la responsabilidad sean distribuidos bajo el principio de la distribución que tendría mejores consecuencias a largo plazo (p. ej. al fomentar niveles óptimos de prevención), en vez de cualquier sentido abstracto de “culpa” o “responsabilidad”.

Véase condiciones necesarias y suficientes; responsabilidad civil; teorema de Coase

Cicerón La importancia del orador romano Marco Tulio Cicerón (106-43 a. C.) para la filosofía del derecho es que en sus obras *La República* y *Las leyes* ofreció una de las primeras disertaciones acerca de la postura posteriormente conocida como teoría del derecho natural. Cicerón escribió: “la ley verdadera es la recta razón en armonía con la naturaleza; su aplicación es universal, inmutable y eterna” (*La República*). Es probable que estas consideraciones no hayan tenido su origen con Cicerón, sino que fueron adaptadas a partir de las ideas de los estoicos griegos.

Véase teoría del derecho natural

clase funcional Una categoría que es definida mediante una función compartida (en contraste con una estructura compartida). Algunos teóricos del derecho, p. ej. Michael Moore (1943-), han sugerido que el derecho podría ser pensado de mejor manera como una clase funcional.

coacción En muchos sistemas jurídicos, la evidencia de que una acción fue hecha bajo fuerte apremio o coacción puede excusar o disminuir la responsabilidad civil o penal por dicha acción. Por ejemplo, en el derecho inglés y norteamericano, una obligación contractual puede ser rescindida si el contrato fue suscrito bajo “coacción”. Mientras que el significado de la coacción fue alguna vez comprendido estrictamente como el uso de la amenaza o la fuerza física, en décadas recientes se ha expandido el término para incluir lo que se denomina “coacción económica” o “coacción de bienes”. Y si bien antes era fácil trazar una línea relativamente clara respecto de lo que constituía una coacción (física) en el sentido tradicional, la doctrina moderna requiere de una distinción, relativamente sutil y difícil de distinguir, entre la coacción (económica) y las formas aceptables de negociaciones injustas o de aprovecharse de una posición privilegiada en la negociación. De manera similar, cuando la coacción se dirige a una “decisión difícil”, pero no amenaza la vida ni el cuerpo, hablar de ella “como si se sobrepusiera a la libre voluntad” parece inexacto o infructuoso. Cuando

las consecuencias de no actuar de cierta manera se vuelven más onerosas, el sentido en el cual las acciones de uno son “voluntarias” o “consensuales” disminuye. Al mismo tiempo, muchos autores sostienen que hay buenas razones morales y de política para fincar responsabilidades penales o contractuales sobre las personas, incluso por decisiones y acciones que pueden no haber sido enteramente voluntarias.

El realista jurídico norteamericano Robert Hale (1884-1969) sostuvo que la coacción y la asimetría de poder eran un aspecto dominante en las transacciones mercantiles y laborales, aunque Hale no buscaba que este argumento sirviera como base para que la gente se negara a cumplir sus acuerdos, sino como base para un cambio en las directrices políticas gubernamentales a fin de igualar el poder de negociación.

Véase autonomía; consentimiento; Hale, Robert L.

coerción *Véase* coacción

Common Law Es una forma de toma de decisiones judiciales y de creación del derecho que predomina en Inglaterra y en un número importante de sus primeras colonias, incluyendo a los Estados Unidos de América, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, cuyo origen puede ser ubicado desde la invasión normanda de Inglaterra en 1066. En este amplio sentido del término, el “*Common Law*” es a menudo contrastado con el “derecho romano-germánico”, un enfoque hacia el derecho derivado del antiguo derecho romano, que depende más de la interpretación de códigos autoritativos y donde presuntamente las decisiones judiciales no son una fuente importante de derecho.

En los sistemas jurídicos del “*Common Law*”, éste se refiere algunas veces a cuestiones más específicas: (1) “*Common Law*” frente a “equidad” —donde esta última se refiere a criterios jurídicos inicialmente desarrollados por el Tribunal de Cancillería, los cuales tienden a ser menos precisos y más fundados en la justicia que en reglas bien definidas, establecidas por el sistema jurisdiccional en general—, y (2) “*Common Law*” frente a legislación —el cual contrasta el derecho establecido en los códigos con el derecho que crean los jueces, una distinción que era usada frecuentemente cuando el derecho de los códigos era

menos común de lo que es ahora, y que tendía solamente a modificar el derecho existente que había sido creado por los jueces—.

El razonamiento del *Common Law* y la toma de decisiones han generado muchas dificultades para las teorías del derecho, ya que existen problemas al caracterizar lo que los jueces están haciendo (p. ej. creando derecho o encontrándolo, y si están “encontrándolo”, ¿dónde está o estaba ese derecho que está siendo encontrado?). Históricamente, algunos autores concibieron al razonamiento del *Common Law* como una “costumbre inmemorial” (o como un “derecho preservado en la memoria del hombre”, John Davies (1615)) restablecida por los jueces, o como una “perfección artificial de la razón obtenida a través de un largo estudio, observación y experiencia” (sir Edward Coke (1628)). Este punto de vista del *Common Law* (o más generalmente del derecho) comienza a convergir con ciertas variaciones de la teoría del derecho natural, bajo las cuales los principios morales eternos, y quizá fundados en la divinidad, subyacen a los pronunciamientos jurídicos de los hombres.

Las caracterizaciones más modernas conciben al razonamiento del *Common Law* como una consideración (y reconsideración) gradual de problemas morales y prácticos a través de la aplicación de intuiciones morales a hechos completamente establecidos (y a los argumentos de abogados rivales en ambos sentidos).

El razonamiento del *Common Law* también ha sido concebido como el origen del problema del carácter retroactivo, real o percibido, de aplicar normas recién sancionadas (o recién descubiertas) en las disputas ante los tribunales. Jeremy Bentham (1748-1832) describió el derecho creado por los jueces como “justo al igual que un hombre crea leyes para su perro. Cuando tu perro hace algo que no quieres que haga, esperas a que lo haga de nuevo y entonces lo castigas. Esta es la manera en que tú haces leyes para tu perro: y esta es la manera en que los jueces crean leyes para ti y para mí” (“Truth versus Ashhurst” (1792)).

Véase Bentham, Jeremy; Blackstone, William; costumbre y derecho consuetudinario; Levi, Edward H.; precedente; razonamiento

analógico; *stare decisis*; teoría de la coherencia; teoría del derecho natural

competencia institucional Una frase relacionada con la escuela del proceso legal, y su texto primario, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* de Henry Hart y Albert Sacks (ed. tentativa, 1958). La idea básica de la “competencia institucional” es que el derecho (y, más generalmente, la sociedad) responde a diferentes problemas sociales a través de una variedad de instituciones y procedimientos (p. ej. la legislación, la acción de organismos administrativos, la adjudicación, la mediación, etcétera), los cuales tienen diferentes fortalezas y debilidades, y resultan apropiados para resolver diversos tipos de problemas. Por ejemplo, es probable que la adjudicación sea el mejor procedimiento cuando lo que se quiere es una decisión razonada o fundada en principios; sin embargo, quizá la legislación sería una mejor elección cuando se está más preocupado por la legitimidad democrática o por la amplia participación en la creación de normas.

Véase proceso legal

comportamiento estratégico Término comúnmente usado en el contexto de las negociaciones, y en el análisis económico o en la teoría de juegos cuando toman a la negociación como parte de su estudio, que se refiere (generalmente de forma peyorativa) a la actitud engañosa de las partes con respecto a sus preferencias e intenciones (incluyendo amenazas y falsas amenazas —“artimañas”—) a fin de ganar alguna ventaja en la negociación.

Algunas veces el término es usado sin ninguna fuerza peyorativa en particular, para referirse a cualquier “estrategia” que las personas hayan elegido para lidiar con las alternativas a las que se enfrentan.

Véase teoría de juegos

comunidad interpretativa Concepto introducido por el crítico literario estadounidense Stanley Fish (1938-), que forma parte de un en-

foque característico hacia la interpretación literaria o de textos. Una “comunidad interpretativa” es una comunidad de lectores o profesionales que determina colectivamente qué interpretaciones son aceptables. Fish rechazó la idea de que el significado de un texto esté “en” el texto y que el intérprete se encuentre completamente constreñido por las palabras que constituyen el documento. Al menos como una descripción de las prácticas reales de interpretación (p. ej. en la literatura y en el derecho), este punto de vista que sostiene la limitación total al texto es incapaz de explicar el hecho de los desacuerdos sustantivos en la interpretación. Sin embargo, el punto de vista opuesto, de que los intérpretes están en absoluta libertad de dar el significado que quieran, sería contrario al hecho de los acuerdos significativos. El punto intermedio de Fish consiste en decir que los intérpretes están constreñidos por el grupo al que pertenecen —un grupo que pudiera ser definido por su estilo de interpretación (p. ej. nueva crítica) o por su afiliación profesional (miembro de la Barra de un Estado o país particular)—. La idea consistía en que si las comunidades interpretativas desempeñan un papel clave para decidir cuáles interpretaciones son correctas y cuáles incorrectas, sería más sencillo explicar los fenómenos del acuerdo, el desacuerdo y el cambio en las prácticas de interpretación.

Véase interpretación

comunitarismo Son los estudios sobre la justicia, la moral y la organización social, que enfatizan la importancia que tiene la comunidad para la identidad personal, la realización de los individuos y el bien social. Los comunitaristas a menudo fijan su posición en contraste con lo que caracterizan como perspectivas demasiado individualistas sobre las personas, la ética y la justicia. El comunitarismo también tiende a enfatizar el valor (tanto para los individuos como para la sociedad) de la participación activa en la vida cívica y política.

Véase liberalismo

conceptualismo Término peyorativo comúnmente usado por los realistas jurídicos norteamericanos y sus seguidores para acusar a sus ad-

versarios de derivar indebidamente conclusiones de la sola naturaleza de conceptos abstractos (p. ej. “contrato” y “propiedad”). Por ejemplo, algunas veces se planteaba que los tribunales debían invalidar la zonificación urbana y otras regulaciones sobre uso de la tierra, ya que tales regulaciones eran contrarias a la naturaleza de “propiedad”. La acusación de “conceptualismo” frecuentemente se relaciona, o se identifica, con la acusación de “formalismo” (el “conceptualismo” no debería confundirse con el “análisis conceptual”: el análisis conceptual es un esfuerzo por determinar la naturaleza o esencia de algún objeto o práctica —con todo, esto se convertiría en “conceptualismo” si alguien afirmara que los problemas significativos del derecho o la política deberían basarse en el supuesto análisis de un término—).

Véase formalismo; realismo jurídico norteamericano

condiciones necesarias y suficientes En la lógica y la filosofía, “condiciones necesarias” y “condiciones suficientes” son términos básicos de análisis, con frecuencia descritos bajo el título de enunciados del tipo “si-entonces”. Si A es una condición necesaria para B, entonces B no puede ser el caso a menos que A sea el caso (p. ej. “una condición necesaria para que ese objeto sea mi sombrero, es que éste sea café”); en este caso, “si B, entonces A”. Si A es una condición suficiente para B, entonces si A es el caso, B también es el caso (p. ej. “es suficiente que el objeto tenga tres lados para que sea un triángulo”); “si A, entonces B”.

En ocasiones, las condiciones necesarias y suficientes describen diferentes aspectos de causalidad, donde, por ejemplo, la presunta “causa” de un accidente (p. ej. el descuido de un conductor) podría haber sido una condición necesaria, pero no una condición suficiente, para que el accidente ocurriera. En la doctrina, hay ciertas consecuencias (p. ej. la responsabilidad reducida) que podrían originarse de una causa que es sólo necesaria pero no suficiente.

El tema de las condiciones necesarias y suficientes también ha sido tratado por la teoría del derecho en general, particularmente en discusiones sobre si el “derecho” en sí mismo, o conceptos jurídicos parti-

culares, pueden ser analizados en términos de condiciones necesarias y suficientes. Algunos autores han sostenido que estos conceptos deben ser entendidos de manera diferente: p. ej. como términos “derrotables” o como conceptos de “parecidos de familia” o desde un enfoque basado en un paradigma.

Véase causalidad; derrotabilidad

consecuencialismo Son teorías morales bajo las cuales la valoración de acciones y decisiones depende de las consecuencias que éstas traigan consigo. La forma de consecuencialismo más conocida (un término aparentemente introducido por Elizabeth Anscombe (1919-2001)) es el utilitarismo, aunque uno podría rechazar el utilitarismo y aun así aceptar el consecuencialismo. La alternativa al consecuencialismo es la creencia de que las acciones y decisiones deberían basarse solamente en el valor moral de “las intenciones” o en el motivo que hay detrás de la acción, sin importar las consecuencias (“deontología”); o bien la postura de que la moral se puede entender mejor no a través de la evaluación de acciones individuales, sino a través del desarrollo del carácter de un individuo, en particular del desarrollo de ciertas virtudes (“teoría de la virtud”). El consecuencialismo, a su vez, tiene diversas variantes: algunas teorías se centran en las consecuencias de actos particulares, mientras que otras lo hacen en las consecuencias de reglas generales o principios para la acción.

Véase deontológico; fortuna moral; utilitarismo

consenso traslapado En sus últimos trabajos (p. ej. *El liberalismo político* (1993)), John Rawls (1921-2002) describió su teoría de la justicia como fundamentalmente política y no metafísica —esto es, como una teoría que responde al problema práctico de construir y conservar una sociedad justa en el contexto de una población que tiene diferentes concepciones del bien—. Rawls defiende la tesis de que los principios de justicia sean considerados como aquellos principios que podrían ser suscritos por cada una de las diferentes teorías razonables sobre el

bien —principios en los cuales las diferentes teorías del bien convergen o se traslapan—.

Véase Rawls, John

consentimiento Dentro de la teoría moral, jurídica y política, el consentimiento es una aprobación, con efectos normativos, de alguna acción, elección, situación o autoridad.

Dado que el consentimiento puede ser visto como si reflejara un estado mental (cuyas manifestaciones externas pueden ser fingidas), es posible diferenciar entre el “consentimiento real” y las acciones que ciertas instituciones sociales o jurídicas toman como una evidencia (a veces concluyente) del consentimiento. Por ejemplo: (1) uno puede prometer a un amigo que pintará su techo por \$100, pero interiormente no tener la intención de obligarse a actuar en esos términos, y (2) se puede afirmar que al estar en una organización y aceptar sus beneficios, Pérez ha consentido someterse a sus reglas, aun cuando en realidad no tenga esa intención, creencia o actitud.

La relevancia moral del consentimiento se relaciona, en parte, con una perspectiva sobre cuestiones morales y políticas que enfatiza la autonomía (un enfoque que se remonta al trabajo de Immanuel Kant (1724-1804)). Dada la notable importancia de la autonomía, y por tanto del consentimiento, algunos teóricos construyen justificaciones con base en nociones *relacionadas* (o que pretenden estar relacionadas) con el consentimiento: tal como la noción de consentimiento tácito de John Locke (1632-1704) y la idea del consentimiento hipotético (lo que uno *habría escogido* de enfrentarse a una situación particular, o quizá al enfrentarse a una determinada situación con mayor o menor conocimientos de los que se tienen actualmente) encontrada en teóricos desde John Rawls (1921-2002) hasta Richard Posner (1939-). En qué medida las acciones, las reglas o principios puedan ser justificados por medio del consentimiento tácito o hipotético, es una cuestión de continua controversia.

La obligatoriedad moral y jurídica de un supuesto acto de consentimiento normalmente dependerá de si el actor estaba plenamente ca-

pacitado para dar su consentimiento, si tenía información completa y no se encontraba bajo presiones externas relevantes. Las doctrinas jurídicas y los filósofos de la moral, sin embargo, difieren en cuanto a qué presiones (¿acaso la pobreza, la corrupción, las creencias religiosas?) deberían considerarse como un aspecto que debilita la obligatoriedad del consentimiento.

En el derecho penal y en la responsabilidad civil, hay algunas cuestiones morales y jurídicas que surgen cuando el “consentimiento” de una víctima o su “aceptación del riesgo” anula la responsabilidad del agresor (la frase latina *volenti non fit injuria*, “con consentimiento no hay daño”, es citada con frecuencia). En estos temas se incluye: si acaso el nivel de consentimiento importa (se podría consentir una actividad, tal como el *rugby*, donde el riesgo de lesión es bien conocido, o incluso podría consentirse la “lesión” en sí misma, como en tatuajes o prácticas sexuales sadomasoquistas); y si acaso algunas actividades (p. ej. el homicidio intencional o la esclavitud) deberían ser prohibidas por las políticas públicas sin importar el consentimiento de las partes (en muchos sistemas jurídicos, el sexo sadomasoquista también podría caer dentro de la categoría de acciones sujetas a responsabilidad penal a pesar del consentimiento de los involucrados).

Véase autonomía; derecho contractual; Locke, John

consentimiento tácito *Véase* consentimiento

construcción social Es la noción de que ciertas ideas, atributos u objetos “realmente no existen” con independencia de nuestras percepciones, creencias y valores, sino que más bien son el producto de nuestras creencias y actitudes colectivas. La “raza” o la “identidad racial” parecen ser un claro ejemplo de un atributo o una categoría socialmente construida, ya que las investigaciones parecen indicar que la genética humana no ofrece nada “real” que corresponda, ni siquiera aproximadamente, con las categorías raciales que usamos. En este sentido, la construcción social indica en qué medida la forma en que concebimos el mundo es contingente, y que podríamos ser capaces de

reformular esa concepción a través de las leyes, la educación o la comunicación (aunque esas modificaciones quizá no sean susceptibles de cambios inmediatos o de ser impulsadas por individuos aislados).

Algunos autores emplean el término “construcción social” un tanto diferente, que se deriva o se relaciona con la idea de “hechos sociales” y “hechos institucionales”, para afirmar que aunque ciertos “hechos” están vinculados con prácticas humanas, son “hechos” de una u otra manera.

Véase análisis crítico del derecho; género frente a sexo; raza; teoría crítica desde el punto de vista racial; teorías institucionales del derecho

contenido mínimo de derecho natural *Véase* derecho natural, contenido mínimo de

contradicción fundamental Idea introducida por Duncan Kennedy (1942-) en su artículo de 1979 del *Buffalo Law Review*, “The Structure of Blackstone’s *Commentaries*”, que tuvo influencia entre algunos teóricos del movimiento del análisis crítico del derecho. El argumento, a grandes rasgos, consistía en que nuestro fuerte deseo de unirnos a otros y, al mismo tiempo, permanecer separados e independientes de ellos, constituye una “contradicción fundamental” que se refleja en las tensiones que hay entre el individualismo y el altruismo, y quizá también una tensión entre regular la conducta a través de reglas o a través de criterios generales. Se decía que estas contradicciones se habían extendido hasta tal punto que hacía que la elección entre las posibles doctrinas del derecho y las disposiciones legales fuera irracional o indeterminada. El argumento tiene algunas similitudes con los argumentos que abogan por la indeterminación en el derecho, provenientes del estructuralismo o de la deconstrucción.

Varios críticos han señalado que (1) la “contradicción fundamental” es simplemente aseverada en el artículo de 1979; pero no se ofrece ninguna prueba, ni siquiera un argumento relevante a su favor; y (2) que por sí sola, sin mayor trasfondo teórico de un tipo u otro, la

“contradicción fundamental” es probablemente inadecuada para fundamentar las tesis específicas o sistemáticas sobre la naturaleza del derecho, que a veces han sido formuladas a su nombre. El propio Kennedy “renunció” a la contradicción fundamental en una publicación de 1984.

Véase análisis crítico del derecho; escepticismo; estructuralismo

contrato social Es un acuerdo entre ciudadanos de una comunidad o entre los ciudadanos y el gobierno. Los contratos sociales han sido fundamentales, por cientos de años, para los estudios acerca de las limitaciones y las circunstancias de legitimidad de los gobiernos, de manera destacada en las obras de Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) y John Rawls (1921-2002). Algunas veces, los teóricos del contrato social se proponen describir el acuerdo histórico real que habría acompañado a la fundación de una sociedad, aunque hay pocas pruebas de que haya habido alguna vez tal acuerdo. Otros teóricos contractualistas más recientes, como Rawls, han presentado su idea del contrato social expresamente como un experimento mental.

Los contratos sociales apenas mencionados casi siempre se refieren a un conjunto de individuos que ceden algunos o todos sus derechos naturales a cambio de, o como parte de, el establecimiento de un gobierno central que proporcionará seguridad, estabilidad y (en la mayoría de las exposiciones, pero no en todas) la protección de sus derechos. Con la notable excepción de la teoría de Hobbes, estas explicaciones también involucran ciertas restricciones sobre los gobiernos establecidos.

Las teorías contractualistas del gobierno (y de la justicia) presentan a la sociedad como el resultado de un acuerdo colectivo para el beneficio común. Este punto de vista usualmente se funda sobre una descripción de los seres humanos como individuos que maximizan racionalmente sus propios intereses, lo cual puede ser una fortaleza o una debilidad para este enfoque, dependiendo de la perspectiva que uno adopte.

Aunque las teorías del contrato social pretenden establecer o justificar los derechos y deberes de los ciudadanos, su argumento básico puede ser cuestionado. Los teóricos contractualistas que se refieren a acuerdos reales ocurridos en el pasado, por un lado, necesitan demostrar por qué las personas en la actualidad deberían estar obligadas por aquellos acuerdos. Por otro lado, los teóricos que se refieren a acuerdos hipotéticos tienen, quizá, un problema todavía más difícil: demostrar por qué cualquier persona debería estar obligada por causa de un “consentimiento hipotético” (especialmente un “consentimiento hipotético” suscrito por personas imaginarias). Estos problemas podrían indicar que la descripción de “contrato social” puede ser desorientadora, en tanto que hablar de un contrato implica una legitimación basada en la autonomía (la voluntad o elección de una persona autónoma), cuando, de hecho, los argumentos ofrecidos por la mayoría de las teorías contractualistas tienden a versar, a fin de cuentas, sobre la imparcialidad o la razonabilidad (en cuanto a que éstas consisten en una distribución de derechos, o bien sacrificios de libertad, seguridad e igualdad naturalmente equitativos).

El pensamiento contractualista también es una idea relevante dentro de la filosofía moral; quienes no creen en criterios de moral obtenidos por medio de la revelación divina y son escépticos en cuanto a derivar la moral a partir de ciertas tesis básicas sobre la naturaleza humana, podrían sin embargo estar dispuestos a pensar la moral en términos de ciertos principios convenidos por los seres humanos, como un asunto de mutua auto-restricción a fin de permitir los intereses particulares de cada uno a largo plazo.

Véase Hobbes, Thomas; Locke, John; Rawls, John; Rousseau, Jean-Jacques

convencionalismo Es la aseveración de que la verdad o el significado, en algún campo, procede (“meramente”) del acuerdo que se da en la práctica o de las creencias al interior de una población. A pesar de que los defensores del positivismo jurídico frecuentemente enfatizan la importancia de la convención para plantear sus puntos de vista sobre

el derecho, pocos positivistas se refieren a sus posturas como “convencionalistas”. En general, este término es empleado dentro de la filosofía del derecho para señalar una alternativa menos favorecida frente a una teoría más favorecida, la cual usualmente es aquella que concede un papel relevante a la verdad moral (aunque, al igual que sucede generalmente con otros términos peyorativos, como “formalismo”, hay teóricos que aceptan la denominación a regañadientes).

coordinación de la conducta Muchos teóricos del derecho consideran que el derecho está primaria o esencialmente involucrado con la coordinación de la conducta de los individuos dentro de la sociedad. Además, algunos teóricos afirman que hay un vínculo entre la coordinación, la autoridad y la obligación de obedecer el derecho. Una vía de análisis es que existe una obligación de obedecer el derecho cuando el hecho de obedecerlo hace más probable que uno actúe correctamente que si uno evaluara la situación por cuenta propia. Una situación como esa, en donde obedecer el derecho puede ser moralmente obligatorio, sería una situación en donde la coordinación de la conducta ciudadana fuera necesaria para obtener un bien social importante (p. ej. agua potable, aire limpio, caminos seguros, etcétera). Aun aquellos autores, como Joseph Raz (1939-), que no creen que el derecho origina *generalmente* una obligación de obedecer, coinciden en que hay una obligación de obedecer cuando el derecho está coordinando efectivamente la conducta en este tipo de situaciones.

Véase juegos de coordinación

corazonadas, razonamiento judicial como *Véase* Hutcheson, Joseph C. Jr.

coste de agencia Término del análisis económico que hace referencia a las dificultades para cualquier estudio sobre la maximización de la ganancia, incluso en empresas comerciales moderadamente complejas. Considerando que muchas empresas y transacciones requieren de una persona (el agente) para que actúe a favor de otra (el principal), y

en vista de que los intereses (a corto plazo) de las partes involucradas podrían no coincidir, en la práctica surgen algunos problemas frecuentes, p. ej., cómo pueden estar seguros los principales de que sus agentes están actuando efectivamente a favor de ellos y no para su propio beneficio. Otras dificultades se originan no tanto a partir de una (posible) divergencia de intereses sino de una (posible) asimetría de información. Los “costes” de agencia incluyen aquellos gastos sufragados por los principales para vigilar a sus agentes y aquellos gastos sufragados por los agentes para dar garantías a sus principales en cuanto al hecho de que están sirviendo honesta y confiablemente a los intereses de estos últimos. Algunos intentos para evaluar y reducir los costes de agencia se pueden observar en el análisis de una gran variedad de áreas (p. ej. contratos laborales, políticas de compensación ejecutiva y contratos de franquicia). A menudo, este conjunto de problemas es considerado bajo la denominación “problema agente-principal”.

Véase problema agente-principal

coste de oportunidad Término económico que enfatiza cómo los “costes” relacionados con una decisión deberían incluir las alternativas a las que se tuvo que renunciar. De tal modo, los costes de una lectura vespertina por placer incluirían el dinero que uno habría ganado si el mismo tiempo se hubiese invertido trabajando. De igual manera, el valor de los recursos puede ser calculado si se determina cuánto habrían pagado otros para darles un uso distinto. A menudo, el “coste de oportunidad” hará referencia a las oportunidades o alternativas más valiosas que *no* fueron escogidas. Como lo han explicado James M. Buchanan Jr. (1919-) y otros autores, por costes de oportunidad se deberían entender las alternativas que afectan el proceso de tomar una decisión, lo que no debe confundirse con las decisiones que ya fueron tomadas (p. ej. el “coste irrecuperable”) y que, racionalmente, no deberían afectar las decisiones que aún deben tomarse.

Véase análisis económico del derecho; coste de transacción; coste irrecuperable

coste de transacción Concepto introducido (bajo una denominación ligeramente distinta) por Ronald Coase (1910-) en sus artículos “The Nature of the Firm” (1937) y “The Problem of Social Cost” (1960), que abarca los costes involucrados en las transacciones comerciales del mundo real: el coste de encontrar a un vendedor o un comprador dispuesto a negociar, el coste de la negociación de las cláusulas, el coste de la redacción del contrato, etcétera. El concepto puede ser entendido en un sentido más amplio a fin de abarcar, por ejemplo, los costes de vigilancia y cumplimiento. La existencia de un coste de transacción elevado significa que las partes, que en principio deberían ser capaces de llegar a un acuerdo (debido a que una de las partes está dispuesta a pagar por una mercancía un precio superior al establecido por la parte que está dispuesta a venderlo), podrían fracasar en alcanzarlo. El coste de transacción desempeña un papel relevante en el propio análisis de Coase: al explicar por qué los individuos constituyen firmas y por qué el derecho podría determinar *en ocasiones* cuáles son las actividades que tendrán lugar.

Véase *nomas de responsabilidad*; *teorema de Coase*

coste irrecuperable Idea surgida en economía que hace referencia a gastos que ya han sido erogados o asignados y que no pueden ser recuperados. El hecho de que el coste sea ya “irrecuperable” en una situación particular bien podría influir sobre las decisiones que toman las partes y sobre las estrategias que utilizan para tomar decisiones.

Algunos autores conciben al “coste irrecuperable” como un tipo de falacia (mientras comentan: “el coste irrecuperable es irrelevante”, una frase común entre economistas), una manera de pensar irracional o un ejemplo de “racionalidad limitada”. El argumento consiste en que independientemente de que uno haya o no invertido en una opción o un camino particular, la decisión económicamente racional en cualquier caso ha de considerar los costes y beneficios de las opciones *en ese momento* —y eso querrá decir, algunas veces, continuar con las inversiones iniciales y, algunas otras, tomar un camino distinto a pesar de las inversiones iniciales—. Quienes eligen un camino *sencillamente*

porque corresponde con sus inversiones iniciales —teniendo actualmente la oportunidad de obtener un mayor beneficio al escoger un camino diferente— están siendo simplemente irracionales (así se deba su decisión al orgullo o a alguna otra razón).

Este punto no debe confundirse con el argumento simple (y bastante racional) del “coste de oportunidad”: que al tomar cualquier decisión, uno tiene que considerar las alternativas u oportunidades a las que uno renuncia cuando elige un camino en vez de otro. Este es un punto a considerar con respecto a las decisiones que están por tomarse, en vez del argumento (irracional) del “coste irrecuperable” de que las decisiones pasadas deberían influir en las decisiones presentes en una cierta manera.

Véase coste de oportunidad; dependencia de la trayectoria; racionalidad limitada

costumbre y derecho consuetudinario En muchas sociedades, la costumbre generalizada o firmemente establecida es una fuente importante de derecho. Incluso en los países donde esto ya no es normalmente el caso, la costumbre podría todavía ser reconocida como una fuente de normas más específicas para las transacciones comerciales y criterios de cuidado razonable; además, la costumbre sigue siendo una fuente importante de derecho internacional. Los estudios sobre el derecho consuetudinario han desempeñado, en esporádicas ocasiones, papeles importantes en la teoría del derecho: p. ej. en debates sobre si se podría entender de mejor manera la toma de decisión del *Common Law* como una mera codificación de la “costumbre inmemorial” (una posición otrora común, hoy raramente adoptada); y sobre si las teorías positivistas del derecho podrían explicar adecuadamente el estatus jurídico de la costumbre (en vista de que la costumbre parece convertirse en derecho sin la promulgación de una autoridad y con anterioridad a su reconocimiento por un juez).

Véase *Common Law*; positivismo jurídico

crítica destructiva (*trashing*) Término ofrecido por Mark Kelman (1951-) para designar una forma crítica frecuentemente empleada por los teóricos del análisis crítico del derecho, en la cual se muestra que un argumento o principio jurídico, tomado seriamente en sus propios términos, conduce al absurdo o a resultados ridículos. Algunas veces se pensaba que la preponderancia de este tipo de crítica era sintomático de una debilidad del análisis crítico del derecho: que este análisis estaba mucho más interesado en la crítica que en ofrecer ideas alternas, positivas y constructivas.

Véase análisis crítico del derecho

cuasirrenta Término del análisis económico y del análisis económico del derecho que señala el valor de un bien con respecto a su siguiente mejor uso posible. Este concepto puede ser aplicado a objetos (un montón de madera podría valer \$10 más si se usara para construir muebles, en comparación con su siguiente mejor uso: como leña) e, incluso, a decisiones personales (¿cuánto más feliz es Lisa estando casada con Rob con respecto a lo feliz que sería si fuera soltera, o bien si se hubiera casado con su segunda opción, Bill?). La distinción convencional entre “cuasirrentas” y “rentas convencionales” radica en que las cuasirrentas se refieren a situaciones temporales —el tiempo durante el cual los recursos no experimentan un cambio en el precio—. El término fue probablemente utilizado en primer lugar por el economista británico Alfred Marshall (1842-1924), en su artículo “On Rent” (*Economic Journal* (1893)).

Véase captura de rentas; renta económica

culpabilidad *Véase* responsabilidad

D

deber Es el hecho de que una persona “esté obligada”, según lo dispuesto por alguna regla o sistema normativo (moral, jurídico o de otra índole —incluso en los juegos se generan obligaciones de cierto tipo—), a ocasionar determinado estado de cosas (p. ej. un deber legal de pagar cierta cantidad de impuestos) o al menos a abstenerse de interferir con otra persona en lo que respecta a alguna actividad (p. ej. un deber de no interferir con la libertad de creencia religiosa de otra persona).

El concepto de “deber” (también llamado “obligación” —algunos filósofos tratan de distinguir “deber” y “obligación”, sin embargo tales distinciones son raras en la literatura filosófica dominante y aún más en la filosofía del derecho—) es fundamental tanto para el análisis moral como para el análisis jurídico, y difícil de explicar en términos más simples.

Hay algunas cuestiones relativas al “deber” que surgen en una variedad de contextos dentro de la filosofía del derecho: por ejemplo si los “derechos” tienen una significación independiente o si más bien se deberían entender como los meros correlatos de ciertos tipos de deberes; así como si el derecho debería ser definido en términos de normas que imponen deberes (como sostuvo, entre otros, John Austin (1790-1859)).

En el campo de la responsabilidad civil en Estados Unidos, las doctrinas han explorado la noción de “deber” en conexión con la previsibilidad (*Palsgraf vs. Long Island Railway* (Nueva York, 1928)).

Véase derechos; Hohfeld, Wesley N.

deconstrucción Concepto procedente de la teoría literaria, en particular del trabajo de Jacques Derrida (1930-), que ha sido adaptado al derecho, de diferentes maneras, por teóricos de la teoría posmoderna del derecho, el análisis crítico del derecho, el movimiento de derecho y literatura, la teoría crítica del derecho desde el punto de vista racial y la teoría feminista del derecho. La deconstrucción enfatiza las contradicciones y conflictos al interior de los textos, y rechaza las jerarquías tradicionales en el lenguaje, el significado y la comunicación (p. ej. el discurso por encima de la escritura).

La deconstrucción es importante para el derecho y la teoría jurídica en la medida en que socava la posibilidad de interpretaciones “claras” o “correctas” de los textos jurídicos, sean éstos leyes, Constituciones, contratos o testamentos.

Véase derecho y literatura; escepticismo; indeterminación; posmodernidad

deontológico Las teorías deontológicas de la moral o la ética se centran, exclusiva o fundamentalmente, en la cualidad intrínsecamente moral de las acciones, en contraste con otras teorías (tales como el utilitarismo) que se centran en las consecuencias. Normalmente las teorías deontológicas derivan —o de lo contrario se conectan— con la obra de Immanuel Kant (1724-1804).

Véase Kant, Immanuel

dependencia de la trayectoria Término que procede en parte del análisis económico y que abarca todas las formas en que decisiones anteriores influyen sobre decisiones posteriores. La idea general es que las acciones anteriores pueden tener más adelante efectos importantes. Algunas veces el argumento se centra en las decisiones que parecían razonables y eficientes cuando fueron tomadas, pero que a final de cuentas resultaron no serlo; en otras ocasiones, el argumento se centra

sobre decisiones o circunstancias que en un principio parecían no tener importancia, pero que posteriormente resultan tener, durante largos periodos de tiempo, efectos relevantes.

El término “dependencia de la trayectoria” se vincula generalmente con supuestos ejemplos de cómo máquinas y procesos menos eficientes resultan prevalecer sobre alternativas más eficientes (p. ej. en los teclados de máquinas de escribir, en la tecnología de videograbación o en el *software*), debido al hecho de ser las primeras o a alguna otra circunstancia relativamente arbitraria (la plausibilidad de tales ejemplos, donde tecnologías inferiores resultan victoriosas por circunstancias históricas, es duramente cuestionada).

El término también se relaciona con parte de la obra de Herbert A. Simon (1916-2001), cuyo trabajo sobre la racionalidad limitada incluía la aseveración de que la forma en que la mayoría de la gente resuelve sus problemas hace más probable que las decisiones puedan depender del orden en que las alternativas son presentadas.

Véase coste irrecuperable; racionalidad limitada

dependencia derivativa *Véase* dependencia inevitable y derivativa

dependencia inevitable y derivativa Estas denominaciones derivan del trabajo de la teórica feminista del derecho Martha Albertson Fineman (p. ej. *The Neutered Mother* (1995)) como parte del argumento de que la dependencia es un asunto generalizado y que la decisión implícita de encargar a las familias el cuidado y el apoyo para tales dependencias genera consecuencias perniciosas. La dependencia es inevitable (y natural), puesto que todos necesitan de cuidados cuando son muy jóvenes; además, muchos necesitarán de cuidados cuando sean muy viejos, o bien si se llegan a enfermar o a quedar discapacitados. Existe también una “dependencia derivativa” en el hecho de que quienes cuidan al dependiente (usualmente mujeres —madres, esposas, hijas, etcétera—) necesitan a su vez de apoyo, debido al tiempo que exigen los cuidados. Fineman arguye que sería más equitativo que las cargas de los cuidados fuesen distribuidas más ampliamente, en vez de ser

impuestas a la familia; asimismo, critica la manera en que los actuales enfoques hacia la dependencia tienden a promover las formas de familia tradicional y la desigualdad de las mujeres.

derecho contractual El derecho contractual comprende el cumplimiento legal de ciertas formas de promesas, acuerdos e intercambios. En vista de que ningún régimen jurídico vela por el cumplimiento de *todas* las promesas o de *todos* los acuerdos, surgen problemas sobre las justificaciones para hacer cumplir algunos de ellos y no otros (y con niveles variados de cumplimiento legal, en tanto que a algunos actores se les permite exigir el pago de la pérdida de ganancias, mientras que a otros sólo se les permite solicitar el pago de los gastos invertidos).

Hay distintas cuestiones dentro del derecho contractual que han atraído la atención de los teóricos. Por ejemplo, ¿en qué casos un tribunal debería deducir cláusulas sobre un aspecto en el cual las partes fueron omisas?

El tratamiento de los “contratos incompletos” ha suscitado diversas respuestas: p. ej., algunos autores sostienen que es injusto deducir cualquier cláusula respecto de la cual no se diría razonablemente que las partes habrían consentido; mientras que otros autores ofrecen argumentos de índole económica en el sentido de que ciertas estrategias de deducción incrementarían la eficiencia; y algunos arguyen que deberían deducirse cláusulas que fomentaran el mantenimiento de las relaciones a largo plazo existentes.

Los estudios contemporáneos sobre los fundamentos filosóficos del derecho contractual se dividen, usualmente (al igual que los debates similares sobre la responsabilidad civil), en función de si el análisis debe ser abordado desde la filosofía moral tradicional o bien desde el análisis económico. Desde la filosofía moral tradicional, el análisis se realiza generalmente en términos de la autonomía y el consentimiento, y más específicamente a través de ideas sobre el prometer y (en menor medida) sobre la justicia correctiva (a través de un remedio ante el incumplimiento de un contrato). El análisis económico, por el contrario, tiende a centrarse sobre *cuáles* son los remedios posibles y *qué* remedios están disponibles, y a tomar en cuenta si se están proporcionando los

mejores incentivos a las partes para actuar de acuerdo con los propósitos atribuidos por la ley (a través de legisladores o jueces).

Puesto que se trata de una cuestión tanto de desarrollo histórico como de justificación teórica, la relación del derecho contractual con la responsabilidad civil es interesante. Durante mucho tiempo las obligaciones de los contratantes de un producto o servicio (en Inglaterra y los Estados Unidos) se basaban y limitaban por el vínculo contractual de éstos; no fue sino hasta mediados y fines del siglo XIX que se eliminaron ampliamente estas restricciones. En épocas más recientes se ha sostenido que el derecho contractual se ha convertido, en cierto sentido, en un subgrupo o variante de la responsabilidad civil —ya que las obligaciones surgen con independencia del consentimiento de las partes (p. ej. el *promissory estoppel** y ciertas cláusulas o garantías protectoras con carácter obligatorio o presuntivo)—.

El contrato, al menos en el sentido general del acuerdo (para el intercambio), desempeña un papel crucial en diversas áreas: p. ej. en el análisis económico del derecho (en donde los intercambios mercantiles voluntarios son el modelo y el ideal sobre el cual se basa la mayor parte de este análisis) y en teorías morales y políticas basadas en el “contrato social”. Lo que hace que los modelos contractuales sean tan consistentemente atractivos para el análisis moral, jurídico y político es la manera en que el consentimiento de las partes (aun cuando las partes contratantes son actores hipotéticos) parece evitar el problema de justificar las normas con una pretensión moral fundamental.

Véase análisis económico del derecho; autonomía; consentimiento; contrato social; doctrina de la lesión; justicia correctiva; responsabilidad civil

derecho de propiedad Tradicionalmente se considera que los fundamentos filosóficos del derecho a la propiedad están relacionados con

* El término *estoppel* se refiere a un principio anglosajón de derecho que sirve para impedir que una persona niegue su propio dicho o hecho. Así, *promissory estoppel* es la doctrina del impedimento (de negar los actos propios) aplicado al caso de una promesa [N. de los T.]

cuestiones de teoría y de legitimidad políticas, lo que raramente ocurre con otros aspectos del derecho privado (p. ej. el derecho de contratos y el derecho de la responsabilidad civil). No obstante, los argumentos de grandes teorías, como los de John Locke (1632-1704) (sobre un derecho natural a la propiedad y una legítima apropiación de los recursos a los que uno “añadió su trabajo”, siempre y cuando deje “lo suficiente y de igual bondad” para los demás), G. W. F. Hegel (1770-1831) (de que la propiedad privada es una de las instituciones intermedias que tienen que estar presentes si la libertad individual ha de ser posible) y Karl Marx (1818-1883) (que en un sistema capitalista la propiedad privada es intrínsecamente explotadora y que debe ser abolida), casi nunca repercuten en los argumentos más específicos referentes a las doctrinas sobre el derecho a la propiedad, aunque esto ocurre de vez en cuando.

Esta relación se da con mayor frecuencia cuando los tribunales se ven obligados a resolver cuestiones nuevas o fundamentales: p. ej. qué tipo de cosas puede tratarse como propiedad (temas de mercantilización: p. ej. si a uno se le debería permitir vender uno de sus riñones, plasma sanguíneo, prestar servicios de subrogación o servicios sexuales; y temas de propiedad intelectual: si acaso se debería permitir que una persona tenga derechos sobre un código genético o un código computacional); o bien las pretensiones de propiedad de colonizadores y nativos (p. ej. la famosa o notable decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Johnson vs. M'Intosh* (1823)).

A un nivel conceptual, los tópicos acerca de la propiedad versan sobre si los derechos de propiedad tienen ciertos atributos esenciales (p. ej. hasta qué punto los derechos de propiedad se identifican con el derecho a poseer, usar, alienar y vender el bien en cuestión) o sobre si la propiedad es simplemente una agrupación (un “manejo”) de pretensiones jurídicas que las sociedades pueden alterar para la propiedad en general o para tipos particulares de propiedad, de acuerdo con lo que parezca mejor para el bien social. Además, frecuentemente surgen otras interrogantes acerca de si se puede decir que la gente tiene derechos de propiedad sobre su cuerpo, y, si es así, qué se sigue de ello

(una variante de este argumento en alguna ocasión fue utilizada para justificar la esclavitud).

El análisis económico ha planteado, de igual modo, algunas preguntas relacionadas con los beneficios y costos sociales de los derechos de propiedad en el contexto del teorema de Coase (el cual sostiene que la distribución inicial de los derechos frecuentemente no es importante, porque, al menos en un mundo sin coste de transacción, los derechos terminarán en manos de las personas que más los valoran), en la “tragedia de los comunes” (cuando la titularidad común de los recursos conlleva a una sobreexplotación ineficiente) y en “la tragedia de los anticomunes” (cuando los recursos son repartidos entre demasiados propietarios particulares, el coste de transacción podría impedir el uso eficiente de dichos recursos).

Finalmente, hay numerosos temas dentro de la teoría del derecho de propiedad que son filosóficos en el único sentido de que plantean cuestiones de filosofía moral (y ciencia política): p. ej. cuál debería ser el alcance del poder gubernamental para expropiar la propiedad con fines de utilidad pública (y en qué casos el gobierno tiene que compensar a los particulares por tales expropiaciones, o por aplicar restricciones regulatorias sobre la propiedad que pudieran ser caracterizadas como “expropiaciones”); en qué casos se debería permitir al gobierno restringir el uso de la propiedad mediante la zonificación, la imposición de términos en los arrendamientos (p. ej. “control de la renta” o derechos de los arrendatarios) o mediante códigos que establecen lineamientos para la vivienda o la construcción; y si debería haber restricciones sobre el cumplimiento de pactos discriminatorios concernientes a la tierra.

Véase Hegel, G. W. F; Locke, John; mercantilización; teorema de Coase; tragedia de los anticomunes; tragedia de los comunes

derecho internacional Existe una variedad de conexiones interesantes, si bien tangenciales en muchas ocasiones, entre el derecho internacional y la teoría del derecho: p. ej. (1) el derecho internacional tie-

ne uno de sus fundamentos históricos en la teoría del derecho natural de Hugo Grocio (1583-1645) (el cual buscó principios jurídico-morales que pudieran ser aplicados a las disputas comerciales entre comerciantes que no compartían al mismo soberano o que no tenían la misma postura religiosa); (2) el positivista jurídico Hans Kelsen (1881-1973) fue una figura importante en la teoría del derecho internacional, aunque probablemente su trabajo en esa área sólo tenga algunas conexiones modestas con su positivismo jurídico; (3) los teóricos del derecho ocasionalmente discuten si el derecho internacional es “derecho” en el sentido más estricto del término; p. ej. John Austin (1790-1859) trató el derecho internacional como algo que no es “derecho estrictamente hablando”, porque no existía un soberano global.

Véase Austin, John; Grocio, Hugo; Kelsen, Hans

derecho natural procedimental La frase usualmente se refiere a la teoría del derecho de Lon L. Fuller (1902-1978), la cual se asemeja a la teoría tradicional del derecho natural al proponer una evaluación moral significativa que debe ser satisfecha antes de que una norma o sistema de normas puedan ser denominados como “de derecho” (o “derecho en su sentido más completo”), pero se distingue de dicha teoría en cuanto a que los criterios se relacionan primordialmente con los *procedimientos* por los cuales las normas son promulgadas y aplicadas, y no tanto con el *contenido* de esas normas.

Véase Fuller, Lon L.; justicia procedimental; moral interna del derecho

derecho natural, contenido mínimo de El “contenido mínimo de derecho natural” es una noción que se deriva de un análisis ofrecido por H. L. A. Hart (1907-1992) en el capítulo 9 de *El concepto de derecho* (1961). En este libro se presentó una perspectiva de positivismo jurídico —la posición que niega que los criterios de validez jurídica tengan que hacer referencia a la moral o a la justicia—. Sin embargo, en el contexto de una discusión más general acerca de las diversas maneras

en que se podría decir que el derecho y la moral coinciden o se influyen entre sí, Hart plantea la idea de que los sistemas jurídicos (*al igual que la moral convencional*) *tienen que* contar con un mínimo de contenido moral para que puedan ser considerados como correctos, *en el sentido de que* debido a ciertas verdades sobre la naturaleza humana (nuestra vulnerabilidad, la limitación de los recursos y otros por el estilo), así como el estado actual de la tecnología, ninguna sociedad podría perdurar por mucho tiempo sin ofrecer, a cuando menos una parte significativa de la población, un mínimo grado de protección frente a ataques físicos y frente a ataques a la institución de la propiedad.

Se debería destacar, en primer lugar, que esta noción constituye más una predicción (bajo qué circunstancias una sociedad podría o no sobrevivir) que un análisis conceptual. En segundo lugar, sin importar en qué medida esto sea una “concesión” a la teoría del derecho natural, aún deja un campo sustancial para un desacuerdo con la teoría tradicional del derecho natural. Los regímenes más perversos (ya sea que uno piense en la Alemania nazi, la Unión Soviética de Stalin o el *apartheid* sudafricano) han cubierto fácilmente los “requisitos” del contenido mínimo de derecho natural.

Véase Hart, H. L. A.; teoría del derecho natural

derecho penal Es la parte del derecho que se ocupa de las penas impuestas por el Estado debido a la violación de normas jurídicas. Por lo general, se piensa que el objetivo primordial del derecho penal es el mantenimiento del orden social (en contraste, p. ej., con el derecho sobre la responsabilidad civil, que abarca muchas violaciones del mismo tipo pero que deja su exigencia a los individuos afectados, sobre la base de que la responsabilidad civil versa sobre la reivindicación de derechos personales en vez de intereses públicos).

El derecho penal es un área doctrinal del derecho que tiene conexiones importantes con la filosofía del derecho, ya que plantea cuestiones relacionadas con la responsabilidad, la culpa, la pena, la moral y la debida función del Estado (p. ej., en situaciones que no implican un daño a los demás, ¿debería el derecho penal, no obstante, ser utili-

zado para hacer valer la moral, o bien para impedir que las personas se dañen a sí mismas?).

Por ejemplo, en el caso de la culpa y la pena, la cuestión consiste en saber si el derecho debería concentrarse en la acción, la intención detrás de la acción o el carácter de la persona actuante (cada enfoque podría conducir a conclusiones bastante diferentes, p. ej. cuando el intento de cometer un acto criminal fracasa o cuando las acciones imprudentes y negligentes generan daños de diversas magnitudes). No es sorprendente, por lo tanto, encontrar a importantes filósofos del derecho, como H. L. A. Hart (1907-1992), involucrados de manera notable con discusiones teóricas de derecho penal.

Existe una coincidencia relevante entre las teorías de la culpa y las teorías de la pena, aunque las dos pueden ser tratadas como temas separados (p. ej. por quienes sostienen que la pena debería estar fundada, primordialmente, en una base distinta a la culpabilidad del actor).

De igual modo, hay diversos enfoques teóricos que han tomado en consideración ciertos aspectos de derecho penal, desde teóricos de la economía como Gary Becker (1930-), quien ha empleado el análisis económico para intentar mostrar cómo el tipo de pena y la probabilidad de ser castigado afectarían los índices de criminalidad, hasta teóricos críticos de varias escuelas que han intentado mostrar cómo las normas y los procedimientos de derecho penal son sistemáticamente parciales en perjuicio de ciertos grupos.

Véase fortuna moral; pena; principio del daño; retribución

derecho romano-germánico *Véase* *Common Law*

derecho y economía *Véase* análisis económico del derecho

derecho y literatura Es un enfoque hacia el derecho o campo de estudio que reúne, sin mucha precisión, varios escenarios en los cuales se puede decir que el derecho y la literatura se entrelazan, o en donde un área podría “aprender” de la otra. Esto por lo general incluye a las teorías de la interpretación (en donde la interpretación jurídica nor-

malmente se construye, o distingue, a partir de la interpretación literaria), la manera en que la práctica del derecho puede comprenderse como narrativa, el estudio narrativo del derecho (la “narración de historias”), el análisis de la retórica en las opiniones judiciales, la representación de los abogados en la literatura, etcétera. Muchos autores ubican al movimiento moderno de derecho y literatura en el libro de James Boyd White, *The Legal Imagination* (1973), aunque la propuesta de ciertas conexiones entre el derecho y la literatura se remontan mucho más atrás.

Un tema de continua discusión y debate es hasta qué punto el derecho puede recurrir a la teoría literaria para comprender un texto (sólo ocasionalmente se sugiere la dirección contraria, es decir, que la teoría literaria aprenda del derecho). Quienes afirman el valor de la teoría literaria destacan la importancia que tiene la interpretación del lenguaje (por lo general en textos escritos hace mucho tiempo) en ambas áreas, y cuán semejantes son los métodos empleados por teóricos literarios, abogados y jueces. Quienes niegan la conexión, por otro lado, han subrayado los diferentes propósitos y estructuras de las dos actividades: arguyendo, por ejemplo, que la autoridad y la certeza del significado tienen una importancia en el derecho que no tienen en la literatura. También puede ser que parte de la negativa a valerse de la teoría literaria provenga de la sospecha o de la oposición a algunos de los movimientos escépticos o críticos dentro de la teoría literaria de las décadas recientes (p. ej. el deconstruccionismo y la posmodernidad).

Las conexiones posibles entre el derecho y la literatura también han sido planteadas en tratados de razonamiento judicial. Ronald Dworkin (1931-) equiparó la toma de decisión judicial con escribir una “novela en serie”, en donde cada juez (especialmente en las decisiones del *Common Law*) añade un episodio a una “historia” que fuera comenzada por otros jueces, quedando de ese modo parcialmente constreñido por lo que ya ha sido escrito, pero con cierta libertad y, según Dworkin, con una obligación general de continuar la “historia” de la mejor manera posible (Dworkin también sostuvo que tanto la interpretación jurídica como la literaria deberían considerarse como formas de una “interpretación constructiva”, al descubrir la interpre-

tación que se ajusta más adecuadamente al texto, por un lado, y que haga del texto el mejor que pudiera haber en su tipo, por el otro).

Como se mencionó, algunos autores del movimiento de derecho y literatura centran su atención sobre la manera en que la defensa legal y las opiniones judiciales pueden ser consideradas como la “narración de una historia” o una “traducción”, o bien pueden ser analizadas mediante la doctrina tradicional de la retórica.

Algunos autores del movimiento de derecho y literatura han sostenido que la lectura de las grandes obras de la literatura podría incrementar la empatía, o la sensibilidad moral en general, de jueces y abogados. Ésta es una tesis sumamente controvertida (su plausibilidad inicial se ve minada por el hecho de que uno puede encontrar tan sólo un puñado de gente bien cultivada, incluyendo profesores de literatura, que está muy lejos de ser un modelo de perfección o excelencia moral). Otros teóricos han usado la posible conexión entre las historias y la empatía para justificar o promover el uso de la ficción, la fábula, la autobiografía y las anécdotas personales (los “estudios narrativos”) para representar los puntos de vista de las minorías y de los grupos oprimidos a una audiencia compuesta por un grupo de mayorías.

Véase deconstrucción; derecho y narración; interpretación; interpretación constructiva; posmodernidad

derecho y narración Enfoque hacia el estudio del derecho que consiste en narrar historias, y por lo tanto difiere radicalmente del caso tradicional y el análisis doctrinario. Algunas veces se trata de historias autobiográficas que exploran las propias experiencias del autor; otras veces, historias de las experiencias de otras personas; en otras ocasiones son historias ficticias o fábulas sin ninguna pretensión de encarnar una verdad histórica, pero con la ambición de revelar alguna verdad más profunda. Los estudios narrativos sobre el derecho son más utilizados dentro de, y asociados con, la teoría crítica desde el punto de vista racial, aunque también se les relaciona con la teoría feminista del

derecho y son empleados por juristas de una gran variedad de perspectivas alternativas.

Algunos críticos han atacado los estudios narrativos afirmando que no son “auténticos estudios” (una acusación que puede tener consecuencias significativas, ya que las decisiones sobre la contratación, permanencia y promoción usualmente dependen, al menos en parte, de una evaluación de la formación de los individuos). Los críticos subrayan la dificultad de verificar los hechos y las conexiones causales que son relatados en las historias. Se dice también que tales historias implican frecuentemente una conexión (lo que le sucede a una persona le sucede a todas, a la mayoría, o a muchos miembros de un grupo oprimido), lo cual raramente es comprobado.

Véase derecho y literatura; teoría crítica desde el punto de vista racial

derecho y sociedad El movimiento “derecho y sociedad”, también conocido como “estudios sociojurídicos”, se dirige al estudio del derecho a través de las ciencias sociales, en particular la sociología y la ciencia política empírica. Se trata de un amplio grupo o movimiento que se inclina hacia el estudio del “derecho en acción”, en contraste con el estudio conceptual del derecho que aparece en la jurisprudencia analítica.

Gran parte del trabajo desarrollado en este campo cabe dentro de la denominación “derecho en acción”: las investigaciones sobre la efectividad de ciertas normas jurídicas, o sobre únicamente sus efectos generales. El estudio empírico sobre los efectos del derecho se remonta cuando menos a los realistas jurídicos norteamericanos, y antes de ellos al enfoque sociológico de teóricos como Roscoe Pound (1870-1964). Una vez que el derecho deja de ser concebido (meramente) como una elaboración de conceptos intrincados o como el descubrimiento de criterios universales eternos, y se le considera más bien como un producto humano que pretende alcanzar metas humanas, la investigación natural subsiguiente se relacionará con saber en qué medida las normas jurídicas actuales logran tener éxito en sus propósitos (y en qué

medida ciertas reformas legales podrían ser un mejoramiento para alcanzar esos propósitos).

Véase antropología jurídica; jurisprudencia sociológica; Montesquieu, Barón de; Pound, Roscoe

derechos Los “derechos” operan como tipos básicos de exigencias tanto en el discurso moral como en el jurídico. Algunas cuestiones sobre los derechos son: (1) cuál es la conexión o relación entre los derechos morales y los derechos legales, y (2) si acaso los derechos (en una o ambas áreas) pueden ser provechosamente analizados y, de ser así, de qué manera.

La mayoría de los historiadores han concluido que en el derecho romano antiguo no había un concepto comparable a la idea moderna de los derechos, y que este concepto no fue desarrollado sino hasta la Edad Media. De acuerdo con estos historiadores, cuando los escritores de la Roma antigua hablaban de un “derecho” (*ius*), querían decir algo como “lo correcto por hacer”. En la Europa continental moderna, este significado a veces es caracterizado como un “derecho objetivo”, mientras que la manera usual de entender un “derecho” jurídico o moral en la tradición angloamericana se denomina “derecho subjetivo”.

Entre aquellos que han intentado analizar más a los derechos, Wesley Hohfeld (1879-1918) sostuvo que el uso de “derechos” podría ser clarificado mediante las siguientes distinciones: (1) derechos subjetivos, correlacionados con los deberes de otra parte, (2) libertades, (3) potestades y (4) inmunidades. Hohfeld estaba ofreciendo un análisis del uso de “derechos” dentro del discurso jurídico (y, particularmente, dentro del discurso judicial), pero una forma similar de análisis podría ser adaptada también al discurso moral.

En medio de la discusión sobre la naturaleza de los derechos, los autores a menudo se dividen entre quienes encuentran que la esencia de los derechos es la elección (la “teoría de la voluntad” o la “teoría de la elección” de los derechos), y quienes encuentran que la esencia de los derechos es la protección de un interés a través del deber que pesa

sobre otra parte (la “teoría del interés” o la “teoría del beneficio” de los derechos).

Ronald Dworkin (1931-) ha analizado a los derechos en términos de sus efectos —que los derechos son formas particularmente fuertes de razones para la acción, razones que triunfan sobre otras formas de razones que podrían aplicarse a una decisión—. En particular, al considerar asuntos jurídicos o de directrices políticas, un derecho adquiere preferencia sobre cálculos utilitaristas o mayoritarios que podrían, de otra forma, justificar una norma particular.

Véase deber; derechos de los animales; derechos jurídicos; Hohfeld, Wesley; teoría de la voluntad (de los derechos); teoría del interés (de los derechos); Villey, Michel

derechos de los animales La cuestión relativamente abstracta sobre si los animales (o cierto tipo de animales) son capaces de tener derechos es a menudo confundida con la cuestión moral de cómo deberían actuar los seres humanos con respecto a los animales, cuando de hecho las dos cuestiones son relativamente independientes. En cuanto a la cuestión conceptual, quienes creen que sólo las entidades con poder autónomo de elección tienen derechos, podrían negar por lo tanto que los animales los tuvieran, pero a la vez podrían seguir sosteniendo (p. ej. bajo una teoría moral utilitarista) que los seres humanos no deberían infligir dolor a tales criaturas sin tener buenas razones para hacerlo. De igual manera, uno podría defender, bajo una teoría moral y otros conceptos diferentes, que mientras los animales *son* un tipo de entidad que puede tener derechos, ellos *de hecho no* los tienen, o bien que cualesquiera que sean los derechos que pudieran tener, éstos son anulados, en circunstancias relevantes, por los derechos de mayor peso que poseen los humanos.

Véase derechos; teoría de la voluntad (de los derechos); teoría del interés (de los derechos); utilitarismo

derechos legales Los derechos legales son fuertes exigencias de cierto tipo que surgen o derivan de fuentes legales. Un “derecho” es un con-

cepto básico tanto dentro del discurso moral como jurídico, y actualmente se sigue discutiendo sobre la mejor manera de entender la naturaleza de los derechos legales, la conexión entre los derechos legales y otros conceptos jurídicos, así como la conexión entre los derechos legales y los derechos morales. En cuanto a la relación entre los derechos legales y los derechos morales, la cuestión es si son de una naturaleza similar, divididos sólo por el contexto de las exigencias que se plantean, o si en realidad los dos tipos de derechos tienen naturalezas distintas.

Probablemente ciertos tipos de cuestiones concernientes a los derechos son igualmente aplicables a los derechos legales y morales: p. ej. si éstos se pueden entender de mejor manera en términos de elección o en términos de intereses protegidos; o bien, a quiénes se pueden atribuir los derechos (¿puede decirse que los niños tienen derechos?, ¿qué hay de los fetos?, ¿los animales?, ¿los muertos?, ¿los árboles?). La conexión o concurrencia entre los derechos legales y morales se vuelve especialmente complicada en el campo de los derechos constitucionales (en donde los derechos legales surgen de un texto legal fundamental, en el cual tales derechos frecuentemente se refieren a conceptos generales de moral como “igualdad”, “dignidad” y “debido proceso”) y en el campo de los derechos humanos (en donde los derechos se derivan supuestamente de la naturaleza humana; lo que constituye un tipo de análisis cercano a la tradición del derecho natural y los derechos naturales, pero el cual, en tiempos modernos, también suele basarse en textos e instituciones, p. ej. en los tratados y declaraciones internacionales).

Los debates sobre la naturaleza de los derechos legales frecuentemente son caracterizados como discusiones entre las “teorías de la voluntad”, las cuales ubican la naturaleza de los derechos en poderes y alternativas otorgadas a un portador de derecho, y las “teorías del interés (o del beneficio)”, que localizan dicha naturaleza de los derechos en la protección legal de un interés.

Wesley Hohfeld (1879-1918) presentó una definición estipulativa de “derecho” bastante conocida, tal como este término era utilizado en las

decisiones judiciales, en cuatro tipos: (1) derechos subjetivos, (2) libertades (Hohfeld usó el término “privilegios”), (3) potestades y (4) inmunidades.

Véase derechos; Hohfeld, Wesley N.; teoría de la voluntad (de los derechos); teoría del interés (de los derechos)

derechos subjetivos *Véase* derechos

derrotabilidad Susceptible de ser derrotado: esto se refiere a la capacidad que tiene una conclusión de ser justificada a través de ciertos criterios que son cumplidos, aunque con la posibilidad de ser “derrotada” o refutada si se cumplen otros criterios adicionales. Algunos autores (Hart (1907-1992) en particular, en algunos de sus trabajos iniciales) sostienen que la derrotabilidad de los conceptos jurídicos es importante para comprender la naturaleza del derecho. Un ejemplo de tal derrotabilidad es cómo ciertos criterios serían suficientes para mostrar que un argumento sería un “contrato válido”, pero que se podría alcanzar una conclusión contraria si el tribunal se enterara de que una de las partes era legalmente incompetente, si el contrato hubiera sido el producto de fraude, o si se aplicara alguna otra defensa doctrinal similar.

determinación *Véase* indeterminación

determinación jurídica *Véase* indeterminación

determinatio Concepto que tiene su origen en el trabajo de Santo Tomás de Aquino (1224-1274) y que fue desarrollado posteriormente por teóricos modernos del derecho natural, como John Finnis (1940-). La *determinatio* se refiere a la relación que tiene una regla/norma específica con una regla/norma más general, en donde la relación es casi una derivación directa o implicación, que requiere de alguna cierta discreción al seleccionar la norma/regla específica. De acuerdo con Tomás de Aquino y John Finnis, los legisladores deben sancionar le-

yes específicas, con una forma particular, porque así lo exige el derecho natural, mientras que para otros tópicos, la naturaleza general del contenido del derecho solamente se determina a través de los principios del derecho natural; los legisladores tienen diversas opciones en cuanto al contenido preciso (p. ej. el derecho natural podría requerir de los legisladores la creación de un límite de velocidad para los automóviles a fin de proteger la paz y el orden de los ciudadanos, pero podría haber un rango de máximas velocidades igualmente morales y justas dentro del cual cualquier elección podría ser legítima).

Véase Tomás de Aquino

Devlin, Patrick Patrick Arthur Devlin (1905-1992) fue un juez inglés muy respetado que ascendió a la Cámara de los Lores y que renunció a la judicatura (en 1963) poco después de alcanzar esa posición. Su principal relevancia para la teoría del derecho fue su respuesta al Comité Wolfenden, cuyo reporte de 1957 recomendaba la despenalización de los actos homosexuales y la prostitución. Las conclusiones del reporte se basaban en el “principio del daño” de John Stuart Mill (1806-1873), en el sentido de que la prohibición penal sólo se justificaba para prevenir el daño a otros, además de que en dicho reporte se distinguía la “moral pública” y la “moral privada” (la Ley de Ofensas Públicas de 1959 y las leyes posteriores siguieron el enfoque Wolfenden con respecto a la prostitución, legalizando los actos privados, pero penalizando casi todas las manifestaciones públicas de prostitución, como el ofrecer o procurar servicios sexuales. La despenalización parcial de la actividad homosexual tuvo que esperar a la Ley de Ofensas Sexuales de 1967).

En su conferencia Macabea de 1958 en la Academia Británica, más tarde ampliada en forma de libro (*The Enforcement of Morals* (1965)), Devlin dio respuesta al Reporte Wolfenden, arguyendo que una moral compartida es lo que mantiene unida a la sociedad, y que la sociedad tiene un interés legítimo en proteger su moral compartida por las mismas razones por las que puede protegerse legítimamente de quienes la traicionan. El argumento de Devlin replanteaba algunos ele-

mentos de la crítica de James Fitzjames Stephen (1829-1894) a John Stuart Mill, aunque también difería en puntos clave de la perspectiva “perfeccionista” de Stephen.

H. L. A. Hart (1907-1992) respondió a la conferencia Macabea de Devlin en *Derecho, libertad y moral* (1963). En ese libro, Hart defendió una versión modificada del “principio del daño” de John Stuart Mill; en contra de la posición particular de Devlin, Hart sostuvo primordialmente que no había razón para creer que un simple cambio en la moral convencional de una sociedad amenazaría a dicha sociedad. Si la moral convencional cambia con el tiempo y estos cambios usualmente ocurren sin efectos dañinos significativos, no está claro el por qué debe estar interesada la sociedad en proteger la *vieja* moral convencional en contra de las *nuevas* creencias compartidas que se generaron. Además, en una sociedad con diversas creencias políticas y religiosas, y con diferentes orígenes étnicos, puede ser inútil (o absurdo) hablar de una “moral compartida” única, o considerar a todas las perspectivas contrarias como “semejantes a una traición”.

Véase Hart, H. L. A.; Mill, John Stuart; moral crítica frente a moral convencional; moral, imposición jurídica de la; principio del daño; Stephen, James Fitzjames

Dewey, John Filósofo norteamericano (educador y reformista social) (1859-1952) que tuvo un papel destacado en el movimiento pragmático dentro de la filosofía. Aunque el pragmatismo en general influyó a muchos de los realistas jurídicos norteamericanos, la influencia de Dewey fue más directa a través de artículos que escribió para revistas de derecho —como “Logical Method and the Law” para el *Cornell Law Quarterly* (1924) y “The Historical Background of Corporate Legal Personality” para el *Yale Law Journal* (1926)—.

Véase pragmatismo; realismo jurídico norteamericano

dificultad contramayoritaria Término abreviado para señalar una preocupación surgida ante todo en el derecho constitucional nortea-

americano, pero con aplicaciones evidentes para todos los sistemas jurídicos que permiten alguna forma de poder judicial para contravenir o invalidar una ley que de otra manera sería válida, sobre la base de que es contraria a las normas constitucionales escritas o no escritas. La preocupación es que tal poder judicial parece ser contrario a los principios esencialmente democráticos o mayoritarios que fundamentan al gobierno. Con respecto a esta dificultad se ha ofrecido una amplia variedad de respuestas, incluyendo la afirmación de que tal poder judicial estaba justificado a su vez por la acción democrática (la ratificación de la Constitución). Qué tan problemática pueda ser el *judicial review*, y qué tan adecuadas las diversas respuestas, depende de la percepción que uno tenga en cuanto a varias cuestiones, en particular, hasta qué punto uno cree que los jueces pueden estar limitados por las normas constitucionales, e, independientemente de qué tan limitantes *podieran ser* esas normas, si acaso uno cree que los jueces, de hecho, *han estado* limitados en sus decisiones pasadas o si lo estarán en sus decisiones futuras.

Véase Ely, John Hart; legislación judicial; teoría constitucional

dilema del prisionero Es el “juego” más simple y básico en la teoría de juegos, y es también el ejemplo típico que muestra cómo y por qué el bien social no siempre puede ser favorecido por individuos que actúan en su propio beneficio, y por qué algunos medios externos de coordinación de la conducta pueden ser necesarios para maximizar el bienestar social. La idea es por lo regular atribuida a Melvin Drescher y Merrill Flood (1908-) a partir del trabajo que realizaron en 1950 como parte de la producción de la Corporación Rand sobre la teoría de juegos, mientras que su denominación surgió en un artículo que formalizó el concepto acuñado por el matemático de Princeton, Albert W. Tucker (1905-1995) (Tucker también dirigió la tesis doctoral por la cual John Nash (1928-) eventualmente ganaría el Premio Nobel de Economía en 1994).

Dos individuos han sido acusados de cometer un crimen juntos, aunque han sido detenidos e interrogados de manera separada. Cada

uno entiende que si alguno confiesa mientras el otro no, el confesor testificará en contra del que guarde silencio y saldrá libre, mientras que el prisionero que guarda silencio será condenado a purgar una pena alta. Si ambos guardan silencio, serán condenados sólo por un crimen menor y purgarán una pena menos severa. Si se delatan entre sí, ambos serán condenados a cumplir una pena superior (aunque no tan duradera como la que se les impondría si ninguno hubiera confesado). Estas alternativas son usualmente presentadas en una tabla de cuatro celdas (figura 1).

A pesar de que cada prisionero sabe que la cooperación (esto es, que ninguno se delate) los llevará a un resultado que sería el mejor para ambos (un total de dos años en prisión, en contraste con los 12 o 16 años de los resultados alternos), “no confesar” nunca parece ser la decisión racional individualmente aceptable. Por ejemplo, desde la perspectiva de A: A piensa, “si B me delata, es mejor que yo lo delate (puesto que 8 años en prisión son mejor que 12); si B no me delata, entonces sigue siendo mejor que yo lo delate (puesto que nada es mejor que un año de prisión)”. La perspectiva de B es idéntica. Así, por medio de la toma de decisión de un individuo racional, los dos prisioneros oscilan entre el mejor resultado conjunto (2 años de prisión en total) y el peor resultado conjunto (16 años de prisión en total).

	A (confiesa)	A (no confiesa)
B (confiesa)	(A: 8 años) (B: 8 años)	(A: 12 años) (B: 0 años)
B (no confiesa)	(A: 0 años) (B: 12 años)	(A: 1 año) (B: 1 año)

Figura 1. Dilema del prisionero

El dilema del prisionero es a menudo presentado como una prueba (o al menos una sugerencia metafórica) de que el interés individual lle-

vará a la “traición” y al “engaño” incluso cuando la cooperación actual estuviera dentro de los intereses a largo plazo de los individuos, igual a como ocurre con el interés social. Desde luego, en el ejemplo típico del dilema del prisionero se asume que los prisioneros son culpables, así que a pesar de que sus confesiones no están en *sus* mejores intereses, sí parecen estar en el interés de su sociedad).

Se puede desarrollar una dinámica distinta cuando la cuestión de la traición frente a la cooperación ocurre en un juego repetido (“iterado”). Cuando los mismos jugadores están involucrados en una interacción repetida, varias formas de cooperación (incluyendo un tipo de juego “esto por aquello”, en el que una parte coopera, aunque también responde a una traición con una traición propia) pueden llegar a ser racionales. Esta dinámica tiene sus propias complicaciones (p. ej. ¿qué sucedería cuando pareciera que una repetición del juego del dilema del prisionero estuviese a punto de terminar?), y existe una abundante literatura al respecto.

La “tragedia de los comunes” puede ser considerada como una variante o generalización del dilema del prisionero, que involucra varios participantes. Si hay un área común (de “libre acceso”) de pesca o pastoreo, los intereses a largo plazo de los pastores y pescadores favorecen una limitación modesta hacia todos a fin de mantener la viabilidad del área común. Sin embargo, cada individuo tiene un incentivo para *no* cooperar, sino más bien para obtener tantos beneficios de los comunes como sea posible, mientras espera a su vez que los otros se restrinjan. Con todos buscando tal incentivo, nadie se limitará y las áreas comunes estarán pronto sobreexplotadas.

David Lewis (1941-2001) demostró (en *Philosophy and Public Affairs* (1979)) que el dilema del prisionero es, de hecho, una versión de una paradoja de racionalidad menos conocida, el problema de Newcomb. En dicho problema hay dos cajas —una contiene o un millón de dólares o nada, y la segunda contiene mil dólares—. Usted es libre de tomar sólo la primera caja o ambas. El contenido de la primera caja depende de la predicción confiable de sus acciones que realiza con anterioridad otra persona, de modo que la caja contendrá un millón de dólares si la predicción es que usted tomará sólo la primera caja,

pero nada si la predicción es que usted tomará ambas. ¿Qué debería hacer? La paradoja es que parece haber buenas razones para cualquier estrategia (tomar sólo una, porque entonces el adivino confiable habrá presentado eso, y puesto un millón de dólares en la caja; o tomar ambas cajas, porque la predicción ya ha ocurrido, y uno sólo puede terminar con lo mismo o más si toma ambas cajas, sin importar cuál sea el contenido de la primera caja). La relación entre el que escoge la caja y el adivino puede considerarse semejante en su estructura a la relación entre los dos prisioneros.

Véase equilibrio de Nash; juegos de coordinación; normas sociales; problema de la acción colectiva; teoría de juegos; tragedia de los anticomunes; tragedia de los comunes

directrices políticas (frente a principios) En las primeras obras de Ronald Dworkin (1931-) sobre teoría del derecho (especialmente *Los derechos en serio* (1977)), las directrices políticas son contrastadas con principios como la base para tomar decisiones gubernamentales. Se dice que las legislaturas son foros en donde la política, el mayor bien para el mayor número, etcétera, es una base legítima para la decisión. En contraste, los tribunales deben ser “foros de principio” que deciden a favor de una parte por sobre otra; *no* sobre la base de las consecuencias, sino sobre la base de cuál es la parte cuyo *derecho* debe prevalecer. Lo anterior está ligado con la teoría de Dworkin que afirma que hay una sola respuesta correcta para cada cuestión jurídica.

Véase Hart, H. L. A.; principios; tesis de la respuesta correcta

discreción Es el derecho o poder de seleccionar entre una variedad de alternativas. El significado de discreción es importante al evaluar los reclamos de quienes afirman (o niegan) que los jueces tienen discreción para resolver problemas jurídicos (difíciles). Así, Ronald Dworkin (1931-) (en *Los derechos en serio* (1977)) distinguió un sentido de discreción “débil” y uno “fuerte”. Dworkin sugirió que a veces utilizamos la discreción en sentido “débil” cuando hablamos de situaciones en don-

de la aplicación de algún criterio requiere de la aplicación del juicio, o bien en situaciones en donde el juez tuvo la autoridad final en un asunto. Éstos debían ser distinguidos de un sentido “fuerte” de discreción, según el cual el juez no está (completamente) sujeto a criterios.

discriminación Es el trato hacia personas debido a características (p. ej. raza, género, religión u orientación sexual) que no parecen relevantes para una elección o una transacción. La naturaleza de la discriminación, su ubicuidad y la manera en que podría ser combatida son temas centrales para las escuelas críticas fundadas en la diferencia, tales como la teoría feminista del derecho y la teoría crítica desde el punto de vista racial.

Algunos teóricos críticos desde el punto de vista racial han sostenido que la discriminación es, con frecuencia, el efecto de creencias racistas que operan en un nivel profundo o “inconsciente”.

Por otra parte, quienes se dedican al análisis económico del derecho abordan el problema de la discriminación al tratar de determinar, dentro de sus propios modelos de comportamiento humano, por qué ocurre, dado que la discriminación parece ser “ineficiente” y, por ende, “irracional”. Gary Becker (1930-) (en *The Economics of Discrimination* (1957)) consideró que la discriminación era solamente el resultado de un gusto personal (“un gusto por la discriminación”), simplemente una preferencia que se debía analizar junto con otras preferencias (quizá igual de irracionales o desagradables). Otros autores del análisis económico han escrito sobre la “discriminación estadística”, esto es, el hecho de que la discriminación puede ser algunas veces “racional”: cuando la característica de la persona en cuestión es un valioso indicador de otra información relevante, y cuando obtener información más confiable sería demasiado costoso (un ejemplo común es el trato diferenciado de hombres y mujeres como empleados en una industria, en donde los primeros tienden a permanecer más tiempo en el trabajo después de haber recibido una capacitación específica de la empresa).

Véase racismo inconsciente; raza; teoría crítica desde el punto de vista racial; teoría feminista del derecho

discriminación inversa *Véase* acción afirmativa

discriminación positiva *Véase* acción afirmativa

discurso de odio Expresión cuyo contenido principal es la referencia despectiva hacia un grupo (oprimido) particular, o una declaración de que los miembros de dicho grupo deberían ser atacados, expulsados o, en su defecto, maltratados. La respuesta apropiada a tal discurso se ha convertido en uno de los puntos centrales de la teoría crítica desde el punto de vista racial. En Norteamérica, el tratamiento del discurso de odio es particularmente controvertido, debido a que la primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos ha sido interpretada en el sentido de ofrecer una amplia protección a la expresión, la cual podría discutiblemente ampliarse hasta abarcar incluso a un discurso de este tipo.

Los teóricos críticos desde el punto de vista racial que defienden la prohibición legal del discurso de odio ofrecen, frecuentemente, un análisis similar a aquel dado por algunas feministas en cuanto a una mayor regulación o prohibición de la pornografía, a pesar de su supuesta protección constitucional: que el discurso de odio, al igual que la pornografía, debería ser tratado más como una acción que como una expresión de ideas —que consiste en un esfuerzo por excluir o degradar el objeto del “discurso” (grupos minoritarios en el caso de discurso de odio; mujeres en el caso de la pornografía)—.

Véase teoría crítica desde el punto de vista racial

distinción público/privado En el pensamiento jurídico y político moderno a menudo se distingue lo público y lo privado de dos maneras bastante diferentes: (1) el intercambio privado de bienes y servicios frente a la regulación política de determinados asuntos de interés público, y (2) el mercado (público) frente a hogar/familia (privado). Usualmente, estas distinciones entre lo público y lo privado recurren a las nociones de libertad y de acción voluntaria en un área, mientras que en la otra esfera se apela a la intervención y compulsión estatales a fin de proteger los intereses privados o el bien público.

Algunos de los realistas jurídicos norteamericanos, más notablemente Robert Hale (1884-1969), criticaron el primer tipo de distinción público/privado, el cual descansaba en la supuesta voluntariedad de las transacciones mercantiles y laborales. Los realistas señalaron que aunque el Estado esté nominalmente ausente de tales transacciones, es él quien fija las condiciones de fondo sobre las cuales las transacciones suceden (p. ej. qué tipo de persuasión, acción colectiva, fuerza o engaño serán permitidos en las transacciones, y bajo qué circunstancias los derechos de propiedad y los derechos de exclusión prevalecerán). Estas condiciones de fondo establecen el poder relativo de los individuos y los grupos, y estas mismas condiciones se hacen cumplir (cuando son contravenidas) a través del poder estatal. Esta crítica realista fue posteriormente retomada y elaborada por varios teóricos del análisis crítico del derecho.

La segunda distinción público/privado, entre mercado y hogar/familia, ha sido cuestionada por teóricos feministas del derecho y del análisis crítico del derecho. Una objeción es que cuando el Estado trata a la familia como un lugar ajeno a la regulación pública, implícitamente refuerza la dominación de la parte que sea más fuerte física o económicamente (en ambos casos, usualmente el marido/padre). Y aunque alguna vez las personas pudieron haber respondido, frente a acusaciones de violencia intrafamiliar o de negligencia paternal dentro del hogar, diciendo que “no era incumbencia de nadie más” o que “no era un asunto de Estado”, esto ya no es (en la mayoría de los países) una respuesta aceptable, lo que indica una remoción parcial, o ajuste, de esta distinción público/privado.

Como han señalado algunos autores, sin embargo, la crítica a la distinción público/privado a menudo es exagerada. Si bien resulta apropiada para llamar la atención sobre el punto de partida en el cual la acción “privada” ocurre, y para sujetar a ese punto de partida a la crítica cuando sea necesario, es un error no reconocer que la configuración del punto de partida debería estar sujeta a un criterio diferente de análisis y evaluación que el que corresponde a las acciones mediante las cuales el gobierno ejerce una regulación directa.

Véase análisis crítico del derecho; Hale, Robert L.; realismo jurídico norteamericano

disuasión Una justificación para la pena basada en sus efectos sobre la conducta futura, en particular la prevención del crimen. Los teóricos frecuentemente distinguen los “efectos disuasivos generales” de la pena (hasta qué punto la pena impuesta a una persona previene la comisión del crimen por otros) de su “efecto disuasivo específico” (si la pena disuade la futura conducta criminal de la persona que está siendo castigada). No es fácil probar o rebatir el efecto disuasivo de las penas, lo cual se puede ejemplificar con el polémico subtema de si la pena capital genera un efecto disuasorio superior para el asesinato que la cadena perpetua.

Véase pena; rehabilitación; retribución

doctrina de la lesión Doctrina norteamericana del derecho contractual, con profundas raíces en el *Common Law*, que en un inicio fue formulada de manera más definida por el *Uniform Commercial Code*, excluyendo la ejecución de los acuerdos, o algunas de sus cláusulas, que son extremadamente injustos. La doctrina es usualmente invocada para demostrar una significativa inequidad tanto en el procedimiento (cómo fue celebrado el contrato —p. ej. problemas de fraudes o de coacción—) como en la sustancia (los términos reales del acuerdo). La doctrina tiene diversas raíces o antecedentes: desde la doctrina del derecho romano de *laesio enormis*, que permitía la rescisión de un contrato por la excesividad del precio (lo cual encuentra sus contrapartes modernas en Francia y Alemania), hasta la disposición de los tribunales ingleses de equidad para garantizar la intervención en aquellas ocasiones en donde las partes celebran contratos con términos unilaterales.

El papel de la doctrina dentro de la teoría del derecho consiste en que es un punto frecuente de debates iusfilosóficos: p. ej. el argumento de Richard Epstein (1943-), basado en el análisis económico del derecho, de que la doctrina raramente debería ser aplicada (como las doctrinas de equidad que pretenden proteger al débil, y que a menudo

se utilizan a largo plazo en contra de los intereses de éste); y varios análisis de adeptos al análisis crítico del derecho y a la teoría crítica desde el punto de vista racial, en relación con lo que la doctrina supuestamente demuestra sobre la manera en la cual el sistema jurídico y la sociedad norteamericanos se enfrentan a la injusticia.

Véase derecho contractual

Duguit, León Sociólogo francés (1859-1928) cuyo principal interés fue el concepto sociológico de “cohesión social” o “solidaridad social”. Duguit consideró a la solidaridad social como una tendencia natural de la gente que vive dentro de una sociedad, y al derecho como un aspecto integral del mantenimiento de esa solidaridad. Como parte de este enfoque, Duguit desconfió tanto del concepto de soberanía estatal y poder fuerte del Estado, como de las tesis del individualismo y los derechos individuales. Duguit consideraba a las normas jurídicas no como algo impuesto por el soberano, sino como el reflejo de las tendencias o la conciencia de la comunidad.

E

economía de bienestar Es un esfuerzo para evaluar las acciones y las políticas públicas de acuerdo a los efectos que éstas tienen sobre el bienestar y la protección de los individuos afectados. Aquí se pretende que “bienestar” o “protección” tengan con mucho el mismo significado que “utilidad” tiene para el análisis utilitarista. En dicho análisis, la relación con las preferencias individuales es algunas veces más complicada —ya que “bienestar” o “protección” usualmente indican una medición más objetiva, a la vez que siguen respondiendo a los gustos y valores individuales—. Esta divergencia puede suscitarse debido a que los individuos tienen información deficiente sobre las consecuencias de diferentes elecciones, o incluso sobre sus propias preferencias (p. ej. que la gente puede suponer incorrectamente que les gustará una comida o un trabajo en particular). Si el bienestar depende en parte de los gustos y preferencias de la gente, los cuales podrían variar si se tiene información adicional (o incluso con el tiempo), entonces la decisión entre usar las preferencias actuales (presentes) y las futuras, hipotéticas o idealizadas, se convierte en un problema central para la teoría económica de bienestar.

Véase análisis económico del derecho; utilidad; utilitarismo

economía de coste de transacción *Véase* economía neoinstitucional

economía neoclásica Otro nombre para la corriente dominante del análisis económico. Desde esta perspectiva, el comportamiento co-

mercantil y el no comercial se configura a través de diversos y simplificados supuestos: que los individuos buscan maximizar la satisfacción de sus preferencias, que los individuos son racionales, que no hay coste de transacción y que todos los actores están totalmente informados sobre todos los hechos relevantes (o pueden obtener dicha información sin costo). Este modelo ha demostrado ser extremadamente poderoso tanto para el análisis como para la predicción; sin embargo, los supuestos irreales que subyacen en la concepción neoclásica han suscitado el desarrollo de enfoques económicos rivales que se construyen a partir de supuestos un tanto diferentes.

Véase análisis económico del derecho (enfoque conductual); economía neoinstitucional

economía neoinstitucional Un enfoque hacia la economía que se ofrece como rival de la economía neoclásica (el cual se identifica con la “economía de coste de transacción” o, cuando menos, coincide con él considerablemente). Los defensores de este enfoque (p. ej. Oliver Williamson (1932-)) tienden a enfatizar la importancia del coste de transacción para comprender las instituciones económicas (un punto central en la obra de Ronald Coase (1910-)), el problema de la racionalidad limitada y el problema de la información asimétrica (la manera en que las transacciones usualmente se realizan en un contexto en el que una de las partes tiene información significativamente superior en relación con asuntos clave). Hasta qué punto estas observaciones implican el rechazo de la economía neoclásica, o sólo ligeras modificaciones de su modelo, o bien la cuestión de si el modelo más simple de economía neoclásica sigue siendo preferible a pesar de sus imperfecciones, son temas altamente discutidos.

Véase economía neoclásica

efecto riqueza Un término del análisis económico, algunas veces usado estrictamente para resumir cómo el nivel de riqueza puede afectar el nivel de ahorro y de gasto de una persona. También es usado en un

sentido más amplio para *resumir* de qué manera una mayor riqueza puede afectar aspectos del análisis económico. Por ejemplo, el argumento de que uno puede obtener una intensidad relativa de preferencia partiendo de la disposición a pagar (que A quiere X más que B, porque A está dispuesto a pagar más por X que B) debe incluir advertencias sobre el efecto de la riqueza (una persona opulenta puede estar dispuesta a pagar más por una barra de pan que una persona pobre y hambrienta, aunque sería absurdo decir que la persona rica desea el pan más que el pobre).

eficiencia Término clave en el análisis económico para el cual, sin embargo, no parece haber una definición precisa que haya sido aceptada por consenso. A grandes rasgos, el término hace referencia a aquella elección o estado de cosas que, en comparación con otras alternativas, maximiza el nivel total de utilidad, bienestar o riqueza (dado el mismo punto de partida o conjunto de datos).

Hay conceptos relacionados que son definidos con mayor precisión. La “eficiencia de Pareto” (también conocida como “optimización de Pareto”) se refiere a un estado de cosas en el que ningún cambio a otro estado de cosas sería considerado por todos como preferible ni les parecería indiferente (para una colección dada de bienes e individuos, normalmente hay *un número* de distribuciones distintas que serían “Pareto-eficientes” o “Pareto-óptimas”). En segundo lugar, el paso de un estado de cosas a otro es “Kaldor-Hicks eficientes” si quienes se benefician de ese cambio *podieran* compensar a los perjudicados por todas sus pérdidas, sin que esto perjudique a los primeros en su mejoramiento. En el análisis Kaldor-Hicks, el “podieran” se entiende en términos estrictos —una compensación que podría suceder, pero *no* sucede— (si los beneficiados *compensaran* a los perjudicados por todas sus pérdidas, mientras siguen beneficiándose, el resultado parecería ser un movimiento “Pareto-superior” —en donde todos prefieren el segundo estado de las cosas o son indiferentes—).

Véase análisis económico del derecho; análisis Kaldor-Hicks; eficiencia de Pareto

eficiencia de Pareto Una perspectiva de eficiencia fundada en el trabajo del economista y sociólogo italiano Vilfredo Pareto (1848-1923), y que refleja hasta qué punto una situación o distribución es claramente mejor que otra debido a que todos prefieren la nueva situación, o bien son indiferentes entre las dos. Cuando la modificación a un estado de cosas (p. ej. causada por alguna transacción) sería preferida por al menos una persona, y todos los demás prefirieran también el segundo estado de cosas, o fueran indiferentes entre éste y el original, el segundo estado de cosas sería considerado “Pareto-superior” al primero. Como un corolario necesario, el primer estado de cosas es caracterizado como “Pareto-inferior” al segundo estado de cosas (modificado). Una situación es “Pareto-óptima” si no hubiera movimiento o transacción que fuera “Pareto-superior” a ella —y éste es el entendimiento de “eficiencia” que se asocia al análisis Pareto—.

El ser Pareto-óptimo no debe confundirse con ser “óptimo” en cualquier sentido convencional de ese término. Dada una distribución potencial de bienes, habrá probablemente un número de distribuciones Pareto-óptimas, algunas de las cuales darán poco de qué hablar a su favor (por ejemplo, una distribución en la cual una persona tuvo *todos* los bienes sería Pareto-óptima).

El análisis Pareto es a menudo discutido junto con el análisis Kaldor-Hicks —a veces se atribuye a “Kaldor-Hicks superior” la denominación confusa de “Pareto-superior en potencia”—. Lo “Kaldor-Hicks superior” ocurre cuando las partes que son favorecidas *podrían* —*pero no lo hacen*— compensar a aquellos que fueron perjudicados, de tal manera que la distribución resultante sería Pareto-superior. Sin embargo, mientras que es difícil entender cómo alguien podría oponerse a una transacción que conduce a una situación Pareto-superior (todos permanecen al menos indiferentes entre el segundo estado de cosas y el original), es fácil discernir posibles objeciones a las transacciones que son sólo Kaldor-Hicks superiores, ya que algunas personas terminan siendo perjudicadas y no son compensadas por sus pérdidas.

Aun en su forma tradicional, el análisis Pareto ha estado sujeto a críticas como una guía para la decisión moral o social. Por ejemplo,

Amartya Sen (1933-) ha expuesto que el análisis Pareto puede ser inconsistente con derechos de libertad básicos.

Véase análisis económico del derecho; análisis Kaldor-Hicks; eficiencia

ejemplo del asaltante El ejemplo proviene de la crítica planteada por H. L. A. Hart (1907-1992) a la teoría del derecho como mandato de John Austin (1790-1859). El argumento consiste en que una teoría del derecho que reduzca el derecho a poder y sanciones será incapaz de distinguir una norma “de derecho” y una norma de terror proferida por asaltantes armados. El punto de Hart no depende de que todos los sistemas jurídicos, o al menos la mayoría, sean considerados como legítimos, sino del hecho de que existen regularmente *ciudadanos* o *autoridades* que ven a sus propios sistemas jurídicos como legítimos; y por lo tanto una teoría del derecho capaz de explicar la “aceptación” del sistema jurídico por parte de sus ciudadanos es, por esa razón, una mejor teoría.

Algunos autores han tomado la crítica del asaltante de Hart como el argumento de que una teoría del derecho debe ser capaz de *explicar* la legitimidad de los sistemas jurídicos, e incluso una parte de esos autores ha llegado a quejarse de que la propia teoría de Hart (el derecho como combinación de reglas primarias y secundarias) no garantiza más la legitimidad moral o política que la teoría de los mandatos de un soberano de Austin. Sin embargo, esta crítica se basa probablemente en un malentendido de los objetivos de Hart y otros positivistas jurídicos: ofrecer una teoría del derecho moralmente neutral, dejando la evaluación moral de las leyes individuales y de los sistemas jurídicos en su totalidad, a otro tipo de teorías.

Véase aceptación; Austin, John; Hart, H. L. A.; positivismo jurídico

Ely, John Hart John Hart Ely (1938-2003) fue un catedrático de derecho constitucional que enseñó en la Universidad de Yale, la Universidad de Harvard y la Universidad de Miami, y también fungió como

director de la Facultad de Derecho de Stanford. Su libro, *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional* (1980), ofrecía una justificación del *judicial review* (la invalidación judicial de la legislación con base en los derechos constitucionales) que se basaba en el reforzamiento de los procesos democráticos. Se puede considerar a la teoría de Ely como el desarrollo de una famosa nota a pie de página de una decisión de la Suprema Corte, la nota 4 de *United States vs. Carolene Products Co.* (1938), en donde la Corte sugería realizar un mayor escrutinio de la legislación cuando la promulgación afectara a “minorías diversas y aisladas” y “redujera el funcionamiento de aquellos procesos políticos que se encargan normalmente de proteger a las minorías”. La teoría de Ely intentó ofrecer una justificación del *judicial review* que se basara en los valores democráticos, en lugar de que se opusiera abiertamente a ellos.

Véase dificultad contramayoritaria; teoría constitucional

enfoque *Verstehen* Una noción de la tradición hermenéutica, fundada en la idea básica de que la comprensión de textos humanos y prácticas sociales difiere cualitativamente del tipo de conocimiento involucrado en las ciencias naturales. Mientras algunos aspectos de la tradición pueden ser ubicados en el tiempo de Giambattista Vico (1668-1744) y Johann Gottfried von Herder (1744-1803), las ideas fueron desarrolladas más a fondo por Wilhelm Dilthey (1833-1911) y Max Weber (1864-1920). Una vertiente de esta tradición considera tal comprensión dentro de las ciencias humanas (sociales) como una comprensión “desde dentro”, es decir, cómo serían comprendidos (o habrían sido comprendidos) la práctica o el texto por los participantes en dicha práctica o el autor del texto en cuestión. Las prácticas sociales van a ser abordadas en términos del significado y los propósitos de aquellas acciones.

La importancia de esta tradición en la filosofía del derecho radica en su influencia sobre autores contemporáneos de la interpretación jurídica —una aplicación bastante natural de las ideas— y, quizá más inesperadamente, sobre la naturaleza del derecho. En esta última ca-

tegoría, el tipo de positivismo jurídico de H. L. A. Hart (1907-1992) está fundado fuertemente en el “aspecto interno” de las reglas y del derecho, lo cual a su vez está basado sobre consideraciones *Verstehen* desarrolladas por Peter Winch; y las teorías institucionales del derecho presentadas por Neil MacCormick (1941-), Ota Weinberger (1919-), y otros, también muestran una influencia de este enfoque.

Véase H. L. A. Hart; hermenéutica; punto de vista interno; teorías institucionales del derecho; Weber, Max; Winch, Peter

epistemología Es el estudio de cómo conocemos las cosas, o de las justificaciones de las aserciones. Las cuestiones respecto a la naturaleza y los fundamentos del conocimiento (jurídico) también estarán relacionadas con temas sobre la verdad (jurídica). Así, las cuestiones de epistemología y justificación pueden surgir en un número de áreas dentro de la teoría del derecho, incluyendo cuestiones relativas al razonamiento judicial, el razonamiento jurídico, la tesis de la respuesta correcta, etcétera.

equidad El principio básico de equidad se refiere a la desviación del estricto cumplimiento de las normas en atención a la “justicia verdadera” o la “justicia ideal” (en contraste con la “justicia legal” —que es una justicia de acuerdo con la estricta aplicación de las normas sancionadas—). En particular, es la idea de que, en circunstancias inusuales, los principios de la justicia (o las razones y propósitos que motivan o subyacen a la norma) podrían requerir la desviación de la estricta aplicación de la norma. La idea de equidad en este sentido se remonta a, cuando menos, Aristóteles (*Ética para Nicómaco*).

Un sentido diferente pero relacionado de equidad proviene de las normas y principios desarrollados por los cancilleres de Inglaterra, más tarde tribunales ingleses de equidad, y los tribunales contemporáneos de equidad asentados en otros lugares (p. ej. en los Estados Unidos). Había un recurso que se podía interponer ante el canciller o las cortes de equidad a fin de librar a las partes de las injusticias ocasionadas por la estricta aplicación de las normas del *Common Law*. Con el

tiempo, (1) las cortes de equidad desarrollaron criterios y principios cuya aplicación podía parecer tan estricta o tan ciega como aquella de las normas del *Common Law*; y (2) tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, el derecho y la equidad han dejado de estar separados, en el sentido de que los tribunales particulares están facultados para aplicar ambos tipos de criterios y de otorgar ambos tipos de recursos.

Véase Aristóteles; justicia

equilibrio Término que tiene diferentes significados en diferentes contextos dentro de la filosofía del derecho. Por ejemplo, en la teoría de juegos el “equilibrio” usualmente se refiere al “equilibrio de Nash”, un punto estable dentro de un “juego no-cooperativo”: una situación, resultante de la combinación de las estrategias de los jugadores, en la cual ningún jugador podría mejorar su posición al cambiar su estrategia. El equilibrio en la teoría de juegos no se refiere, como en el discurso convencional, a un resultado estable (el término que se aproxima a esto en la teoría de juegos es “resultado”).

El término “equilibrio reflexivo” es utilizado en la teoría moral y en las teorías de la justicia para indicar un enfoque hacia el razonamiento moral mediante el cual las intuiciones morales y las teorías morales son constantemente sometidas a prueba, unas con otras.

Véase equilibrio de Nash; equilibrio reflexivo; teoría de juegos

equilibrio de Nash Término de la teoría de juegos que debe su nombre al teórico John F. Nash, Jr. (1928-), aunque la idea básica puede rastrearse en los escritos de Antoine Augustin Cournot (1801-1877). El equilibrio de Nash describe un punto estable en un “juego no-cooperativo”, una situación resultante de la combinación de las estrategias de los jugadores, en la cual ningún jugador podría mejorar su posición al cambiar su estrategia. Aunque algunas veces se refiere al equilibrio de Nash como la “solución” al juego en cuestión, (1) no todos los juegos tienen un equilibrio de Nash, y muchos juegos tienen más de uno, y (2) no hay ninguna prueba de que un equilibrio de

Nash sea deseable (para las partes involucradas o para otros interesados). El ejemplo más conocido de este último punto es la manera en que el equilibrio de Nash estable se presenta en el dilema del prisionero, cuando ambas partes han “renunciado”, un resultado lejos de ser el más óptimo para las partes.

John Nash recibió el Premio Nobel de Economía en 1994 (junto con John Harsanyi y Reinhard Selten).

Véase dilema del prisionero; teoría de juegos

equilibrio reflexivo Un enfoque hacia el razonamiento moral planteado por John Rawls (1921-2002) (por ejemplo, en *La teoría de la justicia* (1971)), en el cual los juicios morales específicos y establecidos son reconsiderados a la luz de principios morales propuestos. En general, la idea es evaluar los juicios y las intuiciones a través de una teoría, y probar a las teorías frente a los juicios y las intuiciones, hasta que se logre un punto de vista que sea coherente y no contenga elementos problemáticos. Rawls desarrolló esta idea a partir de una idea similar de Nelson Goodman (1906-) empleada en *Fact, Fiction and Forecast* (1965), donde Goodman habló de un “círculo virtuoso” que pone a las inferencias deductivas a prueba, al enfrentarlas con nuestras prácticas deductivas.

Véase equilibrio; Rawls, John

escepticismo En la literatura filosófica, el escepticismo generalmente alude a la negativa de que uno pueda tener conocimiento sobre un área particular. Diferentes tipos de argumentos escépticos han tenido apariciones frecuentes dentro de la teoría del derecho. Aquellos que son escépticos con respecto a la moral han ofrecido argumentos sobre cómo esto afecta a las pretensiones de verdad jurídica. En décadas recientes, los argumentos escépticos han derivado de una variedad de fuentes: p. ej. deconstrucción, posmodernidad, incommensurabilidad y (dentro de una rama del análisis crítico del derecho) la “contradicción fundamental”.

Véase análisis crítico del derecho; contradicción fundamental; deconstrucción, inconmensurabilidad; posmodernidad

escepticismo ante la regla Término usado para describir las opiniones de algunos de los autores del realismo jurídico norteamericano y de algunos enfoques críticos posteriores. El “escepticismo” ante las reglas tiene que ver con hasta qué punto el seguir las reglas (jurídicas) constituye una buena descripción de la manera en que los jueces deciden casos en la realidad, o bien hasta qué punto las reglas (jurídicas) realmente pueden determinar el resultado de las disputas legales. En cuanto a lo primero, una objeción descriptiva, la sospecha es que las decisiones de los jueces están determinadas en gran parte, de hecho, por prejuicios conscientes e inconscientes. En cuanto a lo segundo, una objeción más conceptual, el argumento consiste en que la aplicación de reglas generales a casos particulares es a menudo (y algunos teóricos dirían “siempre”) indeterminada.

Los teóricos que son denominados (o que se autodenominan) como “escépticos ante la regla”, suelen pugnar por que se enfatice “lo que los tribunales realmente deciden” o las predicciones de lo que los tribunales realmente decidirán.

Véase hombre malo; realismo jurídico norteamericano

escepticismo externo Término utilizado por Ronald Dworkin (1931-) en algunos de sus últimos trabajos (p. ej. *El imperio de la justicia* (1986)), para responder a los críticos que dudaban de la capacidad de hablar de “respuestas correctas” para problemas jurídicos difíciles. Dworkin, rechazando las críticas globales, distingue entre quienes plantean dudas y problemas *dentro* de una práctica (como la toma de decisiones legales o judiciales) y quienes cuestionan la legitimidad o los fundamentos de esa práctica en su totalidad. Dworkin llama a lo primero “escepticismo interno” y lo considera como un planteamiento apropiado; a lo último lo denomina “escepticismo externo”, y lo rechaza por ser inútil e inapropiado.

Véase escepticismo interno

escepticismo interno En las obras de Ronald Dworkin (1931-), en particular en *El imperio de la justicia* (1986), una parte fundamental de su argumento depende de la distinción entre “escepticismo interno” y “escepticismo externo”. La diferencia radica en el hecho de que la crítica escéptica se plantea desde “dentro” de la práctica, cuestionando por su parte las tesis sobre la práctica en sus propios términos. Dworkin se centró particularmente en las críticas a las tesis que contienen un valor de verdad dentro del derecho y la moral (como en las críticas escépticas hacia la moral presentadas por positivistas lógicos o por John Mackie (1917-1981)).

La diferencia entre los dos estriba en que uno acepta las premisas básicas de la práctica en cuestión (el escéptico interno), y el otro cuestiona la base de la práctica en general (el escéptico externo). El escéptico externo elabora una tesis global a menudo fundada en la metafísica: p. ej. que no existen las entidades morales que pudieran convertir a las pretensiones morales en verdaderas o falsas. Un argumento a favor de los ataques internos o no-globales y por encima del escepticismo externo o global ofrecido por algunos autores, es que el escepticismo interno cumple con los requerimientos de un desacuerdo sustantivo —que la crítica y la proposición criticada están realmente discrepando sobre alguna materia, y no se encuentran en un “diálogo de sordos”—.

escuela del derecho libre Enfoque hacia el derecho cuyos adeptos fueron principalmente pensadores alemanes a fines del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX, pero cuya influencia fue probablemente mucho más amplia, al grado de inspirar fuertemente las ideas de los realistas jurídicos norteamericanos. La escuela del derecho libre adoptó las ideas de François Gény (1861-1959) y Rudolf von Jhering (1818-1892), teóricos de este movimiento, los cuales sostuvieron que la interpretación del derecho codificado alemán tendría inevitablemente lagunas en su aplicación y que el juez debería recurrir al conocimiento de la sociedad o a la conciencia social al decidir los casos. Entre los teóricos relacionados con este movimiento figuran el sociólogo del de-

recho austriaco Eugen Ehrlich (1862-1922) y el jurista alemán Hermann Kantorowicz (1877-1940).

Véase Gény, François; Jhering, Rudolf von; realismo jurídico norteamericano

esencialismo Generalmente es un término de crítica mediante el cual se sostiene que otros creen falsamente que alguna categoría goza de una naturaleza fija, cuando de hecho la categoría tiene tal o cual forma debido a las decisiones humanas. Entre los teóricos críticos, el objetivo de los argumentos relacionados con el esencialismo consiste, usualmente, en cuestionar hasta qué punto se podría decir que los sexos, o varios grupos raciales o étnicos, tienen una naturaleza básica o una manera característica de pensar, analizar o experimentar el mundo. En las discusiones analíticas surgen constantemente algunas interrogantes sobre el esencialismo en cuanto a si tiene sentido hablar acerca de “la naturaleza del derecho” o “la naturaleza de la propiedad” y así por el estilo. El “esencialismo” es a menudo contrastado con el “nominalismo” o con “la construcción social”.

Véase interseccionalidad; teoría crítica desde el punto de vista racial; teoría feminista del derecho; teoría *queer*

Estado de derecho Un ideal complejo y discutible que se remonta al menos hasta Aristóteles, bajo el cual los ciudadanos han de ser “regidos por la ley, no por los hombres”. Hay aspectos diversos de este ideal —y varios autores difieren respecto a cuáles enfatizar—, pero se suele coincidir en que los criterios de conducta son vinculantes para todos, incluyendo a los más poderosos; que la aplicación de una norma debería ser consistente con su significado; que las normas deberían ser promulgadas; que las normas deberían ser claras en el lenguaje, y que el cumplimiento de las normas no debe ser imposible.

La teoría del derecho natural (secular o procedimental) de Lon Fuller (1902-1978) puede ser considerada como un desarrollo de la idea o del ideal de Estado de derecho: cuando él escribe acerca de “la mo-

ral interna del derecho” se refiere a aquellos ideales morales que los ciudadanos, dirigidos de manera efectiva por normas generales, exigen o favorecen. Otros importantes defensores de una comprensión procedimental más formal del Estado de derecho han sido Friedrich von Hayek (1899-1992), A. V. [Albert Venn] Dicey (1835-1922) y Joseph Raz (1939-). Algunos autores prefieren una lectura más sustantiva del Estado de derecho, una que implica o bien un compromiso con la democracia o la protección de ciertos derechos individuales (más allá de aquellos discutidos en la idea formal/procedimental del Estado de derecho).

estructuralismo Enfoque hacia el conocer y el entendimiento en una variedad de campos (lingüística, antropología y teoría política), que tuvo su mayor auge en las décadas de 1950 a 1970, y que busca la estructura profunda bajo la variedad de la superficie. Entre sus más importantes defensores destaca Claude Lévi-Strauss (1908-). Han habido intentos ocasionales por aplicar el método y las explicaciones estructuralistas a la teoría del derecho, por lo general por teóricos de alguna de las escuelas críticas (análisis crítico del derecho, teoría feminista del derecho, teoría crítica desde el punto de vista racial, posmodernidad): p. ej. la discusión de Duncan Kennedy (1942-) sobre la “contradicción fundamental”.

Véase contradicción fundamental; semiótica

estudios sociojurídicos *Véase* derecho y sociedad

ex ante frente a ex post Considerar las cuestiones desde una perspectiva anterior en el tiempo (*ex ante*) en oposición a una perspectiva posterior al evento (*ex post*). La diferencia en la perspectiva es a menudo enfatizada por los teóricos del análisis económico del derecho, y parece especialmente relevante al discutir indemnizaciones óptimas. Por ejemplo, en casos de responsabilidad civil, las indemnizaciones que pueden parecer óptimas después del hecho (p. ej. porque compensan totalmente a una parte ofendida por sus pérdidas) pueden ser menos

que óptimas tomando en cuenta la perspectiva “anterior al hecho”, tanto del sujeto responsable como de la víctima (o futuros actores), pues provee un nivel ineficiente de incentivos para que uno o ambos tomen precauciones. El resultado que pueda ser más justo para las partes en la disputa, considerando los hechos en retrospectiva, puede variar partiendo de la norma que tendrá las mejores consecuencias para otras partes en el futuro.

Véase análisis económico del derecho

externalidades Un término del análisis económico que se refiere a los efectos que una transacción o actividad tienen sobre aquellos ajenos a las partes o a los actores principales de dicha transacción o actividad. Aunque tales efectos pueden ser tanto positivos como negativos, y los teóricos se refieren a “externalidades positivas” y “externalidades negativas”, a veces el término “externalidades” es utilizado para referirse sólo a las últimas.

La importancia de las externalidades consiste en que algunos teóricos creen que los efectos negativos de las transacciones y las actividades, de no ser consensuadas, podrían justificar la intervención del Estado. El teorema de Coase fue una respuesta importante a esta perspectiva, sosteniendo que sería un error considerar los costos sociales en términos de “externalidades”, y que en muchas circunstancias la intervención estatal no determinará qué actividades ocurren.

El ejemplo clásico de una externalidad (negativa), y el más destacado en las opiniones que Ronald Coase (1910-) criticó, es el de la contaminación: el de una actividad industrial que podría implicar un costo o daño sobre sus vecinos que la actividad por sí misma no compensa (a menos que esa externalidad sea “internalizada” por una multa, un impuesto o una responsabilidad civil que corresponda con el nivel de daño ocasionado).

Véase falla de mercado; teorema de Coase

F

falla de mercado En economía, expresión que deriva de la presunta preferencia de que los problemas sean resueltos a través de transacciones mercantiles voluntarias u otros “arreglos privados”. El argumento es que bajo condiciones ideales (absoluta competitividad, información plena de las partes, etcétera) los mercados distribuirán los recursos de manera óptima. Bajo este enfoque, la regulación gubernamental de las transacciones está asegurada (sólo) cuando una circunstancia, una “falla de mercado”, impide que el mercado funcione normalmente. Entre las circunstancias usualmente asociadas a la “falla de mercado” están los monopolios, las “externalidades” (donde los costos o beneficios de una transacción recaen en entidades que no son partes de dicha transacción), altos costes de transacción, y una severa ausencia de información.

La medida en la cual los impuestos, subsidios, la responsabilidad civil, o la reasignación de derechos puedan remediar ciertos tipos de fallas de mercado, está relacionada con los debates que conciernen al teorema de Coase, el cual indica que la intervención gubernamental es frecuentemente tanto innecesaria como inefectiva para responder a ciertos tipos de fallas de mercado.

Véase análisis económico del derecho; externalidades; teorema de Coase

feminismo cultural *Véase* teoría feminista del derecho

feminismo de dominación *Véase* teoría feminista del derecho

feminismo de trato equitativo *Véase* teoría feminista del derecho

feminismo relacional *Véase* feminismo cultural

filosofía analítica del derecho *Véase* jurisprudencia analítica

filosofía del derecho (*jurisprudence*) El estudio filosófico del derecho. Algunas personas usan el término de manera más amplia para referirse a cualquier estudio teórico del derecho —e inclusive a cualquier estudio sobre temas jurídicos, sin importar qué tan teórico sea— (la palabra se deriva del latín *jurisprudentia*, que significa “conocimiento del derecho”). En el otro extremo, algunos autores intentan distinguir entre “jurisprudencia”, “filosofía del derecho” y “teoría del derecho” —por ejemplo, que “jurisprudencia” es una categoría más amplia que “filosofía del derecho”, ya que aquélla incluye trabajos que se originan de disciplinas no-filosóficas, como la jurisprudencia histórica y la jurisprudencia sociológica, o que incluye a cualquier discusión teórica y general de cuestiones jurídicas—. Sin embargo, en general estos términos son utilizados de manera intercambiable, y hay poca consistencia entre aquellos autores que intentan distinguir entre los términos, en cuanto a qué término se refiere a qué cosa.

filosofía jurídica *Véase* filosofía del derecho (*jurisprudence*)

formalismo El término es utilizado a menudo en un sentido peyorativo, para describir el análisis (ya sea en artículos o en opiniones judiciales) que se mueve mecánica o automáticamente de una categoría o concepto a una conclusión, sin consideración política, moral o práctica alguna. El argumento en contra del formalismo (enfoques similares fueron también criticados bajo las denominaciones de “jurisprudencia mecánica” y “conceptualismo”) fue que el movimiento de una categoría a una conclusión jurídica es tanto injustificado como imprudente. El formalismo fue el blanco particular elegido por los realistas

jurídicos norteamericanos que escribieron en las primeras décadas del siglo XX.

Ocasionalmente, algunos teóricos modernos declaran su afinidad hacia el “formalismo”, pero casi siempre se refieren a algo bastante diferente de aquello que los realistas jurídicos estaban atacando. A veces, a lo que se refieren con este uso más positivo de “formalismo” es lo que otros llaman “textualismo” —una afirmación de que las leyes o Constituciones deberían ser interpretadas de acuerdo con su significado literal y no (ya que esto sería diferente) de acuerdo con los propósitos que las subyacen o las intenciones de los legisladores—. Aun así, otros teóricos usan “formalismo” para referirse a un conjunto de perspectivas que incluyen no sólo al textualismo, sino también a una preferencia hacia las normas por sobre los criterios, la interpretación (especialmente de las disposiciones constitucionales, pero también, ocasionalmente, de las leyes) de acuerdo con las intenciones originales del legislador, y/o una creencia de que las áreas doctrinales del derecho deberían ser interpretadas en maneras que sean consistentes con su “esencia” o su “forma básica”. Una variante de esta última perspectiva positiva del “formalismo” es el uso del término para describir la manera en la cual el uso de normas para tomar decisiones y organizar las instituciones necesariamente limita las opciones de los que toman decisiones, una limitación que tiene ventajas al igual que desventajas.

Véase autonomía del derecho; conceptualismo; realismo jurídico norteamericano; teorías de la adjudicación; textualismo

fórmula Hand Una fórmula que se propone resumir la regla de negligencia, planteada por el altamente respetado juez norteamericano Learned Hand en el caso *United States vs. Carroll Towing*, 159 F.2d 169, 173 (2nd Cir. 1947). Bajo esta fórmula, el que causa daño es responsable sólo si $B < PL$, en donde B es el costo de la precaución que se hubiera necesitado para prevenir el daño, P es la probabilidad de que el daño ocurriría, y L es la magnitud de la pérdida.

Véase análisis económico del derecho; responsabilidad civil

fortuna moral Es la idea de que nuestra situación o estatus moral está determinado, en una medida significativa, por factores más allá de nuestro control. Aunque el término fue introducido por Bernard Williams (1929-2003) en 1976 (en *The Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Vol. 50*), y elaborado por Thomas Nagel (1937-) en el mismo año (y el mismo volumen), se suele pensar que el concepto deriva o se conecta con el trabajo de Immanuel Kant (1724-1804) (particularmente *Cimentación para la metafísica de las costumbres* (1785)), quien había sostenido que uno es moralmente responsable sólo por acciones *elegidas*. Dentro del derecho penal surge la cuestión sobre si es justo juzgar como más culpable a la persona que asesina que a aquella que intenta el asesinato pero falla; o juzgar como más culpable a la persona que maneja imprudentemente o bajo intoxicación y causa un daño, que a otra persona, igualmente imprudente o intoxicada, que no ocasiona un daño.

Véase consecuencialismo; Kant, Immanuel; responsabilidad

Foucault, Michel Filósofo francés (1926-1984) que, a lo largo de sus obras sobre la historia de las ideas y las instituciones sociales (p. ej. *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas* (1966), *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (1975)), analizó el modo en que el poder define la razón y domina las relaciones sociales. El trabajo de Foucault no aborda al derecho de manera extensa, y cuando lo hace, las referencias frecuentemente equiparan al derecho con una visión centralista del poder que Foucault rechazó expresamente. Sin embargo, sus posiciones acerca de las complicadas relaciones entre el poder y el conocimiento —posiciones fuertemente influenciadas por los escritos de Friedrich Nietzsche (1844-1900), y que también han sido equiparadas al estructuralismo, aunque el propio Foucault rechazó dicha descripción— podrían ser aplicadas a la teoría del derecho, particularmente para las teorías críticas que presentan al sistema jurídico como un sistema que es deformado por intereses sociales. Algunos autores han intentado tales aplicaciones, con mayor o menor éxito.

Véase Nietzsche, Friedrich

Frank, Jerome N. Jerome New Frank (1889-1957) fue uno de los pensadores más destacados en el movimiento del realismo jurídico norteamericano, cuyos principales trabajos incluyen *Law and the Modern Mind* (1930) y *Courts on Trial* (1949). Fue también presidente de la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos y un juez federal del tribunal de apelaciones.

El enfoque de Frank está ejemplificado por el título de uno de sus artículos, “Are Judges Human?” (*University of Pennsylvania Law Review*, 1931). Frank recomendó a los abogados y juristas que se concentraran en los múltiples factores detrás de las normas jurídicas abstractas que ocasionan que los jueces decidan los casos de la manera en que lo hacen —desde varias formas de prejuicios o tendencias hasta inclinaciones psicológicas (Frank atribuyó la creencia de los jueces en un derecho inmutable e infalible a la “veneración paternal”)—. También subrayó la importancia de los hechos —la incertidumbre en su determinación y la amplia posibilidad de error— para el éxito o fracaso en un juicio. En ocasiones, Frank denominó a esta incertidumbre en la determinación de los hechos en un juicio, “escepticismo de los hechos” —en contraste con el “escepticismo ante la regla” que fue defendido por algunos de los demás realistas jurídicos norteamericanos—.

Véase realismo jurídico norteamericano

Fuller, Lon L. Lon Luvois Fuller (1902-1978) fue una figura importante en el derecho contractual norteamericano (en donde su manual fue el primero en incorporar las perspectivas del realismo jurídico norteamericano, al comenzar con indemnizaciones y no con la formación de contratos) y la resolución alternativa de disputas. Dentro de la filosofía del derecho, fue un crítico pionero y perspicaz de algunos aspectos del realismo jurídico norteamericano, pero su mayor influencia provino de su teoría procedimental sobre el derecho natural y sus críticas del positivismo jurídico.

Fuller criticó al positivismo jurídico (quizá injustamente) por tratar al derecho como un mero objeto para el estudio cuasicientífico más

que como un proceso o una función; y por presentar al derecho como una “proyección unilateral de autoridad”, siendo que es mejor comprendido en términos de una reciprocidad entre autoridades y ciudadanos. Su obra más importante, *La moral del derecho* (1964), plantea una visión alternativa que Fuller caracteriza como “derecho natural secular”.

Para Fuller, el derecho no es meramente un objeto o entidad que deba ser estudiado desapasionadamente bajo un microscopio; el derecho es un proyecto humano, con un objetivo moral implícito de permitir que las personas coexistan y cooperen dentro de la sociedad. No es sólo que el derecho tiene un ideal, sino que el derecho no puede ser verdaderamente comprendido sin entender antes el ideal (moral) hacia el cual está encaminado (hay muchas actividades humanas, desde la pintura al atletismo o al boxeo, que son difíciles de comprender a menos de que uno sepa el objetivo o ideal hacia el que se encaminan los participantes). El derecho es la “empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas”. El derecho es, entonces, un *proceso*, en contraste con el proceso ligeramente distinto de dirección empresarial (ésta puede ser más específica que general, y está más acorde con obtener los objetivos de la “gerencia” —en contraste con el derecho, cuyo propósito primordial es ayudar a los ciudadanos a coexistir, cooperar y prosperar— aunque, aun con la dirección empresarial, es imprudente crear normas que opriman o confundan).

Tanto la frase de Fuller, la “empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas”, como el examen detallado de sus ocho criterios para la “moral interna del derecho”, indican que su centro de atención, en aquellas discusiones, se dirigía a la legislación. El enfoque de Fuller hacia el derecho puede ser visto como uno que rechaza la noción de que el “derecho” es mejor comprendido como un objeto que puede ser analizado partiendo de las partes que lo componen. En cambio, Fuller argumentaría que el derecho es mejor comprendido como la respuesta oficial a tipos particulares de problemas —en particular, la guía y coordinación de las acciones de los ciudadanos en la sociedad—.

Fuller señala que el positivismo jurídico ve al derecho sobre todo como una “proyección unilateral de autoridad” —una parte que emite órdenes, y otras partes que las cumplen—. Esto es más obvio en el trabajo de John Austin, con su reducción del derecho a los mandatos de un soberano, pero podría decirse que positivistas jurídicos posteriores no son tan diferentes. Fuller expresa que esta perspectiva del derecho es un malentendido fundamental: “pues gran parte del derecho, gran parte de un sistema jurídico totalmente funcional, depende de que haya una *reciprocidad de deberes entre los ciudadanos y los legisladores*: la existencia de una reciprocidad relativamente estable de expectativas entre el legislador y el sujeto, forma parte de la idea misma de un orden jurídico funcional”. El derecho sólo puede funcionar cuando los ciudadanos y las autoridades cooperan, cumpliendo cada uno con sus propias funciones. Por ejemplo, las autoridades prometen, expresa o implícitamente, aplicar las normas tal como fueron promulgadas, y hacer que las demandas de los ciudadanos sean razonables y consistentes; en la medida en que las autoridades violen estos deberes, comenzará a derrumbarse el debido funcionamiento de la sociedad.

El análisis afirmativo de Fuller se desarrolla a partir de su evaluación de las deficiencias del positivismo jurídico. En lugar del positivismo jurídico ofrece un análisis que se centra en el derecho como proceso, uno que enfatiza la importancia de la interacción entre las autoridades y los ciudadanos, y ello vuelve más transparente la manera en la que un orden jurídico puede ser instrumental para la obtención de otros bienes.

Fuller ofrece una lista de ocho “principios de legalidad”, que servirían como criterios para evaluar los deberes mínimos de un gobierno, y también fijar los objetivos de excelencia hacia los cuales se inclinaría un buen gobierno. Los ocho criterios de Fuller son:

- Las normas deben ser generales.
- Las normas deben ser promulgadas.
- La creación y aplicación retroactiva de las normas debe ser minimizada.

- Las normas deben ser comprensibles.
- Las normas no deberían ser contradictorias.
- Las normas no deberían ser imposibles de obedecer.
- Las normas deberían ser relativamente constantes a través del tiempo.
- Debería haber una congruencia entre la promulgación de las normas y su aplicación.

Algunos de los ocho principios de Fuller son mejor vistos como requerimientos mínimos —por ejemplo, en el caso de leyes que exigen lo imposible, o que se contradicen entre sí—. Otros, como la minimización de la legislación retroactiva, la promulgación completa de las leyes y la comprensibilidad de las leyes, son mejor vistos como ideales a los que siempre deberían aspirar los sistemas jurídicos, pero que no siempre pueden ser alcanzados.

Los sistemas de normas que cumplen sustancialmente con los ocho requerimientos son “sistemas *jurídicos*”, en el sentido de que es más probable que tengan éxito en guiar la conducta de sus ciudadanos; los sistemas de normas que no cumplen sustancialmente con los ocho requerimientos no son sistemas jurídicos, ya que no es probable que puedan guiar la conducta de los ciudadanos.

Varios críticos, destacando entre ellos H. L. A. Hart (1907-1992), han objetado el llamar “moral” a los ocho criterios de Fuller —argumentando que son, a lo sumo, meramente eficacia o eficiencia, un valor moral neutral tan importante para las autoridades y los gobiernos perversos, como para los virtuosos (de manera célebre, Hart notó que uno podría fácilmente tener una “moral [interna] de envenenamiento”)—. Si un sistema jurídico tiene fines perversos, tal como la Alemania nazi o el *apartheid* de Sudáfrica, entonces el seguir los lineamientos de Fuller permitirá que el gobierno sea más eficiente al lograr esos fines perversos.

Aunque el argumento de Fuller para el carácter moral de sus ocho criterios no es tan claro como podría serlo, se han ofrecido los siguientes argumentos, cada uno de los cuales tiene su base en el propio tra-

bajo de Fuller. (1) Como lo han notado otros, “jugar bajo las reglas del juego” —o jugar el juego de manera justa— es en sí mismo una parte integral de la justicia, aun si no toda ella (por analogía, muchas personas creen que es de cierto valor moral mantener las promesas, incluso si fue una promesa de hacer algo malo). Por ejemplo, si la creación retroactiva de leyes es criticada, no es en el nivel de la eficacia, sino en el nivel de la justicia y la moral. (2) Ciertos tipos de males son, puede decirse, menos probables cuando se siguen los debidos procedimientos: p. ej., es más probable que los tribunales arriben a decisiones justas si los jueces saben que tienen que ofrecer razones públicas para justificar sus decisiones (ciertas formas de corrupción serían difíciles de racionalizar). También, como lo ha observado un autor, “la decisión de un gobierno perverso de actuar dentro de los límites procedimentales del Estado de derecho, le otorga a la población general al menos un grado de seguridad” (Robert P. George, *In Defense of Natural Law* (1999)). (3) Fuller alguna vez escribió que no podría creer que un sistema jurídico que fuese procedimentalmente justo, no fuese también sustantivamente justo. Ciertamente, existe una correlación (al menos en el sentido negativo de que a los países a los que les importa poco lo uno, probablemente les importará poco lo otro), pero también ha habido países que han promulgado el mal de una forma eficiente y meticulosa. En su mayor parte, la fe de Fuller en una fuerte conexión entre la justicia procedimental y sustantiva es una parte optimista, pero periférica, de su teoría.

Véase derecho natural procedimental; Estado de derecho; Hart, H. L. A.; moral interna del derecho; proceso legal; teoría del derecho natural

funcionalismo El término “funcionalismo” es utilizado para describir a aquellos que equiparan al “derecho” con el cumplimiento de ciertas funciones sociales. El término es a veces utilizado estrictamente para describir una cierta escuela de pensamiento dentro de la sociología o la antropología del derecho. Otras veces, el término es utilizado más am-

pliamente, p. ej. al describir a algunos de los realistas jurídicos norteamericanos (p. ej. Felix Cohen (1907-1953)) que enfatizaron la importancia de los papeles que tiene el derecho en la vida social, en contraste con lo que los realistas consideraban la perspectiva más metafísica del formalismo jurídico.

Véase derecho y sociedad; realismo jurídico norteamericano

G

Gadamer, Hans-Georg. Filósofo alemán (1900-2002) cuyo trabajo más importante, *Verdad y método* (1960), contribuyó a la teoría hermenéutica moderna. En particular, Gadamer sostuvo que la interpretación de los textos es realizada en un contexto en el cual tanto el autor como los lectores son afectados por la cultura en que se localizan. De acuerdo con Gadamer, todos estamos condicionados históricamente, y la interpretación implica un esfuerzo de encontrar una “fusión de horizontes” entre las dos perspectivas diferentes. Al igual que otros escritores dentro de la tradición hermenéutica, Gadamer ha sido citado y discutido por algunos teóricos que trabajan sobre la interpretación jurídica, pero nunca ha estado claro cómo es que las observaciones abstractas de Gadamer deben ser traducidas directamente en prescripciones útiles o apuntes para la interpretación de textos jurídicos. Gadamer plantea de un modo sofisticado el problema básico de la interpretación jurídica: la aplicación de reglas a través del tiempo, cuando los problemas han cambiado, al igual que la manera de visualizar el mundo.

El trabajo de Gadamer también ha sido retomado por quienes cuestionan (en el ámbito jurídico o en otro lado) la búsqueda de una verdad objetiva e intemporal y del objetivo de un significado determinado en la interpretación, aunque las afirmaciones de Gadamer en este nivel más general están sujetas a muchas de las objeciones típicas planteadas en contra del historicismo y el relativismo.

El enfoque de Gadamer hacia la hermenéutica difiere claramente de la de aquellos teóricos contemporáneos en el área —p. ej. la del teórico hermeneuta italiano Emilio Betti (1890-1968)—.

Véase Betti, Emilio; hermenéutica

género frente a sexo Algunos teóricos, incluyendo un número de prominentes feministas, críticos y posmodernos, distinguen entre ciertos atributos biológicos, fenotípicos y genéticos, por un lado, y la categoría social por el otro, argumentando que la segunda es construida social o culturalmente en su mayoría.

Véase construcción social; teoría feminista del derecho

Gény, François Jurista francés (1861-1959) que sostuvo, en oposición a los teóricos que pensaban que el derecho francés estaba en gran parte determinado por el texto del código civil, que habrían inevitablemente lagunas en la ley que no podían ser subsanadas por la lógica formal de la ley y que, por lo tanto, había una (y debería haber) creatividad judicial sustantiva en el desarrollo del derecho. Gény defendió la interpretación jurídica a la luz de las “exigencias sociales”. El trabajo de Gény influyó y coincidió con la escuela alemana del derecho libre.

Véase escuela del derecho libre

Gierke, Otto von Otto Friedrich von Gierke (1841-1921) fue un teórico alemán cuyo trabajo sobre las asociaciones y el derecho de asociación fue influyente tanto para cuestiones prácticas de regulación jurídica como para cuestiones más metafísicas respecto de si los colectivos (incluyendo los gremios y los corporativos comerciales) pueden o deberían ser tratados como entidades “reales” para fines éticos, así como jurídicos. Los escritos de Gierke sobre *Genossenschaft* (“libre asociación jurídica”) están basados en una visión de la historia como una lucha constante entre tales asociaciones y la autoridad impuesta (*Herrschaft*).

Gramsci, Antonio Antonio Gramsci (1891-1937) fue un teórico italiano que trabajó dentro de la tradición marxista y comunista. Sus ideas sobre la “legitimación” y la “hegemonía” han sido influyentes entre los teóricos críticos, especialmente entre algunos partidarios del análisis crítico del derecho. La noción básica consiste en que la fuerza de las ideas puede ocasionar que los oprimidos acepten como legítimas las estructuras y prácticas que los oprimen. Este argumento ofrece una solución al problema o paradoja (desde la perspectiva del pensamiento tradicional de izquierda) del por qué los trabajadores y los pobres a menudo parecen respaldar las instituciones y prácticas que (según el argumento) están actuando en contra de los intereses de dichas clases.

Véase análisis crítico del derecho; legitimación; teorías marxistas del derecho

Grocio, Hugo Hugo Grocio (1583-1645) fue un filósofo holandés del derecho cuyo trabajo desempeñó una función crucial en la tradición del derecho natural y en el desarrollo del derecho internacional. Su volumen, *Del derecho de la guerra y de la paz* (*De iure belli ac pacis*) (1625) fue un esfuerzo para reformular los principios del derecho natural a la luz de la variedad de perspectivas que gente y sociedades diferentes sostenían con respecto a la política y la religión. Grocio intentó encontrar principios del derecho natural fundados en la razón, que la gente de diferentes credos podría aceptar, y que podrían ir más allá de las fronteras nacionales. A menudo se piensa que el derecho internacional moderno deriva de los principios que Grocio propuso.

Para algunos, la importancia de Grocio para la historia de la teoría del derecho natural proviene principalmente de un comentario pasajero que pareció declarar la independencia de los iusnaturalistas respecto de la religión: “Lo que hemos estado diciendo tendría un grado de validez incluso suponiendo aquello que no puede ser aceptado sin la más extrema maldad, esto es, que Dios no existe”. La importancia de este comentario para el desarrollo de las teorías seculares del derecho natural (y los derechos naturales) sigue siendo materia de controversia (por ejemplo, algunos críticos afirman que el comentario de

Grocio no fue particularmente original, ya que otros enunciados semejantes fueron formulados por un considerable número de teóricos anteriores).

Véase derecho internacional; Pufendorf, Samuel; Suárez, Francisco; teoría del derecho natural

Grundnorm *Véase* norma fundante

H

Hägerström, Axel Véase realismo jurídico escandinavo

Hale, Robert L. Robert Lee Hale (1884-1969) fue un realista jurídico norteamericano y economista progresista quien, aunque menos célebre que contemporáneos suyos como Karl Llewellyn o Jerome Frank, ha tenido una influencia duradera en posteriores teóricos críticos. Sus ataques hacia la economía *laissez-faire*, en artículos tales como “Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State” (*Political Science Quarterly* (1923)), lo convirtieron en un autor predilecto entre los posteriores teóricos del análisis crítico del derecho. El argumento de Hale para la presencia generalizada de la coacción, incluso en transacciones mercantiles, fue el fundamento para ulteriores ataques del análisis crítico del derecho contra la “distinción público/privado”.

Véase análisis crítico del derecho; coacción; distinción público/privado; realismo jurídico norteamericano

Hart, H. L. A. Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) fue una figura central para el resurgimiento del positivismo jurídico y, más en general, de la filosofía analítica del derecho angloparlante. H. L. A. Hart tuvo una práctica exitosa como abogado postulante, y trabajó para la inteligencia militar antes de regresar a Oxford como profesor de filosofía. En 1952 fue elegido para la cátedra de Filosofía del derecho en Oxford (que mantuvo hasta 1968). El intercambio de Hart con

Lon L. Fuller (1902-1978) en 1958 en el *Harvard Law Review* fijó los términos para el debate entre el positivismo jurídico y el derecho natural por muchos años. El trabajo más influyente de Hart, *El concepto de derecho*, fue publicado en 1961; una segunda edición, publicada después de la muerte de Hart, contenía un *Postscriptum* que clarifica y modifica algunas de las posturas de Hart (en gran medida, a través de una respuesta a las críticas de Ronald Dworkin (1931-)).

Junto a su trabajo sobre la naturaleza del derecho, Hart también publicó trabajos importantes sobre la naturaleza de los derechos, teorías de la pena, y causalidad en la ley.

Teoría del derecho, positivismo jurídico

La teoría del derecho de Hart fue desarrollada a partir de la más reduccionista teoría del mandato de John Austin (1790-1859), añadiendo un giro hermenéutico (el punto de vista interno) y un énfasis en los diferentes tipos de derecho (primario frente a secundario, constitutivo de deberes frente a otorgante de poderes). Su descripción de los sistemas jurídicos se centró en una “regla de reconocimiento”, un conjunto de criterios que existen (están en vigor) debido a que son aceptados por los oficiales del sistema, mientras que las demás reglas dentro del sistema son válidas gracias a su derivación de esta regla.

Hart construyó su teoría del derecho a partir de distinciones simples, fundadas en prácticas sociales y el lenguaje ordinario relativo a dichas prácticas: p. ej. la diferencia entre actuar con base en el hábito y actuar de acuerdo a una regla, y la diferencia entre ser obligado y tener una obligación. Partiendo de tales distinciones, Hart subrayó que lo que resulta distintivo de las reglas es que involucran una actitud crítica por aquellos que las aceptan —una disposición hacia criticar a los otros, o a uno mismo, por la desviación del estándar—. Hart argumentó que la teoría jurídica del mandato de John Austin ignoró este “aspecto interno” de reglas y de derecho: la importancia de que las reglas sean aceptadas como criterios obligatorios, al menos por los oficiales del sistema.

A pesar de que Hart evitó centrarse en la pregunta “¿Qué es derecho?” (considerando que tales preguntas estaban motivadas por preocupaciones menos metafísicas: la relación entre el derecho y la moral, la medida en la que el derecho es una cuestión de reglas, y la relación entre el derecho y las órdenes respaldadas por amenazas), sí ofreció una perspectiva sobre las características definitorias de un sistema jurídico: que hay una aceptación general de las normas jurídicas por los ciudadanos, aunado a que las autoridades en el sistema tomen una perspectiva interna hacia la regla de reconocimiento del sistema.

Hart destacó la separación (conceptual o necesaria) del derecho y la moral como el principio clave del positivismo jurídico. En su debate de 1958 con Lon Fuller, respondió a una crítica común del positivismo jurídico, y sostuvo que el positivismo, con su separación de las preguntas “¿es derecho?” y “¿es moral?”, es *más apto* que el derecho natural, y no menos, a fin de realizar una clara evaluación moral del derecho, así como a una resistencia a reglas injustas y regímenes perversos. Aunque esto es probablemente una exageración (las teorías jurídicas quizá tienen poco efecto en la habilidad de las personas para discernir o resistir el mal), se trata de un correctivo necesario para aquellos que habían falsamente equiparado al positivismo jurídico con una deferencia amoral hacia el poder.

Es difícil exagerar la importancia de Hart en la teoría del derecho angloparlante, particularmente en la parte que se dedica a analizar la naturaleza del derecho. Le otorgó nueva vida al enfoque conocido como positivismo jurídico. Antes de Hart, muchas personas desdeñaron al positivismo jurídico considerándolo poco persuasivo en sus propios términos, relacionándolo de cierta manera con la desacreditada visión del razonamiento legal conocida como formalismo jurídico. Otras personas equipararon al positivismo jurídico con un tipo de amoralidad que, según se afirmaba, volvió a los abogados y a los ciudadanos menos propensos a resistir la ascensión de los nazis y otros regímenes perversos. Hart aumentó la sofisticación y el poder de la teoría jurídica positivista al insertar ideas tomadas de la filosofía del lenguaje ordinario, las obras posteriores de Ludwig Wittgenstein (1889-1951), y la hermenéutica. También luchó contra la equiparación del positivismo

con el conservadurismo y con la aquiescencia hacia el mal, tanto al hacer énfasis en las cualidades reformistas del derecho de los primeros positivistas jurídicos como Jeremy Bentham (1748-1832), y al argumentar (sin éxito total) que el positivismo podría ser más capaz que la teoría del derecho natural para permitir que los jueces y los ciudadanos se opongan a los regímenes jurídicos perversos.

Hart no negó que hay una conexión relevante entre el derecho y la moral —p. ej. que la moral ha moldeado el desarrollo del derecho, que ha sido debidamente tomada en cuenta en la interpretación del derecho existente, y que hay una necesidad continua de una crítica moral del derecho—. Además, Hart planteó la idea del “contenido mínimo de derecho natural”: que tomando en cuenta las circunstancias generales actuales (p. ej. una limitación en los recursos y vulnerabilidad humana), cualquier sociedad cuyas normas morales o jurídicas no ofrecieran ciertas protecciones mínimas (p. ej. protecciones en contra de la violencia y de algunos derechos de propiedad), y cuando menos a una minoría significativa de la población, no podría sobrevivir mucho tiempo.

La mayor parte del positivismo jurídico angloparlante deriva del trabajo de Hart, mientras que las teorías positivistas de otros países tienden a derivar del trabajo de Hans Kelsen (1881-1973). Algunas de las similitudes superficiales de las teorías de Hart y Kelsen operan sólo para disfrazar las agudas diferencias en su origen y metodología.

Otras áreas

Mucho antes de la publicación de *El concepto de derecho*, Hart presentó dos ideas sugestivas sobre la naturaleza del derecho que posteriormente abandonó: (1) que la “derrotabilidad” de los conceptos jurídicos era central para comprender la naturaleza del derecho, y (2) que los conceptos jurídicos (p. ej. “contrato válido”) podrían ser mejor comprendidos como “actos ilocucionarios” —no descripciones sobre qué es el caso, sino actos discursivos (por jueces) que cambian el estatus jurídico o moral—.

Hart defendió la teoría de la voluntad como el mejor enfoque a fin de comprender los derechos jurídicos. Las teorías de la voluntad enfatizaron la facultad de los derechohabientes de reclamar o eximir el deber de otra parte de actuar (o de reclamar o eximir una reparación por no poder llevar a cabo el deber en cuestión). Mientras que destacó el hecho de que una teoría del interés de los derechos (equiparando a los derechos con la protección jurídica de los intereses de una parte) podría dar mejor cuenta de algunos aspectos de nuestro uso (p. ej. el uso de “derecho” en contextos en donde el titular no tiene elección, como sucede con los derechos inalienables y los niños que carecen de capacidad jurídica), Hart creía que una teoría de la voluntad capturaba mejor la manera en que los derechos jurídicos dan a sus titulares pequeños ámbitos de soberanía.

En la imposición de la moral, Hart generalmente apoyó la perspectiva de John Stuart Mill (1806-1873) de que el gobierno no debería usar al derecho penal para regular acciones que no dañan a otras personas. Las opiniones de Hart, publicadas en *Derecho, libertad y moral* (1962), fueron ante todo una respuesta al argumento de Lord Patrick Devlin (1905-1992) de que una sociedad tiene un interés, una especie de autodefensa, para defender la moral que subyace en esa sociedad. En el curso de esa crítica, Hart enfatizó la diferencia entre la moral convencional (lo que las personas terminan por creer sobre cómo debe uno actuar) y la moral crítica (la verdad sobre cómo debe uno actuar). Hart se preguntó qué interés podría tener la sociedad al imponer la moral convencional actual.

La teoría de las reglas sociales de Hart —que equipara la existencia de la regla con las prácticas sociales, refiriéndose a las reglas como fundamentos de justificación o crítica— ha sido sujeta a críticas importantes, críticas que Hart aceptó ampliamente en el *Postscriptum* a *El concepto de derecho*.

Véase aceptación (de una regla); Austin, J. L.; Austin, John; derecho natural, contenido mínimo de; derrotabilidad; ejemplo del asaltante; enfoque *Verstehen*; Fuller, Lon L.; hermenéutica; imposición jurídica de la moral; Kelsen, Hans; moral crítica frente a

moral convencional; pena; positivismo jurídico; principio del daño; punto de vista interno; regla de reconocimiento; reglas, teoría práctica de las; teoría de la voluntad (de los derechos); teoría del derecho natural; teoría del interés (de los derechos); teorías reduccionistas del derecho; textura abierta; Winch, Peter

Hart, Henry M. Jr. Henry M. Hart (1904-1969) es conocido en la teoría del derecho por su trabajo en el manual *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (ed. tentativa 1958), en coautoría con Albert M. Sacks (1920-1991). *The Legal Process* fue el texto básico de la escuela del proceso legal. Hart fue también una figura influyente en otras áreas del derecho norteamericano —particularmente, en el estudio de la jurisdicción de los tribunales federales (en donde escribió artículos seminales y, con Herbert Wechsler (1909-2000), un manual ampliamente utilizado), y también en el derecho constitucional norteamericano—.

Véase proceso legal; Sacks, Albert M.; Wechsler, Herbert

Hayek, Friedrich A. von Friedrich August von Hayek (1899-1992) fue uno de los miembros destacados de la “escuela austriaca” de economía. Recibió el Premio Nobel de Economía en 1974 (con Gunnar Myrdal) por su trabajo en los ciclos de negocios, su análisis de la política monetaria y crediticia, y sus ideas sobre las ventajas de los sistemas económicos descentralizados por encima de la planificación centralizada. Uno de los dos doctorados de Hayek fue en derecho (el otro fue en ciencia política), y su trabajo fue influyente para la comprensión de la naturaleza y valor del Estado de derecho, en particular sus obras *Los fundamentos de la libertad* (1960), y *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia* (3 vols., 1973, 1977, 1979). Parte de su argumento consistió en que las normas jurídicas bien definidas y predecibles son esenciales para un sistema económico funcional.

Véase Estado de derecho

Hegel, G. W. F. Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) fue un filósofo alemán cuyas obras, incluyendo la *Fenomenología del espíritu* (1807) y la *Filosofía del derecho* (1821), siguen siendo centrales para la filosofía moderna. Sus ideas sobre la libertad, la conciencia, la sociedad y la historia fueron en parte respuestas al enfoque bastante diferente de Immanuel Kant; el trabajo de Hegel, a su vez, fue influyente para gran parte de la ulterior filosofía continental europea, especialmente el trabajo de Karl Marx (1818-1883). Ya que Hegel ha sido recibido lentamente en la filosofía de lengua inglesa, su influencia sobre la filosofía del derecho anglosajona ha sido tangencial, con alguno que otro trabajo aplicando sus ideas a discusiones sobre familias, corporaciones, derecho de propiedad y derecho comercial.

Véase derecho de propiedad

hegemonía *Véase* legitimación

Heidegger, Martin Un filósofo alemán altamente controvertido (1889-1976): algunos consideran que su trabajo es extremadamente valioso, mientras que otros lo descartan al considerarlo inútil. Quienes lo critican plantean algunas veces el reflejo que las aparentes simpatías de Heidegger hacia el nazismo parecen tener sobre la naturaleza y calidad de sus ideas. Su trabajo más importante es *Ser y tiempo* (1927).

La aplicación del trabajo de Heidegger a la teoría del derecho está muy lejos de ser obvia, aunque ha sido intentado en ocasiones. En particular, algunos autores han pretendido, con mayor o menor éxito, sugerir que las ideas metafísicas y existencialistas de Heidegger sobre la “autenticidad”, y la necesidad de comprender las palabras y los conceptos dentro de un contexto más amplio de prácticas, pueden ser útiles en las discusiones sobre la interpretación jurídica, la toma de decisión judicial, y otras áreas.

hermenéutica Teoría o método de la interpretación, que a menudo se centra en cómo el texto en cuestión era entendido por sus contemporáneos. Este enfoque, que se remonta cuando menos a Friedrich Schleiermacher (1768-1834), está íntimamente ligado con el enfoque *Vers-*

tehen hacia las ciencias sociales, y fue defendido fuertemente en años recientes por Hans-Georg Gadamer (1900-2002). Al igual que otras teorías sobre la interpretación, la hermenéutica ha sido el tema ocasional de discusión dentro de la teoría del derecho. La teoría jurídica positivista de H. L. A. Hart (1907-1992) tiene elementos hermenéuticos importantes.

Algunas veces el término “hermenéutica” es usado de forma más vaga y general, para referirse a cualquier búsqueda del significado de algún texto.

Véase Betti, Emilio; enfoque *Verstehen*; Gadamer, Hans-Georg; Hart, H. L. A.; interpretación

historicismo Un término utilizado de diversas formas. Un uso común consiste en un resumen de la perspectiva de que ciertas prácticas sociales o jurídicas expresan la historia particular de una cultura particular —en contraste con una perspectiva que podría ver a las prácticas sociales o jurídicas como expresiones de una verdad eterna, una que se esfuerza por una única manera correcta de responder a un problema o necesidad funcional, o como una elección arbitraria (o “convencional”) entre alternativas—. En este sentido de considerar las prácticas como un reflejo de eventos o desarrollos históricos, hay una conexión a grandes rasgos entre el historicismo y la jurisprudencia histórica.

Dentro de la filosofía general y la teoría social, el “historicismo” a veces se refiere a la posición de que las ideas y las posturas deben ser comprendidas dentro del contexto de la cultura y el tiempo bajo los cuales fueron promulgadas. La versión más débil de esta postura es un argumento bastante incontrovertido sobre la necesidad de conocer los acuerdos y las disputas bajo los cuales son formuladas estas tesis, a fin de comprender en su totalidad las afirmaciones en cuestión. Una versión más fuerte de esta postura se acerca, o bien alcanza, al relativismo —que la verdad es relativa a una cultura o época particulares—.

Véase jurisprudencia histórica

Hobbes, Thomas Teórico político inglés (1588-1679) cuya obra más famosa, *Leviatán* (1651), abordó la teoría política a través de la preocupación pragmática o realista por el interés propio y la autopreservación. Hobbes describe personas constituyendo una sociedad civil para evitar el estado de naturaleza, una “guerra de todos contra todos”, y que las personas le otorgan poder absoluto a un soberano por la misma razón.

A pesar de que Hobbes pretende aceptar el derecho natural, y discute la cuestión en cierta medida en *Leviatán*, dentro de la moderna filosofía del derecho se encuentra más relacionado con el positivismo jurídico —primordialmente debido a la equiparación de Hobbes del derecho con el mandato de un soberano (una perspectiva que sería aún más elaborada por el fundador del positivismo jurídico, John Austin (1790-1859))—. En la obra *Diálogo entre un filósofo y un jurista: escritos autobiográficos* (1668), Hobbes sostuvo una afirmación peculiar en contra de un entendimiento prevaleciente del *Common Law*, de que “no es la sabiduría, sino la autoridad lo que crea una ley... Nadie puede crear una ley, sino aquel que posee el Poder Legislativo”.

Véase Austin, John; Bodin, Jean; contrato social; positivismo jurídico; soberano

Hohfeld, Wesley N. Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918), un teórico jurídico norteamericano, escribió dos artículos influyentes para el *Yale Law Journal* en 1913 y 1917, que analizaron a los conceptos jurídicos dividiéndolos en correlativos y opuestos. Hohfeld estaba respondiendo a la manera ambigua en la que los jueces utilizaban la palabra “derecho”. Señaló que el término “derecho” era utilizado en cuatro sentidos distintos: para indicar “derecho subjetivo”, libertades (que llamó “privilegios”), poderes e inmunidades. En un análisis más general de los conceptos jurídicos, Hohfeld propuso dos “cuadros” de conexiones jurídicas:

<i>derecho subjetivo</i>	<i>deber</i>	<i>potestad</i>	<i>sujeción</i>
<i>libertad</i>	<i>no derecho</i>	<i>inmunidad</i>	<i>incompetencia</i>

En estos cuadros, las dicotomías (p. ej. derecho/deber e inmunidad/incompetencia) son correlativas: cuando un individuo o entidad tiene uno, debe haber alguien más que tenga el otro. Las posiciones diagonales son contradicciones jurídicas: p. ej. libertad como la contradicción de deber, inmunidades como la contradicción de sujeción.

Para Hohfeld, las relaciones jurídicas tienen inevitablemente tres variables: *A* tiene *X* en contra de *B*: la noción de decir, p. ej., que alguien tiene un *derecho* sin que alguien más tenga un deber correlativo, parecería incompleta para Hohfeld, y quizá confusa. Otra parte de este mismo enfoque es que las relaciones jurídicas son comprendidas como el nivel atomístico. Para Hohfeld, afirmaciones más amplias o complejas (p. ej. la naturaleza *in rem* de los derechos de propiedad) son necesariamente reducibles a alguna combinación de relaciones jurídicas entre partes individuales.

El trabajo de Hohfeld tenía la intención de ser un análisis de derechos *jurídicos*, aunque la mayoría de los autores lo consideran útil al aplicarse a la discusión sobre derechos *morales*, con sólo algunas complicaciones adicionales.

De acuerdo con cierta interpretación, es fundamental para comprender a Hohfeld, considerar a sus análisis como *estipulaciones*: definiciones ofrecidas para crear claridad en el pensamiento y el análisis. Como estipulaciones, de acuerdo con esta perspectiva, estas definiciones no están sujetas a refutación alguna a través de la referencia a hechos supuestamente contrarios. Puede ser demostrado que otras personas utilizan estos términos de forma diferente a como lo recomienda Hohfeld, pero eso en sí no es un contraargumento. Bajo este enfoque, la única pregunta relevante para el esquema de Hohfeld es si estas definiciones estipuladas son *útiles* o no. Aun así, el esquema de Hohfeld puede ser criticado en tanto no concuerda con la manera en que, de hecho, los jueces y abogados hablan sobre “derechos” (y que esta falta de concordancia refleja algunos aspectos importantes de la manera en como vemos a los derechos jurídicos, y no solamente un descuido en su uso).

Una de las críticas que a veces se presentaron contra Hohfeld consiste en que en el derecho no siempre se habla de correlativos (p. ej.,

es inusual referirse a los derechos que poseemos en términos de su correlación con los deberes impuestos por el derecho penal). Adicionalmente, muchos teóricos arguyen que ciertos derechos no se comprenden mejor en términos de su acoplamiento con alguna obligación correlativa, sino como la justificación *para la creación* de ciertos derechos y deberes adicionales (uno puede usar un argumento similar para los deberes básicos que justifican la creación de otros derechos y deberes). Se podría cuestionar además a Hohfeld en un nivel más básico: hasta qué punto los derechos son siempre analizables en términos de las exigencias en contra de partes identificables (en contraste con derechos “contra el mundo”); o al contrastar a Hohfeld con otros teóricos de derechos, indicando que se olvida de la manera en que la elección o los intereses protectores son la esencia de los derechos.

Véase derechos; derechos jurídicos; libertad; teoría de la voluntad (de los derechos); teoría del interés (de los derechos)

Holmes, Oliver Wendell Jr. Juez y filósofo del derecho (1841-1935) que fue fundamental tanto para la práctica jurídica como para la filosofía del derecho norteamericanas. Cuando fue miembro de la Suprema Corte de los Estados Unidos se opuso al enfoque conservador hacia la Constitución de ese país, que era apoyado en ese entonces por la mayoría de la Corte; algunas de las opiniones disidentes de Holmes (especialmente en relación con la libertad de expresión y la regulación de la actividad económica) fueron adoptadas por mayorías posteriores de la Corte. Muchos consideran a Holmes como el más grande juez en la historia de los Estados Unidos.

Anteriormente en su vida, siendo juez de un tribunal estatal (en la Suprema Corte Judicial de Massachusetts), Holmes ayudó a modernizar el pensamiento jurídico en muchas áreas del *Common Law* (p. ej. moviendo al derecho contractual norteamericano de un enfoque subjetivo a uno objetivo). Sus escritos jurisprudenciales, especialmente *The Common Law* (1881) y “La senda del derecho” (*Harvard Law Review*, 1897), precedieron a gran parte del movimiento realista jurídico norteamericano. En “La senda del derecho”, Holmes acuñó la frase céle-

bre “La vida del derecho no ha obedecido a la lógica, sino a la experiencia”. El trabajo de Holmes es visto a veces como una contribución importante por su propio mérito al pragmatismo filosófico de su tiempo; de cualquier forma, su pragmatismo (ya sea innovador o reiterativo) ejerció una influencia importante en los realistas jurídicos norteamericanos: en particular la opinión de Holmes (compartida con Roscoe Pound (1870-1964)) de que el derecho debería ser visto de acuerdo con los propósitos e intereses sociales a los que sirve y también debería ser juzgado de acuerdo con su eficacia en dicho servicio. De manera similar, generalmente vio las decisiones judiciales del *Common Law* como reflejos no de una verdad trascendental, sino más bien de una decisión política y contingente entre intereses en conflicto (mientras que Holmes ocasionalmente esgrimió una oposición a la reforma judicial activa de las normas del *Common Law*, sus análisis fueron utilizados por otros realistas para justificar tales reformas). En sus escritos judiciales y no judiciales sobre asuntos doctrinales, tendió a favorecer los criterios externos u “objetivos” —p. ej. respecto a cuándo había sido formado un contrato, en contraposición al enfoque subjetivo del “acuerdo de voluntades”—. Esta preferencia reflejó tanto su perspectiva de que los criterios externos eran más aptos para los propósitos sociales (volviendo predecible la validez contractual, y con ello apoyando la negociabilidad de los documentos comerciales), como una perspectiva más abstracta de que el derecho, por su naturaleza, concernía a la conducta de los seres humanos, y no a su ser interior.

En “La senda del derecho”, Holmes recomienda que cuando uno piensa en derecho, uno toma la perspectiva del “mal hombre”, que sólo quiere saber cuáles actividades conllevan sanciones y cuáles no. Mientras que a veces se considera que esta discusión introduce una teoría predictiva del derecho, es probablemente mejor entendida como una simple argumentación en contra de un enfoque indebidamente moralista o indebidamente metafísico hacia el derecho, a la vez que defiende una perspectiva del derecho más en sintonía con las consecuencias y las preocupaciones cotidianas de los clientes y los ciudadanos.

A través de artículos, opiniones judiciales, y una correspondencia amplia y variada, Holmes escribió una vasta cantidad de obras durante su larga vida, y es en parte por esa razón que no es difícil encontrar lugares en donde ha realizado observaciones contradictorias sobre varias cuestiones (y otros lugares en donde sus comentarios no fueron bien pensados), pero esto no logra menoscabar la alta estima en la que generalmente se le tiene.

Véase hombre malo; Pound, Roscoe; pragmatismo; realismo jurídico norteamericano; teoría predictiva

hombre malo El término usualmente se refiere a una breve oración en una conferencia de 1897, “La senda del derecho”, de Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), publicada en *Harvard Law Review* el mismo año. Holmes ofrece, en contraste con una posición moralista del derecho o una que la considera como un asunto de deducción lógica, “el punto de vista de nuestro amigo el hombre malo”, a quien “no le importan un pepino los axiomas y las deducciones”, aunque “sí le interesa saber, sin embargo, qué es lo que los tribunales probablemente harán”. Holmes añade: “soy mucho de este parecer. Las profecías de lo que los tribunales harán, y nada más pretencioso, es a lo que me refiero con derecho”.

El “punto de vista del mal hombre sobre el derecho” se ha convertido en una abreviatura para una teoría predictiva del derecho, una que equipara lo que el derecho es a las predicciones de cómo los tribunales decidirán los casos. En tanto teoría analítica del derecho, tal enfoque tiene una debilidad evidente: p. ej. que subestima el papel que desempeña el derecho al dar razones para la acción, incluyendo el dar razones para las decisiones de los jueces. Difícilmente se puede decir que los jueces (al menos aquellos que no están sujetos a la revisión por un órgano superior) deciden casos con base en las predicciones de lo que los tribunales (es decir, ellos mismos) harán.

No obstante, quizá sea mejor comprender a Holmes como si planteara no una teoría acerca de la naturaleza del derecho, sino más bien un consejo general de la actitud que deberían mostrar ante el derecho

tanto los abogados practicantes como los teóricos: en donde un enfoque sobre el resultado final, las consecuencias de la acción legal, podría protegernos contra algunas de las maneras distorsionadas en que el derecho es representado (y se representa a sí mismo).

Véase Holmes, Oliver Wendell Jr.; teoría predictiva

Hume, David David Hume (1711-1776) fue un filósofo escocés cuyas obras, incluyendo *Tratado de la naturaleza humana* (1739), *Ensayo sobre el entendimiento humano* (1748) e *Investigación sobre los principios de la moral* (1751), han sido muy influyentes en la filosofía moral, la filosofía de la mente y la filosofía de la religión. Su efecto en la filosofía del derecho ha sido principalmente indirecto: ya sea que derive de su empirismo básico, o bien de su creencia de que la razón es la esclava de las pasiones en lugar de su dominadora natural, dos temas que han aparecido de diversas formas en enfoques tanto moderados como escépticos hacia el derecho. Un efecto más directo puede provenir de la conclusión de que los enunciados “debería” nunca podrán ser extraídos de las propuestas “es” —esto es, que uno no podría extraer una conclusión acerca de cómo se debería actuar si las premisas sólo contienen afirmaciones acerca de cómo es el mundo—. Mientras sigue siendo controvertido el que esta posición sea correctamente atribuible a Hume o no (la fuente usual son algunos comentarios de su *Tratado de la naturaleza humana*), y si la tesis es correcta o no, la creencia en la división “es/deber ser” socavó la teoría del derecho naturalista, al menos aquellas versiones de ella que derivaban conclusiones éticas a partir de tesis sobre la naturaleza humana o la naturaleza del mundo.

Véase naturaleza humana; teoría del derecho natural

Hutcheson, Joseph C. Jr. Un realista jurídico norteamericano (1879-1973) mejor conocido por su artículo en *Cornell Law Quarterly* de 1929, “The Judgement Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision”, en donde argumentó que las corazonadas ciegas son cruciales para el proceso de toma de decisiones de los jueces. La idea

puede ser localizada en un anterior argumento de John Dewey (“Logical Method and Law”, en el *Cornell Law Quarterly* de 1924), que afirma que el razonamiento jurídico, como todo razonamiento humano, se desarrolla a partir de corazonadas y no de deliberación sistemática, sin importar cómo pueda presentarse dicho razonamiento después de hecho. Hutcheson fue un juez de distrito federal por el Distrito Sur de Texas cuando escribió su artículo más famoso.

A Hutcheson no le preocupaba la perspectiva de la toma de decisiones judicial fundamentada en corazonadas, pues él pensaba que partir de una corazonada no haría daño si conducía a la solución correcta o justa, e igualmente no haría daño si conducía a un callejón sin salida y el juez tuviese que reconsiderar su intuición inicial. Su sola recomendación fue que la enseñanza del derecho debería ser modificada a fin de ayudar a que los estudiantes comprendan y refinen los procesos mediante los cuales se llega a las corazonadas.

La idea de una corazonada judicial es más inquietante si uno acepta las perspectivas de otros realistas jurídicos norteamericanos (y posteriores teóricos críticos), en cuanto a que los materiales jurídicos pueden siempre o casi siempre justificar más de un resultado. Si más de un resultado puede parecer correcto, entonces a qué conclusión arribe un juez dependerá en gran medida de la manera en que sus corazonadas lo orienten.

Véase Dewey, John; razonamiento jurídico; realismo jurídico norteamericano

I

ideología Dentro de la teoría política (y la retórica política), “la ideología” es una forma de ver el mundo. Los teóricos de la política difieren sobre si la “ideología” debería ser entendida neutralmente (*toda persona* tiene un cúmulo de creencias políticas y morales a través de las cuales ellas perciben el mundo; *todos nosotros* tenemos una ideología), o solamente en sentido peyorativo (que para algunas personas, las creencias políticas y morales a través de las cuales ven el mundo —su ideología— han sido distorsionadas sistemáticamente, mientras que otros perciben el mundo sin distorsión). La relevancia de la ideología para la teoría del derecho es, ante todo, el papel central que desempeña una idea peyorativa de ideología dentro de algunas teorías críticas del derecho, del razonamiento jurídico y de la adjudicación —particularmente en las teorías de la corriente del análisis crítico del derecho, aunque también en algunas teorías de los defensores más radicales o escépticos de otros enfoques críticos (la teoría feminista del derecho, la teoría posmoderna del derecho, etcétera)—. Muchos de estos teóricos críticos consideran al propio derecho como mecanismos de distorsión y legitimación que generan instituciones, reglas y procesos que sirven para que los intereses del poderoso parezcan naturales o neutrales.

Véase análisis crítico del derecho; legitimación; Marx, Karl

igual consideración y respeto En los trabajos iniciales de Ronald Dworkin (1931-), en particular *Los derechos en serio* (1977), él subrayó

lo que describió como los derechos de los ciudadanos a ser tratados por sus gobiernos con “igual consideración y respeto” (y el correspondiente deber de los gobiernos a ofrecer tal tratamiento). Esta visión es un tanto más precisa que una exigencia general de igualdad, pero aún deja campo sustancial para el debate. Por ejemplo, los autores están en desacuerdo sobre si la legislación que impone normas jurídicas contra aquellos que de otra forma estarían inclinados a actuar de manera diferente es consistente con la “igual consideración y respeto”, o si la viola, y ha habido una controversia similar sobre la tesis de Dworkin de que tomar en cuenta las preferencias externas negativas de las personas (preferencias encaminadas a que otras personas *no* obtengan sus preferencias —usualmente el resultado de ánimos individuales o prejuicios grupales—) dentro de un cálculo utilitarista, se contrapone a la “igual consideración y respeto” hacia los individuos o grupos desfavorecidos.

Véase igualdad

igualdad Un concepto básico en la teoría moral, política y jurídica, pero sobre el cual hay poco acuerdo. Dentro de la adjudicación, “tratar igual casos iguales”, una noción central de la adjudicación del *Common Law*, deja abierta la cuestión crucial sobre cuáles consideraciones son relevantes al decidir si dos casos son en efecto “iguales”. De manera similar, en el “trato igual” de las personas, constituye una cuestión de gran controversia el hecho de si las características relevantes son bastante generales (p. ej. todas las criaturas racionales, todos los seres humanos, o todos los ciudadanos) o más específicas (p. ej. alguna prueba particularizada de mérito o necesidad), y si el enfoque debería centrarse en “resultados” o “circunstancias”. Así, tanto los defensores como los oponentes del trato benéfico hacia grupos históricamente desfavorecidos (“acción afirmativa” o “discriminación positiva”) hacen referencia a la “igualdad” para justificar sus posiciones.

Ihering, Rudolf von *Véase* Jhering, Rudolf von

Dentro de la teoría política se piensa frecuentemente que la igualdad entra en conflicto con la libertad, pues si bien es un objetivo digno, sólo puede ser alcanzado a través de intromisiones significativas en la libertad de actuar de las personas o de su capacidad de conservar lo que se han ganado.

Algunos han sostenido que la igualdad es una noción vacía, en el sentido de que no agrega nada a la perspectiva de que el trato debería estar acorde con los criterios especificados. Si todo el que tiene cabello rojo recibirá un amplio beneficio, entonces todos los que igualmente tienen cabello rojo (o aquellos que igualmente *no* lo tienen) deberían ser, y serán, tratados de la misma manera. Asimismo, si en opinión de uno todos los ciudadanos de Alemania, o todas las mujeres, o todos los seres humanos vivientes merecen ser tratados de una manera particular, todos los individuos *dentro de la clase relevante* exigirían un trato *igual*.

Véase acción afirmativa; igual consideración y respeto; problema de la situación inicial

imparcialidad Un término básico de la moral que indica el trato moralmente apropiado, aunque lo que se requiere para que dicho tratamiento sea justo, y lo que se desvía de ese requerimiento, es altamente controvertido. Dentro de la teoría del derecho, la imparcialidad es algunas veces presentada como el concepto clave para comprender la justicia, como en la teoría de la justicia de John Rawls (1921-2002). La teoría de Rawls, que algunas veces denominó como “justicia como imparcialidad”, analizó a la justicia en términos de cuáles son los principios que personas hipotéticas, ignorantes de su lugar en la sociedad o de sus pertenencias, escogerían para organizar la sociedad.

Dentro del análisis económico del derecho, algunos teóricos del bienestar económico (p. ej. Louis Kaplow (1956-) y Steven Shavell (1946-)) usaron “imparcialidad” en contraste con “bienestar”, en donde “imparcialidad” representa todas las demandas de justicia o de moral que no están fundadas en las preferencias o el bienestar de los individuos.

Véase justicia como imparcialidad

imposición de la moral a través del derecho *Véase* moral, imposición jurídica de la

incapacitación La justificación de la pena basada en el aislamiento del ofensor, reduciendo con ello el riesgo a la sociedad, sin importar que se logre algo más (o no) con el encarcelamiento. Este enfoque hacia la pena podría ser mejor caracterizado como consecuencialista, en tanto que su justificación superficial son las consecuencias de la pena para otros miembros de la sociedad, pero también parece ser más o menos compatible con las teorías retributivas, dado que un enfoque de incapacitación no especifica *la duración* de la incapacidad, y por lo tanto desde este enfoque podría ser ubicada fácilmente entre una teoría retributiva (lo que el delito, o el criminal, merece) y una teoría utilitarista (la duración del encarcelamiento que será óptima para el bien de todos).

Véase disuasión; pena; retribución

incomparabilidad La afirmación de que dos alternativas (ya sean acciones, decisiones o valores alternativos) no pueden ser sensatamente comparadas. El término es en ocasiones utilizado de manera intercambiable con “inconmensurabilidad”. Sin embargo, en un sentido más estricto, “inconmensurabilidad” se refiere al hecho de que dos alternativas no pueden ser medidas con la misma métrica; bajo este uso más estricto, el que la “inconmensurabilidad” comprenda a la “incomparabilidad” —una incapacidad de comparar sensatamente las dos alternativas— está sujeto a mayor argumentación (algunos autores creen que la inconmensurabilidad comprende a la incomparabilidad, mientras que otros disienten).

Véase inconmensurabilidad

inconmensurabilidad Entendido en sentido estricto, el término indica que dos (o más) acciones, decisiones o valores no pueden ser pues-

tos en la misma escala. A veces, el término es utilizado de manera más amplia para indicar que las acciones, decisiones o valores no pueden ser comparados de modo significativo (que no puede decirse que uno es mejor que otro o que los dos son igualmente valiosos). Las dos conclusiones son en ocasiones combinadas, especialmente por aquellos que piensan que la primera acarrea a la segunda.

Véase incomparabilidad

indeterminación Es el argumento de que los problemas jurídicos no tienen respuestas correctas, o al menos no una única respuesta correcta. En ocasiones, esta cuestión se presenta de otra manera: esto es, si los *materiales jurídicos* son colectivamente suficientes para determinar una respuesta (correcta y única) al problema jurídico. Esta segunda formulación está basada en el argumento de que ciertos temas jurídicos podrían tener respuestas correctas únicas cuando los materiales extrajurídicos (incluyendo principios morales o los antecedentes, la formación o los prejuicios de los jueces) sean tomados en cuenta, pero que el derecho en sí mismo no está determinado.

Quienes sostienen que el derecho es sustancialmente indeterminado basan esa conclusión en una variedad de razones: en la naturaleza general de las normas, la naturaleza del lenguaje (p. ej. una vaguedad generalizada, o deconstrucción); vacíos o contradicciones al interior del derecho; la existencia de excepciones a las reglas; normas y principios inconsistentes que se entremezclan en casos particulares; la indeterminación del precedente, y la indeterminación al aplicar principios generales a casos particulares.

Algunos autores (p. ej. Duncan Kennedy en *A Critique of Adjudication* (1997)) han ofrecido un punto de vista “fenomenológico” de la indeterminación, arguyendo que la determinación o indeterminación no es una condición de los materiales jurídicos en sí mismos, sino más bien una interacción entre los materiales jurídicos y el “trabajo” que un intérprete (un abogado o un juez) está dispuesto a hacer para alcanzar un resultado particular. Bajo este enfoque, un problema jurídico que en principio parece claro para una de las partes puede, con la

investigación suficiente o los argumentos de interpretación lo suficientemente creativos, ser mostrado como nada claro, o quizá como un caso claro para la otra parte (aunque estos autores también admiten que algunos casos pueden “resistirse” a los esfuerzos de interpretación, y no ser capaces de una transformación a través de estas estrategias).

Muchos teóricos que afirman que el derecho está indeterminado distinguen la cuestión relativa a si el derecho, en acción, es *predecible*. Algunos teóricos críticos han sostenido que muchas causas judiciales tienen un resultado predecible, aunque esto se afirma sobre la base de prejuicios políticos o sociales de los jueces, y son estos prejuicios, y no los materiales jurídicos relevantes, los que determinan el resultado.

La cuestión sobre la determinación del derecho ha sido central para cuando menos tres debates dentro de la teoría del derecho anglo-americana: (1) los ataques de los realistas jurídicos norteamericanos hacia el formalismo jurídico y el razonamiento judicial; (2) el resurgimiento y modificación de la crítica realista por algunos miembros del movimiento del análisis crítico del derecho, en tanto ciertos teóricos de dicha corriente afirman que el derecho está “radicalmente indeterminado”, y (3) la posición de Ronald Dworkin (1931-) de que todos o casi todos los problemas jurídicos tienen una única respuesta correcta (“la tesis de la respuesta correcta”).

Véase análisis crítico del derecho; deconstrucción; objetividad; realismo jurídico norteamericano; tesis de la respuesta correcta; textura abierta

indicador Idea proveniente de la teoría de juegos, desarrollada por A. Michael Spence (1943-) y otros (p. ej. *Market Signaling* (1974)), que actualmente tiene una amplia aplicación en el análisis económico y otras áreas. El indicador se refiere a maneras indirectas de comunicar información sobre productos, oportunidades o personas. Los indicadores son la manera en que las personas reflejan información sobre ellos mismos a través de sus acciones: p. ej. que son confiables, competentes o ricos. Vestir ropa costosa y regalar obsequios caros puede ser una manera de indicar bienestar, un indicador que a una persona po-

bre le sería difícil mantener por mucho tiempo. De igual modo, los empleadores podrían preferir gente que ha obtenido certificados de educación superior sobre aquellos que no los tienen, incluso si los certificados no implican que se obtuvo conocimiento útil, ya que tales certificados supuestamente sirven como indicadores de la habilidad y disciplina de quien los ostenta. Los indicadores son por lo general un comportamiento que es difícil o costoso en algún sentido, y son además muestras confiables en una manera tal que una simple afirmación difícilmente lo sería (“hablar no cuesta nada”).

Véase teoría de juegos

individuación de las leyes Un tópico planteado por Jeremy Bentham (1748-1832) (en *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), y en otros) y posteriormente en los primeros trabajos de Joseph Raz (1939-): en los términos de Bentham, “¿en dónde radica la identidad y la completitud de una ley?”. La pregunta se basa en parte en el hecho de que, sin importar cómo se pretenda separar una norma jurídica única, frecuentemente sucede que varios aspectos de la norma provienen de fuentes diversas. Una ley puede fijar la definición básica de un delito, ciertos términos clave pueden haber sido definidos a través de la toma de decisiones en el *Common Law*, otras decisiones crean ciertas defensas, la sanción sugerida está contemplada en una ley distinta, etcétera. Dicho lo anterior, empero, uno puede estar en apuros para ofrecer un mayor interés teórico o práctico a dicho tópico (el propio Raz dejó de escribir sobre este tópico a principios de su carrera).

integridad Más allá de su significado de virtud moral, el término a veces tiene un uso especial, reflejando una destacada teoría del derecho: en algunos de los últimos trabajos de Ronald Dworkin (1931-), p. ej. *El imperio de la justicia* (1986), él afirma que los jueces tienen una obligación de interpretar acciones pasadas de los oficiales (incluyendo leyes y decisiones judiciales) en una manera tal que la sociedad parezca hablar con una sola voz.

La posición de Dworkin aquí, al igual que en otras partes de *El imperio de la justicia*, pretende ser la mejor interpretación disponible de nuestras prácticas actuales, por lo que la validez de su argumento dependería de si su teoría constituye una postura viable de lo que en realidad ocurre en la práctica jurídica (p. ej. inglesa o norteamericana).

Véase teoría coherentista; teoría interpretativa del derecho

intención Una creencia o estado mental respecto de una acción futura, o el significado o aplicación de un criterio. Las cuestiones relacionadas con la intención surgen en el derecho penal (en donde el requisito de la intención general o específica por parte del acusado es un elemento de algunos crímenes), en la responsabilidad civil (en donde es a veces relevante para la disponibilidad de daños punitivos) y en la interpretación de los textos.

En el contexto de la interpretación jurídica de los textos, dentro de un sistema jurídico particular, diferentes tipos de textos (por ejemplo testamentos, contratos, documentos fiduciarios, leyes y Constituciones) estarán frecuentemente sujetos a reglas bastante distintas de interpretación. La medida en la cual la dilucidación de las intenciones del legislador resulta central para el significado y aplicación del texto, probablemente variará a lo largo de distintos tipos de textos (y de un sistema jurídico a otro).

En el contexto de utilizar la intención para ayudar a discernir el significado jurídico hay complicaciones adicionales: por ejemplo, (1) las intenciones se presentan en una variedad de niveles; p. ej., legisladores que prohíben la “pena cruel” pueden tener intenciones sobre si piensan que la pena de muerte es cruel o no; intenciones sobre si los futuros jueces deberían aplicar ideas históricas o contemporáneas respecto de lo que es o no cruel, e intenciones sobre si sus propias intenciones deberían ser consultadas al aplicar los términos a casos; (2) está el problema de cómo catalogar las intenciones cuando un cuerpo colectivo, y no un individuo particular, toma acciones o redacta la legislación, y (3) hay cuestionamientos sobre si las intenciones contrafácticas de los legisladores son importantes (en donde no hay declaración expresa

disponible en un tema dado, pero puede estar claro lo que habrían dicho si se les hubiese preguntado).

Véase interpretación

interpretación Es la explicación o caracterización de un texto cuyo significado o significación no es evidente. Ya que la interpretación y la aplicación de los textos jurídicos (códigos, disposiciones constitucionales, contratos, testamentos, fideicomisos, decisiones judiciales previas, etcétera) resultan fundamentales para la práctica jurídica, no es de sorprender que la filosofía del derecho frecuentemente se haya adentrado en las cuestiones relativas a cuál es el enfoque adecuado para la interpretación jurídica.

Para muchos propósitos, los autores tienden a seguir la afirmación de Ludwig Wittgenstein (en las *Investigaciones filosóficas* (1953)) de que existe un tipo de entendimiento que *no* es una interpretación —esto es, que deberíamos considerar que el término y la práctica de la “interpretación” se limitan a textos complicados o a ciertos contextos importantes—. Una minoría de autores ve a la interpretación como una actividad generalizada (y algunos también tienden a visualizar de manera muy amplia a los “textos” que necesitan ser interpretados).

Dado que la interpretación se presenta en otros campos con textos —más evidentemente con la literatura—, existen problemas con respecto a la medida en la cual la interpretación jurídica es semejante a, o puede aprender de, la interpretación en otros campos. Algunos autores, como Ronald Dworkin (1931-), han sostenido que la interpretación jurídica y la interpretación artística/literaria son esencialmente idénticas, pues ambas son ejemplos de la “interpretación constructiva”: hacer del objeto lo mejor que pueda ser dentro de su género (Dworkin ha convertido a la interpretación en una parte fundamental de su enfoque hacia la teoría del derecho, al sostener que tanto las determinaciones sobre qué es el derecho en cierto tema, así como la propia comprensión del derecho en general, son interpretativos). Otros autores (p. ej. Richard Posner (1939-)) han insistido en que la interpretación jurídica es muy diferente con respecto a la interpretación ar-

tística/literaria: por ejemplo, en la necesidad de una finalidad, la necesidad de una única respuesta correcta y la deferencia hacia las intenciones de los autores/legisladores.

El debate relativo a si hay o no una conexión entre la interpretación artística/literaria y la interpretación jurídica suscita dudas generales sobre la interpretación aplicables al contexto jurídico: ¿se puede hablar de interpretaciones “verdaderas” y “falsas”, o sólo de “mejores” y “peores”? y ¿qué limitaciones, si es que las hay, existen sobre las interpretaciones aceptables o defendibles de un texto? En este último punto, por ejemplo, Dworkin sostiene que si una interpretación no se ajusta suficientemente a los datos que pretende explicar, entonces ni siquiera califica como una interpretación, sin importar qué tan atractiva pueda ser en otros terrenos.

Véase autoridad; comunidad de interpretación; derecho y literatura; hermenéutica; intención; interpretación constructiva

interpretación constructiva En las últimas obras de Ronald Dworkin (1931-), en particular *El imperio de la justicia* (1986), él argumenta que el derecho, al igual que el arte y la literatura, debe ser abordado a través de la “interpretación constructiva”, una interpretación que vuelve al objeto de interpretación “el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se asume que pertenece”.

Qué tan apropiada es esta forma de interpretación, ya sea para el arte y la literatura o para el derecho, es un punto altamente controvertido. Entre las visiones alternativas está una que se centraría en las intenciones del autor o creador en la interpretación de una obra de arte. Hay perspectivas *similares* sobre el derecho y la interpretación jurídica: que la interpretación constructiva minimiza la importancia de la autoridad en la naturaleza del derecho.

También es controvertida la afirmación de Dworkin de que la interpretación constructiva es igualmente aplicable para los abogados y los jueces que intentan discernir lo que es el derecho en un tema en particular, y para los teóricos que pretenden crear una teoría del derecho. La mayoría de los teóricos creen que debería haber una marca-

da división entre las teorías generales sobre la naturaleza del derecho, y las ideas sobre tópicos concretos dentro de un sistema jurídico particular.

Véase interpretación; teoría coherentista; teoría interpretativa del derecho

interseccionalidad Un concepto propuesto la mayoría de las veces dentro de la teoría crítica desde el punto de vista racial (por Kimberlé W. Crenshaw (1959-), entre otros), que señala que algunos individuos pueden estar sujetos a una serie de formas de explotación convergentes o entremezcladas (p. ej. basadas en la raza, el género, la clase, la religión, etcétera). Bajo tales circunstancias, los argumentos basados en una sola forma de explotación pueden ser inadecuados para comprender la situación. Por ejemplo, se ha argüido a veces que un análisis feminista que sólo presta atención a lo que es compartido por todas las mujeres puede ser de poca ayuda para comprender la situación de las mujeres afroamericanas y latinas.

Véase esencialismo

J

jerarquía La división de la sociedad en niveles de privilegio o de poder (independientemente de que se base en la riqueza, la raza, el género, la habilidad, u otros criterios). La relevancia para la teoría del derecho es que algunos teóricos críticos, en particular los seguidores del análisis crítico del derecho, le dieron una gran cantidad de atención a las jerarquías dentro de la sociedad, y la manera en que las prácticas y las ideas ayudaron a crearlas y mantenerlas.

Véase análisis crítico del derecho; legitimación

Jhering, Rudolf von Rudolf von Jhering (1818-1892) fue un filósofo del derecho alemán, cuyos trabajos importantes en la historia y teoría del derecho incluyen *El espíritu del derecho romano* (*Der Geist des römischen Rechts*) (1852-1858) y *La lucha por el derecho* (*Der Kampf ums Recht*) (1872). Su influencia en la teoría del derecho angloparlante provino primordialmente de sus esfuerzos para incorporar ideas utilitaristas en su enfoque hacia el derecho —que el derecho debe servir, y se puede entender de mejor manera como si sirviera intereses individuales y comunitarios—. Este punto aparentemente obvio tuvo, no obstante, una fuerza importante para responder a los enfoques formalistas del derecho que consideraban que éste consistía, primordialmente, en el análisis correcto de las propiedades jurídicas abstractas. La crítica de von Jhering de tales pensamientos, presentados a lo largo de su sátira “The Heaven of Legal Concepts” (1884), fue respaldada y adoptada por

cierta cantidad de realistas jurídicos norteamericanos, incluyendo a Felix Cohen (1907-1953).

Von Jhering también ofreció una versión inicial de una teoría del interés de los derechos (en oposición a la versión inicial de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) de una teoría de la voluntad de los derechos).

Véase escuela del derecho libre; realismo jurídico norteamericano; teoría del interés (de los derechos)

juego de suma cero Término de la teoría de juegos que describe un juego o una situación en donde las pérdidas y las ganancias colectivas de los participantes suman cero. El término es a menudo usado de manera más amplia para indicar una situación (o un enfoque hacia una situación) en donde una parte puede ganar sólo si la otra pierde (en contraste con una situación de cooperación en donde todas las partes pueden salir ganando).

juegos de coordinación Un término de la teoría de juegos en donde las retribuciones más grandes (conjuntas o individuales) a los jugadores provendrían de la coordinación de su conducta. Dado que los jugadores tienen dificultades para anticipar las estrategias de otros jugadores, la coordinación es difícil de alcanzar. Adicionalmente, las circunstancias del juego (y de las situaciones de la vida real que *ejemplifican*) frecuentemente crean incentivos a la conducta egoísta que pueden socavar tanto las devoluciones recíprocas de los participantes como los intereses a largo plazo de cada individuo participante.

El problema de la coordinación y la cooperación es general, estratégicamente para los individuos interactuantes (independientemente de que esas interacciones formen parte de un negocio comercial, o sólo entre vecinos), y teóricamente para comprender cómo la interacción de la ayuda puede ser creada y mantenida en la vida social, comercial, jurídica y política.

Véase coordinación de la conducta; dilema del prisionero

jurisprudencia analítica Un enfoque de la filosofía del derecho que enfatiza el análisis de los conceptos (“sistema jurídico”, “derecho”, “propiedad”). Este enfoque está relacionado con una disciplina más general, la “filosofía analítica”. La jurisprudencia analítica puede ser contrastada tanto con aquellas formas de teorías del derecho más orientadas a reformar o criticar el derecho (p. ej. la teoría feminista del derecho, el realismo jurídico norteamericano y la teoría crítica desde el punto de vista racial) como con aquellos enfoques que, a la vez que son menos normativos, están fuertemente fundados en áreas particulares de las ciencias sociales o las humanidades (p. ej. la jurisprudencia histórica, la jurisprudencia sociológica y el análisis económico del derecho).

En particular, la filosofía analítica (del derecho) es una búsqueda de los significados de términos y conceptos. Los filósofos analíticos tienden a creer que el análisis conceptual es un enfoque defendible para comprender partes de nuestro mundo. Las proposiciones analíticas son contrastadas con las proposiciones que son primordialmente normativas (lo que debería ser) y aquellas que son primordialmente empíricas (cómo suceden de hecho las cosas, de una manera contingente —pudieron haber ocurrido de otra manera—). Como lo sostuvo W. V. O. Quine (1908-2000) (“Two Dogmas of Empiricism”, *Philosophical Review*, 1951), es altamente discutible decir que las proposiciones analíticas y las empíricas están claramente divididas (y la línea divisoria entre las proposiciones descriptivas y las evaluativas también es problemática en ocasiones).

La filosofía analítica es comúnmente contrastada con la “filosofía continental” (aunque actualmente muchos piensan que tal distinción es exagerada o inútil). En este contraste, la filosofía analítica se refiere a los enfoques filosóficos que enfatizan la lógica, entendida en un sentido amplio, y las exploraciones de la superficie o lógica oculta de los términos y conceptos, y está asociado en primera instancia con filósofos de la lengua inglesa (p. ej. Bertrand Russell (1872-1970) y G. E. Moore (1873-1958)). La filosofía continental es frecuentemente asociada a los grandes sistemas teóricos franceses y alemanes (p. ej. G. W. F. Hegel (1770-1831) y Maurice Merleau-Ponty (1908-1961)).

Véase análisis conceptual

jurisprudencia histórica Un enfoque para la comprensión del derecho en el cual la historia juega un papel importante. El que los sistemas jurídicos puedan reflejar el carácter social distintivo (e incluso climático) de su país es una idea que se remonta hasta Montesquieu (1689-1755). La perspectiva de que la historia tiene un papel importante en la explicación del estado actual del derecho, así como en su desarrollo pasado y su probable dirección futura, está relacionada primordialmente con dos figuras: Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) y sir Henry Maine (1822-1888).

Los escritores asociados con la jurisprudencia histórica han variado significativamente en sus creencias y aserciones, pero muchos subrayaron la importancia de las costumbres y tradiciones de culturas particulares, en tanto constituyen una manera de explicar la manera en que el derecho se ha desarrollado, y quizá también la manera en que *debería* hacerlo. La jurisprudencia histórica ha demostrado estar en agudo contraste con la teoría del derecho natural, y con otras teorías que han pugnado por un modelo correcto único para el derecho en todas partes. Al mismo tiempo, la jurisprudencia histórica tanto de Savigny como de Maine puede ser vista como una respuesta a cierto tipo de positivismo jurídico —que consideraba al derecho como, ni más ni menos, aquello que ordena el soberano—. Escritores tales como Savigny se opusieron a los intentos de imponer una racionalización o codificación de las leyes de una nación (Savigny se opuso no tanto a la codificación como tal, sino sólo a la codificación en *un mal momento*. La codificación puede ser apropiada en la cúspide de la madurez de una cultura, pero en un tiempo de desarrollo o de decadencia podría ser contraproducente).

Maine (escribiendo en respuesta a las teorías de Jeremy Bentham (1748-1832) y John Austin (1790-1859)) ofreció una teoría evolutiva: afirmó que los cambios predecibles en la sociedad se ven reflejados inevitablemente por los cambios en el derecho. Maine sostuvo de forma célebre en *El derecho antiguo* (1861) que tanto la sociedad como los

sistemas jurídicos pueden ser considerados como movimientos “*del estatus al contrato*”.

Mientras que parece haber una clara conexión entre la jurisprudencia histórica y algunas de las justificaciones ofrecidas para el razonamiento del *Common Law*, la jurisprudencia histórica —y su aplicación al enfoque del *Common Law*— no fue discutida con frecuencia por teóricos jurídicos angloparlantes (la excepción más prominente, sir Henry Maine, no aplicó expresamente sus ideas sobre la conexión entre el derecho y la cultura en el sistema del *Common Law*).

Véase antropología jurídica; Austin, John; Bentham, Jeremy; historicismo; Maine, Henry; Montesquieu, Barón de; positivismo jurídico; Savigny, Friedrich Carl von; teoría de derecho natural

jurisprudencia mecánica *Véase* formalismo

jurisprudencia sociológica El término “jurisprudencia sociológica” fue utilizado comúnmente, sobre todo en las primeras décadas del siglo XX, para referirse a una colección general de teorías que intentaban aplicar métodos y perspectivas sociales a la discusión teórica del derecho. Tales trabajos incluyen la amplia teorización social de Max Weber (1864-1920) y Emile Durkheim (1858-1917), y a los argumentos más mundanos, si bien críticamente perspicaces, de Roscoe Pound (1870-1964). El trabajo de Pound se centró en los objetivos de las normas jurídicas y la eficacia de las normas para alcanzar tales objetivos, y fue de una poderosa influencia en los realistas jurídicos norteamericanos.

Un teórico frecuentemente relacionado con la “jurisprudencia sociológica”, Eugen Ehrlich (1862-1922), intentó mostrar cómo los factores sociales (p. ej. pobreza, valores sociales) tienen tanta influencia sobre los resultados de las disputas como las normas jurídicas (el derecho de los abogados).

Véase antropología del derecho; derecho y sociedad; funcionalismo; realismo jurídico norteamericano

jurisprudencia terapéutica Un término utilizado por un pequeño grupo de teóricos para resumir el modo en que las reglas del derecho y las prácticas pueden, producen o deberían producir buenos o malos efectos en los estados emocionales y psicológicos de aquellos que comparecen ante los tribunales, o de aquellos que son afectados por el derecho de otras maneras. El término fue usado inicialmente sobre todo en relación con el derecho de salud mental, aunque ha sido, en ocasiones, aplicado más ampliamente.

justicia Es el conjunto de limitaciones políticas y morales sobre las interacciones humanas. Las discusiones sobre la justicia usualmente se centran sobre una o más de las subcategorías de la justicia: justicia correctiva, justicia distributiva, justicia retributiva (“retribución”) y la justicia procedimental (“justicia legal”).

Hay debates importantes con respecto a la fuente y a la naturaleza general de los criterios que llamamos “justicia”. Algunos pensadores escépticos (que se remontan cuando menos a ciertos interlocutores en la *República* de Platón) sostienen que los criterios de justicia sólo pueden fundarse en los puntos de vista convencionales de la sociedad, o bien en las tradiciones de la comunidad. Otros teóricos (como John Rawls (1921-2002), en perspectiva de “justicia como imparcialidad”) han considerado que los principios de justicia están relacionados con lo que la gente aceptaría bajo ciertas condiciones ideales. Un punto de vista tradicional sobre la justicia considera que ésta describe criterios que son eternos e inmutables, establecidos por Dios, la naturaleza del universo, la naturaleza humana o alguna combinación de ellos.

Por lo general, la relación de la justicia con la moral o la ética ha estado frecuentemente en disputa. Algunos teóricos utilitaristas arguyeron que la justicia, al igual que otros valores y virtudes, podría ser reducida al principio fundamental de maximizar la utilidad social. Otros teóricos (p. ej. Rawls en sus últimas obras, como *Liberalismo político* (1993)) han defendido que la justicia es la estructura política dentro de la cual personas con diferentes ideas e ideales morales pueden coexistir y cooperar.

Véase Aristóteles; justicia como imparcialidad; justicia correctiva; justicia distributiva; justicia intergeneracional; justicia procedimental; merecimiento; Rawls, John; retribución; utilitarismo

justicia como imparcialidad Es una frase que John Rawls (1921-2002) ha utilizado para resumir su enfoque hacia la justicia (p. ej. en su *Teoría de la justicia* (1971)). Bajo el enfoque de Rawls, los principios requeridos por la justicia son aquellos principios que la gente escogería si ignorara sus dotes naturales, su lugar en la sociedad y sus concepciones del bien (lo que Rawls llama “la posición original”, donde la gente está detrás de un “velo de la ignorancia”). Rawls explica que la frase “justicia como imparcialidad” no refleja una ecuación de los dos términos, sino más bien el hecho (o la afirmación) de que bajo su enfoque “los principios de justicia son elegidos en una situación inicial que es imparcial”. La imparcialidad de la situación original consiste en que las personas no tienen ninguna información que desviaría su decisión a favor de sus condiciones particulares.

Véase equidad; justicia; posición original; Rawls, John; velo de la ignorancia

justicia correctiva La justicia correctiva (también llamada a veces “justicia rectificatoria”) alude a lo que se requiere para rectificar la situación entre dos personas cuando una ha dañado a la otra de alguna manera. Así, la justicia correctiva fundamenta las instituciones modernas de derecho contractual, la responsabilidad civil (aunque tanto el derecho contractual como la responsabilidad civil también conocen de formas de daños que van más allá de la “justicia correctiva” —daños punitivos en la responsabilidad civil, y daños de expectativa en el derecho contractual—), restitución y justicia penal. La división de la justicia en “correctiva” y “distributiva” se remonta cuando menos hasta Aristóteles (*Ética para Nicómaco*, libro V). Aristóteles pensó que ambas formas de justicia reflejan un aspecto de igualdad, siendo la justicia correctiva un regreso a la igualdad (el *statu quo* original) que existía entre dos partes antes de una lesión o de un enriquecimiento injusto,

mientras que la justicia distributiva es la división igualitaria de partes sobre un grupo de personas (“igual” aquí significa no una igualdad absoluta, sino divisiones de acuerdo con criterios relativos —trátese del mérito, la necesidad, o alguna otra medida—).

La interacción posible o necesaria de la justicia correctiva y la justicia distributiva (p. ej. si las inequidades distributivas justifican cualquier modificación de los deberes de uno bajo la justicia correctiva) sigue siendo una cuestión de activa controversia en la literatura.

Véase Aristóteles; problema de la situación inicial

justicia distributiva Se refiere a los principios que guían la distribución de bienes o cargas entre un grupo de receptores. Esto contrasta con las pretensiones de justicia que provienen de la corrección de las reparticiones entre dos partes (“justicia correctiva”), el justo castigo a acciones incorrectas (“retribución”) y el propio seguimiento de reglas establecidas previamente (justicia “formal” o “legal”).

En la reciente teoría política, el término “justicia distributiva” ha sido aplicado principalmente a la distribución de un gobierno o a la redistribución de bienes y cargas entre sus ciudadanos.

Véase Aristóteles; justicia; justicia correctiva

justicia formal *Véase* justicia

justicia intergeneracional Es la pregunta de cuáles son los deberes, si es que hay alguno, que tiene la gente que vive actualmente respecto de aquellos que vivieron en el pasado o hacia aquellos que podrían vivir o estarán vivos en el futuro. Entre los problemas de la justicia intergeneracional se encuentran los de arribar a conclusiones sobre cuestiones (conceptuales) acerca de si puede decirse que los muertos o los “aún no nacidos” (y los que “quizá nunca nazcan”) tienen derechos. En particular, las cuestiones conceptuales surgen del hecho de que nuestras acciones presentes no sólo afectan las condiciones en las

que vivirá la gente del futuro, sino también *cuál* será el futuro en el que vivirá esa gente.

Véase justicia

justicia procedimental Los aspectos procedimentales de la justicia (referidos a veces como “justicia legal” o “justicia de acuerdo a la ley”) que involucran el seguir las normas impuestas previamente, dándole suficiente aviso a los individuos de las normas que se les aplicarán y permitiendo a las partes afectadas la oportunidad y el derecho de participar en el proceso que conducirá a las normas y decisiones que los obligan (participación indirecta —votación— para la legislación, y participación directa en los procedimientos adjudicativos). Los aspectos procedimentales de la justicia son frecuentemente contrastados con aspectos más sustantivos. Los dos pueden chocar fácilmente: la aplicación consistente de una ley perversa puede ser, en ese sentido, procedimentalmente justa, aun cuando requiera un resultado sustantivamente injusto en un caso particular. No obstante, hay razones para pensar que los sistemas que son más justos procedimentalmente tenderán también a ser más justos sustantivamente (debido a la bondad subyacente de las autoridades, o porque es más difícil —aunque ciertamente lejos de imposible— lograr fines sustantivamente injustos utilizando procedimientos justos).

La teoría del derecho natural procedimental de Lon Fuller (1902-1978) fue en gran parte una elaboración de los aspectos procedimentales de la justicia y el papel de éstos dentro de un orden jurídico bueno.

Una pregunta para la ética jurídica, y para la moral en general, es ¿qué fuerza moral, si es que hay alguna, se deriva de seguir las normas establecidas cuando dichas normas son inmorales (ya sea en el ámbito general o cuando son aplicadas a hechos particulares)?

Véase derecho natural procedimental; Fuller, Lon L.; justicia

justificación En la discusión sobre la práctica jurídica, o sobre un aspecto de ella (p. ej. el derecho constitucional anglosajón o el derecho

inglés sobre la responsabilidad civil), algunos teóricos distinguirían la “justificación” para la práctica como un todo, o para alguna parte de la misma, y la “legitimidad” de un argumento particular o conclusión *dentro* de la práctica. Aquellos que hacen esta distinción frecuentemente ven a la “justificación” como una evaluación moral “externa” de la práctica, mientras ven a la “legitimidad” como un análisis “interno” de la consistencia del argumento o conclusión en cuestión con los usuales criterios aceptados de la práctica.

Véase legitimidad

K

Kant, Immanuel Pensador alemán (1724-1804) que es quizá el filósofo de mayor influencia desde Aristóteles, con obras importantes en la filosofía moral, la epistemología y la estética. Su influencia directa en la filosofía del derecho no ha sido muy considerable. Sin embargo, la importancia indirecta de Kant puede ser difícil de exagerar. Por ejemplo, gran parte del énfasis en el pensamiento moral, jurídico y político contemporáneo sobre la autonomía del individuo —respetar las elecciones de las personas y atribuirles responsabilidad por ellas— puede ser ubicado en el trabajo de Kant.

Un ámbito de influencia directa es la teoría de la pena, en la cual Kant es visto a menudo como un fuerte defensor del retributivismo (particularmente en la *Metafísica de las costumbres* (1797)): que aquellos que violen el derecho penal deberían ser castigados de acuerdo con la culpabilidad de su ofensa (en contraste con las justificaciones más utilitaristas de la pena, encaminadas a objetivos de disuasión o de rehabilitación). Kant sostuvo, de manera consistente con el citado enfoque, que sólo deberían ser castigados aquellos cuya culpabilidad en los crímenes estuviese demostrada; que era importante atribuirles responsabilidad a los que estén en la referida situación a través del castigo, y que la pena debería ser proporcional a la gravedad de los crímenes. Kant pareció sostener que cualquier enfoque sobre la pena distinto de la retribución sería una desviación de los estrictos requerimientos de la justicia, y también sería inmoral porque trata al sujeto de la pena como un medio en vez de un fin en sí mismo. Kant afirmó que *todo* cri-

minal debía ser castigado de manera proporcional, aun si la desviación pudiera servir a un propósito social mayor o incluso si la sociedad estuviera a punto de disolverse (algunos teóricos kantianos, más notablemente Thomas E. Hill Jr., arguyen que el enfoque de Kant hacia la pena es mejor entendido como una mezcla de disuasión y retribución).

Además, (1) el argumento de Kant de que la culpabilidad moral está basada en la voluntad del actor (intenciones) y no en los resultados de sus acciones (un punto de vista reelaborado posteriormente como la idea de “fortuna moral”), sigue siendo un argumento sólido dentro del derecho penal y el derecho civil, incluso si las reglas en tales áreas se desvían a menudo de dicho principio; (2) algunos autores ubican a la moderna “teoría de la voluntad sobre los derechos” en los escritos de Kant sobre teoría política, y (3) la teoría neokantiana, que se construye a partir de una variante de la teoría del conocimiento de Kant (en particular, al usar argumentos semejantes al “argumento trascendental” kantiano, que apoyaba conclusiones mediante la pretensión de mostrar que si ellas no son verdaderas, la experiencia no sería posible), fue importante para la teoría del derecho de Hans Kelsen (1881-1973).

Véase análisis neokantiano; deontológico; fortuna moral; Kelsen, Hans; pena; retribución; teoría de la voluntad (de derechos)

Kelsen, Hans Teórico austriaco del derecho (1881-1973) que pasó gran parte de su vida adulta en los Estados Unidos. Hans Kelsen produjo obras de una influencia duradera sobre la teoría del derecho y el derecho internacional, aunque probablemente lo son más dentro de los países del continente europeo y América del Sur que en Inglaterra o Estados Unidos. Mientras que Kelsen publicó literalmente cientos de escritos durante sus seis décadas de producción, él es quizá mejor conocido dentro de la teoría del derecho por su texto *Reine Rechtslehre* (1a. ed., 1934; 2a. ed., 1960, traducida como *Teoría pura del derecho* (1979)).

Kelsen buscaba crear una teoría del derecho libre de postulados sociológicos, históricos, políticos o morales —o sea, una teoría *pura* del

derecho (*reine Rechtslehre*)—. Su enfoque hacia el derecho puede ser entendido en sentido amplio como parte de la escuela del positivismo jurídico, en tanto que no se compromete con ningún contenido moral o criterios morales para el derecho; sin embargo, el enfoque de Kelsen difiere significativamente tanto de la teoría del mandato de John Austin (1790-1859) como del enfoque más hermenéutico de H. L. A. Hart (1907-1992).

El trabajo de Kelsen guarda ciertas semejanzas externas con la teoría de Hart, aunque está construido a partir de un fundamento teórico completamente diferente: una derivación neokantiana en vez de (en el caso de Hart) la combinación de hechos sociales, análisis hermenéutico y filosofía del lenguaje ordinario. Kelsen intenta aplicar algo similar al “argumento trascendental” de Kant (1724-1804) al derecho: se puede entender de mejor manera al trabajo de Kelsen como si intentara determinar qué se sigue del hecho de que las personas algunas veces toman a las acciones y palabras de otras personas (los funcionarios del derecho) como normas válidas. Puede considerarse que su trabajo recurre a la lógica del pensamiento normativo. Toda conclusión normativa (p. ej. “nadie debería conducir a más de 90 kilómetros por hora” o “uno no debería cometer adulterio”) deriva de una premisa normativa más general o más básica. Esta premisa más básica puede formularse en términos de una proposición general (p. ej. “no dañar a otros seres humanos innecesariamente” o “no usar a otros seres humanos simplemente como medios para conseguir un fin”), o bien en términos del establecimiento de una autoridad (“haz lo que Dios manda” o “compórtate de acuerdo a las reglas sancionadas por una mayoría en el Parlamento”). Así, el mero hecho de que alguien afirme o asuma la validez de una norma jurídica particular (“uno no puede manejar a más de 90 kilómetros por hora”) conlleva afirmar implícitamente la validez de la conexión fundacional de esta cadena normativa particular (“uno debería hacer aquello que está autorizado por la primera constitución histórica de esta sociedad”).

Al igual que Austin, pero a diferencia de Hart, Kelsen es un “reduccionista”, en el sentido de que intenta visualizar a todas las normas jurídicas como variantes de un tipo de enunciado (Austin quizá fue

también reduccionista en un sentido distinto del término, pues podría decirse que intentó reducir los fenómenos normativos a proposiciones empíricas; Kelsen ciertamente no fue un reduccionista en ese sentido). En el caso de Austin, todas las normas jurídicas han de ser entendidas en términos de mandatos (del soberano); en el caso de Kelsen, todas las normas jurídicas han de ser entendidas en términos de una autorización a un funcionario de imponer sanciones (si los principios prescritos no son cumplidos).

Algunas de las obras de Kelsen sobre derecho internacional derivan de su trabajo central en la teoría del derecho: p. ej. al tratar de discutir el derecho internacional de una manera “científica”, libre de ideología política; al centrarse en la medida en que hay sanciones efectivas en las normas de derecho internacional, y al sostener que el derecho internacional y el derecho interno de un país deben conformar de alguna manera un sistema normativo único.

(Las ideas de Kelsen se desarrollaron y modificaron a lo largo de seis décadas de producción; las afirmaciones acerca de su trabajo hechas aquí aplican a la mayor parte de lo que escribió, pero no aplicarán por lo general a sus últimas obras, en las que él rechazó misteriosamente gran parte de la teoría que había construido durante las décadas anteriores).

Véase análisis neokantiano; derecho internacional; Hart, H. L. A.; Kant, Immanuel; lógica deóntica; norma básica; positivismo jurídico; teoría pura del derecho; teorías reduccionistas del derecho

L

lagunas en la ley Véase lagunas jurídicas

lagunas jurídicas Las lagunas jurídicas se refieren a un supuesto fracaso de las normas y los criterios jurídicos de cubrir o resolver todas las cuestiones actuales o posibles, o bien todas las posibles disputas. A veces la afirmación de que hay una “laguna en el derecho” se refiere a que (supuestamente) no hay sobre ese particular un criterio jurídico autorizado disponible, y a veces la afirmación sólo supone que no hay respuesta contundente basada en una fuente jurídica, aun cuando puede haber una disponibilidad de criterios relevantes legalmente autorizados (p. ej. que hay dos normas jurídicas con igual peso, o que hay una norma externa aplicable cuya aplicación por el juez está permitida por el derecho, mas no exigida). Las discusiones sobre las lagunas jurídicas cubren asuntos que van desde la cuestión relativamente abstracta sobre si los sistemas jurídicos son necesariamente sistemas normativos “cerrados”, a la cuestión más concreta sobre cómo deben decidir los jueces los casos en donde no hay (o no parece haber) derecho aplicable.

Escritores como François Gény (1861-1959) y los miembros de la escuela del derecho libre alemán arguyeron, en el contexto del derecho codificado en países con derecho romano-germánico, que inevitablemente había lagunas en el derecho, y que los jueces tenían y debían tener discreción al decidir disputas que cayeran en dichas lagunas.

El estudio de la “textura abierta” de H. L. A. Hart (1907-1992) (p. ej. en *El concepto de derecho* (1961)) consistió en una afirmación de que,

debido a la naturaleza del lenguaje o de las normas, la mayoría de las leyes debían tener un núcleo de aplicación clara, pero también un área marginal en donde el criterio legal fuese incierto. Hart arguyó que en esas áreas de “textura abierta”, los jueces gozarían de discreción para crear derecho nuevo.

Véase discreción; escuela del derecho libre; Gény, François; Hart, H. L. A.; indeterminación; tesis de la respuesta correcta; textura abierta

legislación judicial El término se aplica a cuando los jueces hacen nuevas leyes, en el curso de resolver las disputas que les son presentadas, en vez de simplemente declarar y aplicar el derecho existente. La dificultad radica en que la línea que distingue a la declaración del derecho existente de la creación de nuevo derecho, rara vez es clara (esta dificultad puede ser limitada en su mayoría a los países del *Common Law*, en donde los tribunales tienen el poder de cambiar la ley. En los países de derecho romano-germánico, el poder de los tribunales de cambiar el derecho puede ser limitado, y tribunales posteriores pueden ser libres para, en principio, decidir de forma contraria a las decisiones emitidas en casos anteriores).

Los estudios sobre la legislación judicial son frecuentemente complejos —ciertamente, lo son en Inglaterra y los Estados Unidos— debido al hecho de que los jueces que emiten decisiones, y los abogados que se presentan ante los jueces, casi siempre hablan en términos de declarar lo que el derecho es, sin importar cuántos autores puedan afirmar después de ese hecho que la decisión es un cambio o una adición a la ley.

Hay numerosos debates dentro de la filosofía del derecho respecto del valor de la legislación judicial (p. ej. Jeremy Bentham (1748-1832) fue un feroz opositor, mientras que su amigo y discípulo John Austin (1790-1859) la creía una práctica aceptable y saludable), y también respecto de su posible carácter de inevitable.

Véase dificultad contramayoritaria

legitimación Los teóricos críticos, en particular teóricos asociados al análisis crítico del derecho, a menudo enfatizan la medida en la cual el derecho puede ocasionar que grupos oprimidos perciban erróneamente a su sociedad como justa, a través de la manera en que el derecho presenta a las reglas de la sociedad como neutrales y justas, y a las autoridades del derecho como representantes de los intereses de todos.

Las discusiones sobre la legitimación dentro de la teoría del derecho se remontan a los trabajos de teóricos anteriores de otros campos, Antonio Gramsci (1891-1937), Louis Althusser (1918-1990) y, en menor medida, Max Weber (1864-1920) (dentro de la teoría marxista, el mismo concepto algunas veces es denominado “hegemonía”).

El énfasis sobre la legitimación puede ser visto como una manera de considerar y explicar el derecho, más sutil que una perspectiva “marxista ingenua” de que el derecho sirve directamente a los intereses de los poderosos. Tal punto de vista se tropieza con aparentes contraejemplos cuando las decisiones de los tribunales o las normas legislativas parecen favorecer a los menos poderosos. Una teoría de la legitimación permite a los teóricos críticos sostener que tales victorias ocasionales de los menos poderosos sólo incrementan la utilidad del derecho para los intereses de los poderosos: al darles a los menos poderosos alguna base para creer que el gobierno es generalmente justo, el sistema, que de hecho (bajo este argumento) sirve predominantemente a los intereses de los poderosos, puede progresar con poca o ninguna resistencia organizada.

Véase análisis crítico del derecho; Gramsci, Antonio; ideología; Marx, Karl

legitimidad Un término que se refiere al valor moral de una práctica, institución o sistema entero. El término es usado principalmente en la discusión sobre instituciones, acciones y actores políticos, y algunos usarían el término exclusivamente en ese contexto. Otros aplican el término más ampliamente a todas (o a casi todas) las prácticas regidas por reglas.

Algunos teóricos han sugerido una distinción (controvertida) entre “legitimidad” y “justificación”, donde la primera se aplica al determinar si una acción es consistente con las reglas aceptadas dentro de una práctica, y la segunda al evaluar (moralmente) la práctica como un todo.

Asimismo, algunos autores han sugerido que debería distinguirse lo “legítimo” de lo “justo”, en tanto para la legitimidad puede ser suficiente que un gobierno trabaje arduamente para lograr la justicia, incluso si al final no lo logra.

Véase justificación

Levi, Edward H. Edward Hirsch Levi (1911-2000) fue en varias ocasiones el procurador general de los Estados Unidos (bajo el presidente Gerald R. Ford) y presidente de la Universidad de Chicago, pero dentro de la teoría del derecho es más conocido por un pequeño texto, *Introducción al razonamiento jurídico* (1949), que es una introducción concisa sobre las vaguedades y paradojas del razonamiento jurídico en general, y el razonamiento del *Common Law* en particular. Menos conocida, pero quizá igualmente importante, fue la decisión de Levi, como profesor de derecho que enseñaba sobre la ley antimonopolio, de hacer equipo con un economista. Muchos autores remontan el desarrollo de la escuela de “análisis económico del derecho” a esa decisión, y también le dan crédito por promover el crecimiento del trabajo interdisciplinario en el derecho (en años posteriores Levi añadiría a un estadístico y a un sociólogo a cursos de enseñanza en equipo con profesores de derecho). Levi fundó el *Journal of Law and Economics* en 1958, que continúa siendo una revista prominente en el análisis económico del derecho.

Véase análisis económico del derecho; *Common Law*; razonamiento jurídico

Lex iniusta non est lex “La ley injusta no es ley”. La frase, en latín o español, es usualmente relacionada con la teoría tradicional del dere-

cho natural. Es posible encontrar declaraciones semejantes en las obras de Santo Tomás de Aquino (1224-1274), y también en las de Platón, Aristóteles, Cicerón y San Agustín.

El significado o importancia de la frase es controvertido. Algunos críticos de la teoría del derecho natural entienden la frase en el sentido de que las leyes injustas no tienen la categoría de “ley” en ningún sentido, y se pueden encontrar textos de escritores simpatizantes con la teoría del derecho natural que parecen apoyar esta lectura (p. ej. sir William Blackstone (1723-1780), al principio de sus *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769)). Sin embargo, la lectura más común de Tomás de Aquino, y de la mayoría de otros teóricos relevantes del derecho natural, consiste en que una ley injusta no es ley *en sentido estricto*: esto es, que uno puede hablar de las disposiciones injustas como si fueran “leyes”, pero ellas carecen de algo que las leyes justas sí tienen. En la frase de Santo Tomás, las leyes injustas no “vinculan en conciencia”; los ciudadanos no tienen obligación, hablando en términos generales, de obedecerlas.

Véase obligación de obedecer el derecho; teoría del derecho natural; Tomás de Aquino

***lex talionis* (ley del talión)** *Véase* retribución

liberalismo En el contexto de las discusiones sobre teoría política y política del derecho, los términos “liberal” y “liberalismo” pueden tomar una amplia variedad de acepciones. A veces, los términos son utilizados de manera amplia para referirse a cualquier enfoque hacia la política gubernamental y social que enfatiza los derechos individuales —en contraste con el tipo de conservadurismo que enfatiza la importancia de la tradición, la costumbre y la autoridad, o con los enfoques comunitaristas; tanto los enfoques conservadores como los comunitaristas se centran frecuentemente en la sociedad y el bien social, mientras que el “liberal” se centra en el individual—.

En otras ocasiones, el término es utilizado en sentido más estricto para referirse a un tipo particular de perspectiva política izquierdista o

progresista (usualmente acarreado un apoyo al igualitarismo, la responsabilidad gubernamental de ayudar a los pobres, la redistribución del ingreso, y directrices políticas similares). Este uso del término “liberal” puede derivar de la “liberalidad” entendida como generosidad.

El “liberalismo clásico”, centrado en la libertad individual, es frecuentemente asociado a John Stuart Mill (1806-1873) y su “principio del daño” (que la interferencia gubernamental con la libertad individual sólo se justifica por la prevención del daño a otros). Los férreos defensores de tales posiciones (p. ej. Richard Epstein (1943-) y Robert Nozick (1938-2002)) son con frecuencia denominados “libertarianos”.

Véase comunitarismo; Mill, John Stuart

libertad Usualmente comprendida como la ausencia de limitaciones a la acción, en particular la falta de limitaciones jurídicas. Isaiah Berlin (1909-1997) distinguió entre dos conceptos de libertad en su Discurso inaugural de 1958 con ese título. La libertad negativa refleja la comprensión convencional de libertad como la ausencia de límites externos. La libertad positiva implica tener la *habilidad* de llevar a cabo la acción en cuestión *y por ende, posiblemente, el derecho de ser apoyado o autorizado por el Estado o por la sociedad en el asunto en cuestión.*

Dentro del análisis de los derechos de Wesley Hohfeld (1879-1918), las “libertades” (Hohfeld prefirió el término “privilegios”) fueron una categoría de *protecciones jurídicas/legales* que frecuentemente llevan el nombre “derecho”, entendido en términos amplios (las otras categorías eran “derechos subjetivos”, “potestades” e “inmunidades”).

Véase Berlin, Isaiah; Hohfeld, Wesley

Llewellyn, Karl N. Karl Nickerson Llewellyn (1893-1962) fue probablemente el más destacado y elocuente realista jurídico norteamericano, y quizá también el que tuvo mayor influencia práctica, lo cual provino primordialmente de su papel en la redacción del Artículo Dos del *Uniform Commercial Code* (UCC), una ley que (ya reformada) regula

la venta de bienes en los Estados Unidos hasta esta fecha. Sus más importantes trabajos sobre filosofía del derecho incluyen *The Cheyenne Way* (con E. Adamson Hoebel) (1941); *The Bramble Bush* (1951); *The Common Law Tradition – Deciding Appeals* (1960); “A Realistic Jurisprudence – The Next Step” (*Columbia Law Review*, 1930) y “Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound” (*Harvard Law Review*, 1931).

Al igual que muchos de los realistas jurídicos norteamericanos, Llewellyn desarrolló un enfoque “sociológico” o “funcional” hacia el derecho: que las normas jurídicas deberían servir a propósitos sociales, y en la medida en que fracasasen al servir dichos propósitos, tales normas deberían ser modificadas. Además (y de nuevo al igual que muchos otros realistas jurídicos), Llewellyn sostuvo que una comprensión formalista del razonamiento y los conceptos jurídicos no encuadra con lo que los jueces de hecho hacen al decidir casos y desarrollar el derecho.

Llewellyn presentó un escepticismo moderado respecto de las normas (distinguiendo entre “normas reales” y “normas en el papel”), arguyendo *no* que las normas no tienen importancia en la práctica jurídica o en la comprensión del derecho, sino que su importancia era frecuente y fácilmente exagerada: que las normas jurídicas, tal y como aparecen en las leyes, *podrían o no ser* una buena descripción de cómo los jueces deciden casos; y *podrían o no ser* una buena predicción de cómo los casos futuros serían resueltos.

En *The Common Law Tradition*, Llewellyn convirtió algunas de estas ideas en consejos para que los jueces utilicen su “percepción de la situación” (tomar en cuenta consideraciones políticas y económicas, así como un razonamiento jurídico más convencional), con “gran estilo” en sus resoluciones (un enfoque menos formalista, dispuesto a desarrollar el derecho para adaptarlo a circunstancias cambiantes).

El trabajo de Llewellyn en el UCC puso muchas de las ideas del realismo jurídico en acción: en particular, que los jueces deberían centrarse más en las percepciones y necesidades de los ciudadanos sujetos al derecho, y menos en entendimientos formalistas o aplicaciones técnicas de conceptos jurídicos.

Véase Pound, Roscoe; realismo jurídico norteamericano

Locke, John Teórico inglés (1632-1704) y figura destacada en la filosofía política y la epistemología, cuyas obras más importantes incluyen *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1690) y *Ensayo sobre el entendimiento humano* (1690). Su impacto en la teoría jurídica fue sobre todo en relación con tres ideas: (1) que los seres humanos tienen derechos inalienables a la vida, la libertad y la propiedad (una versión de las ideas de los derechos naturales de Locke aparece en la Declaración de Independencia norteamericana (1776)); (2) en relación con el punto de vista de los derechos naturales, Locke sostuvo que el gobierno se funda en un contrato social, que obliga a los ciudadanos actuales a través de su consentimiento tácito o expreso, y (3) que la titularidad de la propiedad es legítima cuando alguien mezcla su trabajo con la tierra, siempre y cuando la persona deje “lo suficiente y de igual bondad” a los demás (aunque Locke pensaba que esta última condición, si bien era aplicable en el “estado de naturaleza”, podría ya no ser aplicable después de la introducción del dinero).

El *Ensayo sobre la ley natural* (c. 1660) de Locke, publicado de manera póstuma, es considerado por algunos como un trabajo importante para la incipiente “teoría moderna del derecho natural”. La obra ofrece una perspectiva voluntarista de la teoría del derecho natural similar a la de Samuel Pufendorf (1632-1694), quien publicó su primer trabajo sobre la teoría del derecho natural, *The Elements of Universal Jurisprudence*, en 1660.

Véase consentimiento; contrato social; derecho de propiedad; Pufendorf, Samuel; teoría del derecho natural

lógica deóntica Son las relaciones lógicas que se aplican a las normas, incluyendo las normas jurídicas. Las discusiones de lógica deóntica se remontan cuando menos al trabajo de G. W. Leibniz (1646-1716), aunque buena parte del trabajo fundacional en este campo fue desarrollado en el siglo XX, por autores como Georg Henrik von Wright (1916-2003).

Como lo han señalado von Wright y otros, parte de la confusión al determinar la naturaleza y extensión de las relaciones lógicas entre las normas ha sido ocasionada por la mezcla de discusiones sobre prescripciones (“normas”), y discusiones sobre lo que es el caso dentro de los sistemas normativos establecidos, tales como el derecho (“proposiciones normativas”). Por ejemplo, se puede sostener que, al nivel de las normas, a uno no se le puede exigir hacer X al mismo tiempo que se le prohíbe hacer X, y que cualquier acción puede ser clasificada ya sea como permitida, exigida o prohibida. En contraste, parece probable que la mayoría de los sistemas jurídicos tendrán normas contradictorias y podrían además tener vacíos (aunque Hans Kelsen (1881-1973), en ocasiones, pareció sostener que los sistemas jurídicos normativos necesariamente carecen de lagunas o contradicciones). Además (como han sostenido von Wright y otros), se puede distinguir entre un análisis normativo centrado en “lo que debería ser el caso” y uno que se centra en “lo que debería ser hecho”.

El debate en torno a la lógica deóntica está relacionado con el trabajo de Hans Kelsen, pues Kelsen sostuvo (1) que la promulgación de normas posteriores automáticamente invalidaba aquellas normas anteriores inconsistentes; aunque (2) la aplicación de un juez de una norma general a un caso particular necesariamente implica la creación de una nueva norma. Además, algunos autores han vinculado a la lógica deóntica con la discusión entre el positivismo jurídico incluyente y el positivismo jurídico excluyente, afirmando que bajo la tesis de las fuentes del positivismo jurídico excluyente, las normas jurídicas no serían creadas válidamente por la aplicación de la lógica deóntica a leyes válidas existentes; las nuevas normas solamente se convertirían en partes válidas del sistema jurídico cuando fueran promulgadas por alguna fuente autoritativa. Los puntos anteriores también muestran la conexión entre la lógica deóntica y la cuestión general acerca de los papeles relativos de la “voluntad” y la “razón” en la validez jurídica.

Véase Kelsen, Hans; positivismo jurídico; Wright, Georg Henrik von

Luhmann, Niklas Sociólogo alemán (1927-1998) cuyas obras sobre la teoría de los sistemas sociales han tenido un gran impacto en Alemania y partes del continente europeo, aunque han recibido mucha menor atención en países de habla inglesa. La versión de la teoría de sistemas de Luhmann, autopoiesis, considera a los sistemas sociales como entidades que se reproducen a sí mismas mediante la apropiación de elementos que se encuentran en su entorno. Dentro de la teoría de Luhmann, los sistemas sociales son vistos básicamente como sistemas de comunicación que procesan el significado. Luhmann, Gunther Teubner (1944-) y otros han intentado aplicar la autopoiesis al derecho, discutiendo la manera y la medida en que el derecho define y controla sus propios significados (p. ej. de qué manera la cuestión de si algo es “legal” o “ilegal” es completamente determinado por el sistema jurídico).

Véase autopoiesis

M

Maine, Henry Sir Henry James Sumner Maine (1822-1888) fue un influyente escritor inglés dentro de la escuela de la jurisprudencia histórica. Maine desarrolló teorías de evolución jurídica basándose en una consideración detallada de prácticas jurídicas en diversas épocas y lugares, bajo las cuales el derecho cambia para reflejar y facilitar cambios sociales y culturales. Uno de esos cambios es la base del comentario más conocido de Maine: en *Derecho antiguo* (1861) afirmó que “podemos decir que el movimiento de las sociedades progresivas ha sido hasta el momento un paso *del status al contrato*”. Los argumentos de Maine fueron en gran parte una respuesta al positivismo jurídico de Jeremy Bentham (1748-1832) y John Austin (1790-1859), considerando que esos teóricos exageraban la importancia de la legislación y subestimaban la importancia de la historia o del cambio social evolutivo para explicar el derecho. Maine también sostuvo que el cambio jurídico frecuentemente ocurre a través de una progresión fija: desde la ficción jurídica (que cubre el cambio en la norma) a excepciones establecidas (p. ej. en equidad), y finalmente a cambios completamente reconocidos que son codificados por la legislación estatutaria o judicial.

Véase Austin, John; Bentham, Jeremy; jurisprudencia histórica; Savigny, Friedrich Carl von

Marx, Karl Karl Heinrich Marx (1818-1883) fue un teórico político, economista y filósofo alemán cuyo trabajo contribuyó a definir el co-

munismo moderno. Su relevancia para la filosofía del derecho se debe a aquellos teóricos que intentan aplicar las ideas de Marx a la historia del derecho o a la doctrina jurídica. Ha habido algunos filósofos marxistas importantes (p. ej. Evgeny B. Pashukanis (1891-1937)), aunque la mayor parte del trabajo de Marx ha sido adoptado sólo en parte, o en una forma modificada —como ocurrió frecuentemente con los teóricos del análisis crítico del derecho—.

Entre las ideas marxistas que han sido influyentes para los teóricos del derecho están: (1) su materialismo, su *concentración* en las condiciones económicas y sociales, y el argumento de que la motivación y el carácter humano derivan principalmente de los modos de producción y la posición que la gente ocupa en ellos; (2) una idea relacionada, la “ideología” —que las ideas de la clase dominante y las formas de percibir el mundo son distorsionadas con el objeto de reflejar los intereses de esa clase—, y (3) de las primeras obras de Marx, su discusión sobre la “alienación” de los seres humanos causada por el capitalismo en general y por las técnicas modernas de producción en particular.

Véase análisis crítico del derecho; base y superestructura; ideología; legitimación; Pashukanis, Evgeny B.; teorías marxistas del derecho

maximización de la riqueza Algunos teóricos del análisis económico del derecho, especialmente de los inicios de dicho movimiento, defendieron que los actores del gobierno —ya sea los jueces al resolver casos, o los legisladores al sancionar nuevas normas jurídicas— deberían escoger aquella alternativa que maximizaría la riqueza total poseída por todos los miembros de la sociedad. De forma igualmente controvertida, algunos teóricos del análisis económico del derecho sostuvieron que la maximización de la riqueza explicaba por qué las normas del *Common Law* se desarrollaban de la manera en que lo hacían, esto es, debido a que en los periodos formativos del desarrollo del *Common Law* los jueces estaban maximizando, consciente o inconscientemente, la riqueza social. Por lo general, se considera que tanto las tesis normativas como las histórico-descriptivas que apoyan la maximización,

al menos en sus presentaciones más fuertes, han sido desmentidas. La maximización de la riqueza se aproxima a la definición de Kaldor-Hicks de eficiencia, y está relacionada con el utilitarismo, aunque es diferente de este último en aspectos importantes (por ejemplo que, como meta, a muchos les parecería bastante más atractiva la “maximización de la utilidad social” que la “maximización de la riqueza social”).

Véase análisis económico del derecho; análisis Kaldor-Hicks; utilitarismo

mercantilización El término tiene una serie de significados sobrepuestos, relacionados con (el reconocimiento jurídico de) el intercambio de ciertas cosas por dinero u otras cosas de valor; o dar un valor (monetario) mercantil a algún objeto o servicio que normalmente es excluido del comercio. Así, la venta de óvulos de una donadora para su uso en la fertilización *in vitro*, o la venta del riñón “adicional” de una persona para su uso en una donación a un receptor necesitado, constituirían ejemplos del primer tipo de mercantilización. La valoración de los servicios domésticos para la determinación de una división equitativa de la propiedad en el divorcio, constituye un ejemplo del segundo tipo de mercantilización.

El argumento consiste en que la venta de órganos corporales, sangre, esperma u óvulos es inapropiada debido a que deshumaniza a la persona que ofrece partes de su cuerpo en venta, e indirectamente nos deshumaniza a todos, ya que ahora se nos motiva a ver a nuestros propios cuerpos y aquellos de otras personas como meros objetos disponibles en el mercado a cambio de dinero. Se han expuesto argumentos similares para considerar a la prostitución y a la “maternidad subrogada” como formas de venta de servicios corporales, aunque en otros casos se pueden distinguir otras formas de trabajo físico convencionalmente más legítimas, simplemente al centrarse en la naturaleza sexual o reproductiva del servicio en cuestión.

Véase derecho de propiedad

merecimiento La noción de tratar a las personas de acuerdo con aquello que se merecen, como una cuestión de “merecimiento” (lo que, dependiendo del teórico, puede a su vez estar fundado en aspectos de carácter, intenciones o acciones), está considerado como un elemento central de la justicia, especialmente la justicia distributiva. El merecimiento está con frecuencia ligado al esfuerzo o al mérito. Mientras que es posible ver la definición de “mérito” como una reafirmación del merecimiento, éste no es necesariamente el caso. Por ejemplo, algunos autores han pugnado por una tajante separación entre el merecimiento y el mérito (a menudo en el contexto de defender un plan de acción afirmativa), sosteniendo que las habilidades de las personas son directa o indirectamente una cuestión de mera fortuna (el “accidente” de tener buenos genes, o de haber nacido en el seno de una familia pudiente y proveedora, etcétera), y por ende no garantizan el tener más recursos que otra persona que no haya sido tan afortunada.

Véase acción afirmativa; justicia

metafísica Un término general de la filosofía, usualmente empleado para nombrar cualquier investigación más allá de lo empírico —que busca cuestiones más básicas y abstractas del pensamiento y de la existencia—. Algunas veces la frase es usada más específicamente para referirse a cuestiones ontológicas —cuestiones acerca de qué tipos de *cosas existen*—. La relevancia de las investigaciones metafísicas para la filosofía del derecho sigue siendo controvertida; algunos teóricos (p. ej. Michael Moore (1943-)) han construido teorías elaboradas y controvertidas fundadas en tesis metafísicas (y epistemológicas) particulares, mientras otros (p. ej. Ronald Dworkin (1931-)) han sostenido enérgicamente la irrelevancia de las tesis ontológicas al momento de determinar la verdad o el valor de las teorías que ellos han propuesto.

Véase realismo; realismo moral

Mill, John Stuart Un filósofo y teórico político inglés (1806-1873) cuyas obras más importantes, *Sobre la libertad* (1859) y *Utilitarismo* (1861),

tienen ambas una relevancia para la teoría del derecho. El trabajo de Mill también fue importante dentro de la filosofía política, la economía, la filosofía de la ciencia, la lógica, y los derechos de la mujer.

Sobre la libertad presentó el “principio del daño”, el cual afirmaba que la interferencia estatal con la libertad individual está justificada sólo para prevenir el daño a terceras partes, rechazando así la imposición jurídica de la moral y el paternalismo como justificaciones para la regulación estatal. El mismo texto también se encuentra a favor de una libertad significativa del pensamiento, las creencias y la expresión, sobre la base de que un mercado libre de ideas sería más propenso a obtener como resultado la verdad, y además acarrearía otros beneficios sociales. El *Utilitarismo* planteó la opinión de que la moral y la justicia eran mejor vistos en términos de la maximización de la felicidad de todas las personas. Aquí, Mill estuvo desarrollando ideas que fueron primeramente promulgadas por Jeremy Bentham (1748-1832), aunque la versión de Mill del utilitarismo derivaba de la de Bentham en cierta cantidad de puntos (p. ej., Mill estaba dispuesto a hablar de que algunos placeres eran más valiosos que otros, mientras que Bentham evitó tales juicios).

Mill sostuvo, con diversos niveles de elocuencia, que un enfoque utilitarista hacia cuestiones morales era consistente con la mayoría de nuestras intuiciones morales, y podría explicar nuestras nociones convencionales de lo que la justicia requiere.

Véase Bentham, Jeremy; Devlin, Patrick; liberalismo; moral, imposición jurídica de la; principio del daño

monopolio bilateral Un término económico empleado para describir negociaciones en las cuales solamente existe un comprador de un bien o un servicio y , de igual manera, solamente existe un único vendedor. Ejemplos o aproximaciones indudablemente ocurren siempre que las partes se encuentran en una continua relación económica o no económica, siendo clásico el ejemplo de las negociaciones entre una compañía y su sindicato, aunque muchos autores también mencionan las “negociaciones” dentro de un matrimonio.

Las negociaciones dentro de los monopolios bilaterales tienen distintas formas y estrategias, las cuales han sido discutidas ampliamente dentro de la literatura de la teoría de juegos.

Véase teoría de juegos

Montesquieu, Barón de Charles-Louis de Secondant, Barón de La Brède et de Montesquieu (1689-1755) fue un escritor francés mejor conocido actualmente por su obra *Del espíritu de las leyes* (1748). En ese texto, Montesquieu aboga por la separación de los poderes dentro del gobierno, y es Montesquieu el que fue a menudo citado por los padres fundadores de los Estados Unidos de América a fin de justificar la estructura gubernamental plasmada en la Constitución de los Estados Unidos de América.

Para los juristas, *Del espíritu de las leyes* tiene un interés adicional: sus esfuerzos para explicar la variedad de leyes y de sistemas jurídicos, en tanto reflejan las diferentes circunstancias de los diversos países, con factores explicativos que se extienden no sólo a la forma de gobierno y a las creencias religiosas, sino también al clima y a la calidad del suelo. A causa de esta afirmación, Montesquieu ha sido considerado como un precursor tanto de la jurisprudencia histórica como de la sociología moderna.

Véase jurisprudencia histórica; sociedad y derecho

moral convencional *Véase* moral crítica frente a moral convencional

moral crítica *Véase* moral crítica frente a moral convencional

moral crítica frente a moral convencional De manera breve, la diferencia entre la “moral convencional” y la “moral crítica” es la diferencia entre lo que las personas en una comunidad *creen que es* moralmente correcto y lo que *de hecho es* moralmente correcto. La distinción fue discutida por H. L. A. Hart (1907-1992) (en *Derecho, libertad y moral* (1963)), usando terminología levemente distinta (“moral positiva” en

vez de “moral convencional”) en aras de criticar el argumento de Patrick Devlin (1905-1992) a favor de la imposición jurídica de la moral. El argumento de Devlin había sido que una moral compartida es crucial para una sociedad, y las sociedades tienen un derecho a defenderse a sí mismas en contra de aquellos que socavarían a la sociedad, al trastornar su moral compartida. Hart respondió que hay poco apoyo empírico para la perspectiva de que los cambios en las creencias morales compartidas “socavan” a la sociedad, en contraste con un simple cambio de la sociedad de maneras normales. Hart añadió que el interés de una sociedad en defender creencias convencionales sobre la moral debe, necesariamente, ser mucho más débil que su interés de reforzar lo que es de hecho moralmente correcto.

La diferencia entre lo que uno *piensa que es correcto* respecto de cuestiones morales y lo que *es correcto* será una distinción válida para todos, exceptuando aquellos que son escépticos sobre la moral y quienes creen que no hay verdad moral más allá de la visión mayoritaria de consenso de una comunidad específica (aunque una creencia en adscribirle la verdad o la falsedad a proposiciones morales es, muchas veces, asociada a una posición metafísicamente realista sobre la moral, los dos no son equivalentes. Sin embargo, la principal alternativa del realismo para fundamentar la verdad de las proposiciones morales es el convencionalismo. Para el propósito de discutir la “moral crítica” y la “moral convencional”, podría ser posible afirmar que la verdad o falsedad de proposiciones morales no deriva *ni* de su correspondencia, o bien de la ausencia de ella, *ni* de su acuerdo, o desacuerdo, con las creencias convencionales sobre lo que requiere la moral, pero esto puede ser una posición difícil de sustentar).

Por supuesto, sólo porque una autoridad afirme estar actuando en nombre de la moral crítica en vez de la moral convencional, no garantiza que la autoridad esté de hecho actuando consistentemente con lo que la moral requiere. Nadie tiene un acceso privilegiado o irrefutable a la verdad moral, y la historia parece estar llena de ejemplos tanto de mayorías sociales como de la elite, en una época determinada, que cometen errores descomunales en algunas cuestiones morales.

Lo que la mayoría de las personas cree sobre algún asunto moral, después de una reflexión minuciosa, puede constituir buena evidencia, si bien lejos de ser concluyente, de lo que la moral *de hecho* requiere.

Véase Devlin, Patrick; Hart, H. L. A.; moral, imposición jurídica de la; principio del daño; realismo moral

moral interna del derecho El argumento central de la teoría del derecho de Lon Fuller (1902-1978) fue que había ocho “principios de legalidad” que eran intrínsecos al proceso de “sujetar la conducta humana al gobierno de las normas”. Fuller llamó a estos principios la “moral interna” o “moral interior” del derecho. Estos principios consistían en que: (1) las leyes deben ser generales; (2) las leyes deben ser promulgadas; (3) la legislación y su aplicación retroactiva deben ser minimizados; (4) las leyes deben ser comprensibles; (5) las leyes no deben ser contradictorias; (6) las leyes no deben exigir lo imposible; (7) las leyes deben permanecer relativamente constantes a través del tiempo, y (8) debe haber una congruencia entre la emisión de las leyes y su aplicación.

En cuanto a algunos de estos criterios, Fuller creía que un sistema jurídico debía aspirar a una total conformidad sin esperar tener éxito siempre, mientras que consideró a otros criterios como requerimientos mínimos de un sistema jurídico.

Las críticas de Fuller no niegan que éstas son aspiraciones dignas para un sistema jurídico (muchos autores discutirían criterios similares bajo el rubro de “Estado de derecho”), pero en cambio tienden a disentir en cuanto a que deban ser considerados “morales”. H. L. A. Hart (1907-1992) arguyó que estos criterios son más sobre eficacia que sobre moral, y podría hablarse de las normas para un envenenamiento eficiente, como “una moral interna para envenenar”. Mientras que es probablemente cierto que la conformidad con los criterios de Fuller puede ser (y en algunas naciones lo ha sido) consistente con grandes injusticias, esto quizá no es concluyente para la cuestión sobre si tales requerimientos “procedimentales” pueden ser provechosamente vistos como elementos de moral y de justicia (en otros contextos,

“seguir las normas establecidas” ha sido visto como un aspecto de la justicia, si bien no toda la justicia en sí).

Véase Estado de derecho; Fuller, Lon L.

moral, imposición jurídica de la La frase se refiere usualmente a la exigibilidad de *ciertos tipos* de obligaciones morales. Nadie sostiene seriamente que el derecho *nunca* debería sancionar actividades prohibidas por los códigos morales. La mayor parte del derecho penal, las responsabilidades civiles, el derecho contractual, el derecho de propiedad, etcétera, involucran la codificación legal de criterios morales. En cambio, la frase a menudo se refiere a la regulación jurídica de actividades que no afectan, de manera obvia, el orden público o el funcionamiento sin complicaciones de la vida comercial. Los objetos a los cuales se dirige la regulación son usualmente actividades que por lo general afectan únicamente a quien las lleva a cabo, y cuya regulación quizá podría estar únicamente justificada ya sea en términos de un paternalismo, o bien de una adherencia a un código moral.

La opinión que más se ha relacionado con los debates sobre la imposición jurídica de la moral es el principio del daño de John Stuart Mill (1806-1873). Mill escribió en su obra *Sobre la libertad* (1859): “El único propósito para el cual el poder puede ser correctamente ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada en contra de su voluntad, es para prevenir el daño a otros”. Esta opinión ha sido criticada por teóricos “perfeccionistas”, tales como James Fitzjames Stephen (1829-1894), quienes sostienen que los gobiernos tienen y deben tener un papel en la promoción de la virtud y la disuasión del vicio; por el argumento de sir Patrick Devlin (1905-1992) de que las sociedades tienen una especie de derecho a la “autodefensa” para imponer la moral convencional; y por aquellos que defienden una legislación paternalista.

Véase autonomía; Devlin, Patrick; Hart, H. L. A.; Mill, John Stuart; moral crítica frente a moral convencional; paternalismo; pornografía; principio del daño; Stephen, James Fitzjames

N

naturaleza humana La noción de una naturaleza humana común es el fundamento de varias teorías dentro de la filosofía moral, política y del derecho. Algunos de los primeros teóricos del derecho natural intentaron derivar conclusiones éticas a partir de aserciones sobre la naturaleza humana. Escritores de la Ilustración y más recientes han intentado comúnmente, con mayor o menor éxito, derivar afirmaciones a favor de los derechos humanos universales, partiendo de alguna naturaleza o valor común.

Véase teoría del derecho natural

naturalismo Dentro de la filosofía, el naturalismo es una escuela de pensamiento bajo la cual incluso los tópicos y cuestiones tradicionalmente metafísicos son investigados de una manera propia de las ciencias naturales. Por ejemplo, W. V. O. Quine (1908-2000) defendió un enfoque naturalizado de la epistemología (“Two Dogmas of Empiricism”, *Philosophical Review* (1951)).

Dentro de la filosofía del derecho, algunos teóricos, entre los que destaca Brian Leiter (1963-), han sostenido que la filosofía del derecho debería dejar de investigar cuestiones como “¿qué es el derecho?” con las herramientas del análisis conceptual, y debería, por el contrario, emplear investigaciones empíricas.

Ocasionalmente, el término “naturalismo” es utilizado para identificar a un partidario de la teoría del derecho natural, aunque este uso es relativamente inusual.

Véase necesidad

necesidad Generalmente en la filosofía, algunas afirmaciones son consideradas “verdades necesarias” si no pudiesen haber sido de otra manera. Aquí “necesidad” es contrastada con “verdades contingentes”, cuestiones que podrían haber sido de otra manera. En la filosofía general, la cuestión de si existen de hecho “verdades necesarias” se ha convertido en un tema sumamente controvertido, debido a las críticas de W. V. O. Quine (1908-2000) y otros filósofos naturalistas. Filósofos del derecho, desde John Austin (1790-1859) a Joseph Raz (1939-), han planteado regularmente argumentos que expresa o implícitamente involucran afirmaciones de verdades necesarias sobre la naturaleza del derecho, aunque han reflexionado sólo ocasionalmente sobre si las afirmaciones de verdades necesarias son apropiadas en la filosofía del derecho.

Véase análisis conceptual, naturalismo

Nietzsche, Friedrich Filósofo alemán (1844-1900) cuya perspectiva crítica fue influyente en la filosofía moral, la psicología y la estética. Sus últimas obras y algunos de sus trabajos inéditos son los que principalmente han tenido influencia en la filosofía del derecho. Las ideas de Nietzsche sobre la “voluntad de poder” y el “perspectivismo” han sido discutidas en el contexto de los puntos de vista de la interpretación jurídica que minimizan la limitación del texto o acentúan la naturaleza política de la interpretación: en el contexto de tales discusiones, hay referencias ocasionales a los “jueces nietzscheanos” que imponen su voluntad a los textos. De modo similar, algunos teóricos posmodernos se refieren al escepticismo de Nietzsche sobre la verdad (en una obra no publicada, Nietzsche escribió sobre la verdad como un “ejército móvil de metáforas, metonimias y antropomorfismos” —convenciones

fijadas cuyos orígenes como meras metáforas han sido olvidados—) como justificación para un enfoque posmoderno hacia la interpretación jurídica.

Los cuestionamientos de Nietzsche a la moral convencional —p. ej. que ésta básicamente niega la vida (a favor de lo que Nietzsche denuncia como una vida no existente por venir), y que históricamente deriva de los intereses y resentimientos de los grupos débiles (“la moral de los esclavos”)— tienen un eco ocasional en varias obras de los teóricos sobre la naturaleza de la moral y su debido papel dentro del derecho.

Véase Foucault, Michel

nihilismo Es el rechazo total de las creencias en la religión y la moral. Algunos partidarios del análisis crítico del derecho fueron acusados de ser nihilistas, y algunos de ellos aceptaron tal denominación. En los debates acerca del análisis crítico del derecho, el término fue constantemente empleado (de manera imprecisa) para indicar un escepticismo o relativismo respecto de la verdad moral.

Véase análisis crítico del derecho

Nino, Carlos S. Carlos Santiago Nino (1943-1993) fue un filósofo muy respetado y figura pública de la intelectualidad argentina. Sus actividades varían desde discusiones analíticas abstractas sobre la naturaleza de la validez legal y los derechos jurídicos, hasta trabajos de reforma política y constitucional en su país natal. Fue un teórico internacionalmente conocido y respetado, y activista en asuntos de derechos humanos. Nino fue también una figura importante en la introducción de la filosofía analítica del derecho a los países de habla hispana de América del Centro y Sur.

norma fundante También conocida con su término alemán original *Grundnorm*, la norma fundante es un elemento central del análisis del derecho de Hans Kelsen (1881-1973).

Las reglas jurídicas son normas, en el sentido de que son enunciados de lo que los ciudadanos deberían o no hacer. Siguiendo la división de “es” y “debería” (originalmente atribuida a David Hume (1711-1776)), el enunciado normativo específico de una norma jurídica sólo puede ser fundamentado por una norma más básica o fundamental (p. ej. “lo que apruebe el Parlamento es derecho válido”). Si uno asume que las normas están justificadas por alguna norma más básica o fundamental, entonces esta cadena de validez normativa tiene que detenerse en algún lado. Debe haber alguna norma cuya validez sea en algún sentido asumida, en vez de derivarla de otra norma. Kelsen analizó al sistema jurídico como un sistema de normas, y denominó a la norma fundacional del sistema “norma fundante”. Dado que rastrear la validez de una norma jurídica actual puede conducir primeramente a un documento constitucional, y de ahí a Constituciones previas que han justificado a la más reciente de ellas, Kelsen algunas veces compara a la norma fundante con el “acta normativa que corresponde históricamente a la primera Constitución” del sistema.

El rasgo más importante de la norma fundante es que los sistemas jurídicos, al igual que cualquier sistema normativo (incluyendo la moral y la religión), están basados en algunas afirmaciones normativas fundacionales que, por definición, no pueden tener mayor prueba o fundamento.

Muchos autores han discutido los paralelos entre la norma fundante de Kelsen y la “regla de reconocimiento” de H. L. A. Hart (1907-1992), en tanto que ambas sirven como normas fundacionales en los sistemas jurídicos. Sin embargo, las semejanzas pueden ser exageradas; los dos conceptos operan dentro de estructuras teóricas bastante diferentes. Se considera que la norma fundante de Kelsen (bajo un análisis neokantiano) es presupuesta por los ciudadanos cuando ellos consideran al derecho como normativo (como creador de obligaciones vinculantes); por el contrario, la regla de reconocimiento hartiana deriva de las acciones de los funcionarios en la interpretación y aplicación de las leyes del sistema.

Véase análisis neokantiano; Hume, David; Kelsen, Hans; regla de reconocimiento; teoría pura del derecho

normas Criterios para cómo debe uno actuar. En la discusión sobre leyes y sistemas jurídicos, el término “norma” es a veces utilizado indistintamente con “regla”. En los términos del razonamiento práctico, las normas son criterios que dan razones para la acción.

Una pregunta que ha sido planteada por algunos filósofos del derecho es si las normas tienen su propia lógica distintiva (una pregunta que podría ser aplicada ya sea sólo a normas *jurídicas*, o bien a sistemas normativos en general). Esta pregunta tiene algunas aplicaciones prácticas al considerar, por ejemplo, el tratamiento propio de normas jurídicas dentro de un único sistema que aparentan ser contradictorias (acaso dos normas contradictorias pueden ser ambas válidas, o acaso una de las normas nulifica o invalida a la otra por alguna norma de inferencia derivada del sistema jurídico particular, o bien de la naturaleza esencial del pensamiento normativo, etcétera).

Mientras que es usual conectar a las normas con los *deberes* morales y jurídicos (como al comienzo de esta anotación), es importante señalar que las afirmaciones de derechos subjetivos jurídicos y morales, inmunidades, potestades y libertades, son también frecuentemente clasificadas como “normas”.

Véase reglas

normas de propiedad *Véase* normas de responsabilidad

normas de responsabilidad Aunque el término con frecuencia se refiere simplemente a cualquier criterio que se utilice para imponerle responsabilidad legal a una parte, dentro de la teoría del derecho hay un significado especializado del término. En un famoso artículo de 1972 del *Harvard Law Review*, Guido Calabresi (1932-) y A. Douglas Melamed sugirieron que los derechos podían ser analizados como “normas de responsabilidad” o “normas de propiedad”. Cuando un derecho está protegido por una norma de responsabilidad, una trans-

gresión sólo conduce a una sanción pecuniaria. Cuando un derecho está protegido por una norma de propiedad, puede solicitarse la suspensión de las transgresiones. A veces las personas pueden infringir un derecho siempre y cuando paguen por esa infracción (normas de responsabilidad), mientras que en otras ocasiones no se permitiría infracción alguna sin el consentimiento del derechohabiente (normas de propiedad). Calabresi y Melamed arguyeron que la selección del tipo de norma que sería o debería ser elegida para proteger el interés en cuestión, dependería usualmente de los costes de transacción: usando normas de propiedad (medida precautoria) cuando las partes pueden negociar de manera viable, y normas de responsabilidad (reparación) cuando los costes de transacción ocasionan que las negociaciones encaminadas a un acuerdo se vuelvan imprácticas.

Véase análisis económico del derecho; costes de transacción

normas jurídicas *Véase* normas

normas sociales En la filosofía del derecho, este término es a menudo empleado para definir a un proyecto particular: la explicación de cómo podrían desarrollarse el altruismo o la moral, si las motivaciones únicas o primarias para la acción individual son egoístas. Esto es primordialmente una discusión dentro del análisis económico del derecho, ya que ahí el modelo dominante asume la “conducta racional”, en donde “racional” significa que los esfuerzos de uno están dirigidos hacia la satisfacción de las propias preferencias de uno. Una investigación paralela se lleva a cabo dentro de la psicología evolutiva y la sociobiología, donde el egoísmo es atribuido a los impulsos evolutivos. Algunos autores (p. ej. Robert Axelrod) han sostenido que las normas sociales cooperativas quizá evolucionaron como respuesta (estratégica) a situaciones reiteradas del dilema del prisionero.

Véase dilema del prisionero; racionalidad; Smith, Adam; teoría de la elección racional

normativo Lo que *debe* ser hecho. El aspecto normativo de una discusión o un grupo de hechos radica en sus implicaciones sobre cómo deben actuar las personas, cómo deben modificarse las normas, o incluso cómo deben ser construidas las teorías.

Mientras que las referencias a lo “normativo” aluden frecuentemente al análisis moral, las afirmaciones de “deber ser” no se limitan a evaluaciones morales. Hay también razones de mero interés propio o “prudenciales” para la acción, y uno puede también tener una razón para la acción relacionada con algún proyecto más grande (p. ej. volverse un abogado, construir un bote, o robar un banco), aunque este proyecto pueda ser inmoral o contrario a los intereses a corto o largo plazo de alguien.

novela en serie Metáfora utilizada por Ronald Dworkin (1931-), principalmente en sus obras más recientes (p. ej. *A Matter of Principle* (1985)), que utiliza una imagen cuasiliteraria para explicar la manera en que los jueces pueden ser tanto limitados como libres en sus resoluciones. En esta imagen, los jueces son como una cadena de novelistas trabajando todos, por turnos, en la misma novela. Lo que ya ha sido escrito en la novela (o decidido en casos previos) delimita lo que posteriores escritores pueden decir (o jueces, decidir), al mismo tiempo que deja una cantidad significativa de libertad. Presumiblemente, la analogía es más fuerte al referirse a los jueces que deciden casos en el *Common Law*, pero su objetivo es que se aplique más generalmente.

Véase Common Law

Nozick, Robert Filósofo y teórico político norteamericano (1938-2002) cuyo primer libro, *Anarquía, Estado y utopía* (1974), tuvo un impacto duradero en el pensamiento acerca de la justicia y el gobierno; Nozick también realizó un trabajo notable sobre el problema de Newcomb (un problema o paradoja importante dentro de la teoría de la decisión), y los problemas filosóficos relacionados con la identidad, el conocimiento y la racionalidad.

Anarquía, Estado y utopía, en gran medida como respuesta a la *Teoría de la justicia* de John Rawls (1938-2002), cuestiona la visión de un Estado intervencionista que redistribuye la propiedad en aras de la justicia. En vez de ello, Nozick defiende un Estado mínimo “velador”, sosteniendo que sería injusto tomar la propiedad (para la redistribución) de alguien a quien pertenece legítimamente (esto es, el que la adquirió por medios justos de alguien más que la había adquirido a su vez por medios justos, etcétera, llegando hasta la primera persona que en un inicio creó o adquirió la propiedad de un modo justo). Nozick sintetizó este análisis al decir que los derechos naturales (de propiedad) funcionan como una “restricción indirecta” para la acción.

El trabajo de Nozick también fue importante para el debate acerca de la justicia, en tanto que él señaló las dificultades prácticas de cualquier meta distributiva que depende de un patrón específico de distribución —la distribución igualitaria es un ejemplo obvio, aunque incluso una distribución marxista de “a cada cual de acuerdo con su necesidad” entraría en la misma categoría—. Una vez que la distribución deseada fuera obtenida (p. ej. por medio de impuestos y pagos gubernamentales redistributivos), ésta era vulnerable a ser inmediata y continuamente rechazada por las elecciones voluntarias de los ciudadanos, que deciden comprar los bienes y servicios que otros ciudadanos les ofrecen. Para Nozick, ésta fue parte de la razón para argumentar en términos de “justicia de las pertenencias” (que la propiedad era mantenida por aquellos que la obtuvieron en una transacción legítima, yendo hasta la persona que por primera vez la creó y obtuvo legítimamente el objeto como propiedad) en vez de considerar que la justicia requiere un patrón particular de distribución.

Véase Rawls, John

núcleo moral del derecho *Véase* moral interna del derecho

O

objetividad La distinción entre juicios objetivos y subjetivos frecuentemente versa sobre si los juicios se relacionan con un objeto externo, o sólo con las percepciones o creencias de la gente acerca de los objetos. En un sentido más amplio, el término es utilizado a veces para referirse a un nivel de acuerdo (un juicio es objetivo en este sentido si todas las personas, o todos los participantes competentes, están de acuerdo con él, mientras que los juicios que evocan un desacuerdo inexpugnable son subjetivos), sin importar los fundamentos metafísicos o epistemológicos de dicho acuerdo o desacuerdo.

Dentro del derecho, al igual que en la moral y la estética, hay una controversia sustancial sobre si los enunciados acerca de una práctica son, o pueden ser, objetivos.

Algunos autores han distinguido a las cuestiones de objetividad *metafísica* (que usualmente se relacionan con la posibilidad de respuestas correctas en el derecho) de las cuestiones de objetividad *epistémica* (investigaciones relacionadas con los prejuicios dentro del método utilizado en los sistemas jurídicos para alcanzar conclusiones).

Los temas de la objetividad en el derecho están a menudo relacionados con, aunque no son idénticos a, cuestiones de determinación jurídica —esto es, si hay siempre, frecuentemente, algunas veces o nunca, respuestas correctas a problemas jurídicos—.

Las cuestiones de la objetividad del derecho a menudo coinciden con cuestiones sobre la verdad del derecho: ¿qué es lo que hace que los enunciados dentro de una práctica del derecho (p. ej. “X y Y tie-

nen un contrato válido”, “Z tiene un derecho a conservar este libro”) sean verdaderos? En la medida en que se piense que la verdad de las proposiciones jurídicas es determinada por su correspondencia con alguna realidad (jurídica) independiente de las creencias personales de los individuos, es más probable que el derecho sea objetivo. En la medida en que la verdad jurídica sea determinada por las futuras acciones de las autoridades o por las creencias cambiantes de los actores jurídicos, el derecho será considerado menos objetivo (y algunos han llegado a decir que la verdad jurídica está determinada de una manera para los “casos fáciles”, y de otra distinta para los “casos difíciles”).

Un aspecto más mundano de la “objetividad” es el sentido en que los jueces deberían resolver las disputas con una mente abierta y sin prejuicios.

Véase indeterminación; subjetivo; tesis de la respuesta correcta

obligación *Véase* deber

obligación de obedecer el derecho Un tema importante y recurrente en la filosofía del derecho es si hay una obligación de obedecer el derecho y, de ser el caso, hasta qué punto. Por “obligación de obedecer” se hace referencia normalmente a una obligación *moral*, puesto que una obligación *jurídica* de obedecer el derecho es casi una tautología. En segundo lugar, se asume que esta obligación es, a lo sumo, una obligación *prima facie*, esto es, una obligación que podría ser superada si hubiera una razón moral más fuerte para actuar de forma contraria a la prescripción jurídica. Tercero, entre los autores que creen que hay una obligación moral de obedecer el derecho, normalmente se sostiene que esta conclusión es aplicable sólo para aquellos sistemas jurídicos que generalmente son justos.

Quienes sostienen que no hay una obligación de obedecer el derecho, primero, normalmente quieren decir que no hay una obligación *general* de obedecer el derecho. Con ello no están afirmando que *nunca* haya una obligación de obedecer las leyes *particulares*, sino sólo que ninguna obligación moral se aplica ampliamente a *todas* las normas ju-

rídicas, sólo porque son *jurídicas*. Segundo, quienes rechazan la obligación moral de obedecer el derecho intentan distinguir entre semejante obligación moral y el hecho de que uno tiene obligaciones morales independientes que el derecho casualmente recoge. Por ejemplo, uno tiene una obligación moral de no asesinar, y tiene esa obligación independientemente de la prohibición jurídica del asesinato; muchos oponentes a una obligación general de obedecer el derecho dirían que la prohibición jurídica en ningún sentido añade o incrementa la obligación moral.

Hay algunos tipos de argumentos para defender una obligación moral de obedecer:

- 1) *Consentimiento*. A través de algunos actos u omisiones significativas (votar, aceptar los beneficios del gobierno (p. ej. la protección de la policía) o no mudarse a otro país), uno ha consentido expresa o tácitamente someterse a las normas impuestas por el gobierno.
- 2) *Equidad, reciprocidad o juego limpio*. La sociedad civil se concibe como un tipo de empresa conjunta de beneficio, en la cual cada persona restringe su libertad con la expectativa de que otros harán lo mismo, y con una confianza razonable de que se actuará con base en esa restricción (aquí la obligación de obedecer el derecho es una obligación que se le debe a nuestros conciudadanos, no al gobierno).
- 3) *Gratitud*. Puesto que los ciudadanos reciben beneficios del Estado, tienen una obligación de obedecer sus leyes, basada en la gratitud que le deben.
- 4) *Deber moral de apoyar las instituciones justas* (un argumento que obviamente aplica sólo si el sistema jurídico en cuestión es justo).

Véase lex injusta non est lex; regímenes perversos

obligación *prima facie* Una obligación que existe, a menos que haya una razón especial que la contravenga; la idea de una obligación *prima facie* es con frecuencia atribuida a W. D. Ross (1877-1971), en *Lo correcto y lo bueno* (1930). Los autores ven a las obligaciones *prima facie* de

forma diferente (una diferencia que quizá sea meramente de uso estipulativo, aunque a menudo es descrita como una distinción moral sustantiva). ¿Qué sucede con el estatus de tales obligaciones si acaso no determina que hay una razón más fuerte para contravenirlas?, ¿seguiría existiendo una razón moral (la cual parece haber sido la posición de Ross), o más bien habría sido “nulificada” por la razón que la contraviene? (nadie duda de que uno *no* debería cumplir su promesa de encontrarse con un amigo para almorzar cuando se le presenta una situación de emergencia en donde uno podría salvar una vida; la única cuestión es si uno diría que la razón moral de cumplir la promesa fue “cancelada” o si seguía vigente pero fue superada).

El término se presenta a menudo en la filosofía del derecho como parte del debate sobre el estatus moral vinculante de las normas jurídicas. Gran parte del debate gira en torno a si un sistema jurídico generalmente justo crea una obligación *prima facie* de obedecer. Dentro del debate, las posiciones varían desde aquellos que arguyen que los sistemas y las normas jurídicas, aun en su nivel más justo, *nunca* crean una obligación *prima facie* de obediencia, hasta aquellos (como Thomas Hobbes (1588-1679)) que arguyen que *cualquier* sistema jurídico, incluso uno injusto, crea una obligación de obediencia que casi nunca es derrotada.

Olivecrona, Karl Véase realismo jurídico escandinavo

ontología Es el estudio de “lo que es”; usualmente un estudio de qué tipos de entidades existen y cómo describirlas. Las cuestiones ontológicas del derecho incluyen cuestiones acerca de en qué sentido las “normas jurídicas” existen. Otro ejemplo sería el realismo jurídico escandinavo, que fue elaborado alrededor de un profundo escepticismo respecto de la existencia de ciertos objetos jurídicos, p. ej. “derechos”, que no podían ser fácilmente recharacterizados en términos empíricos.

Véase derechos; realismo jurídico escandinavo

óptimo de Pareto Véase eficiencia de Pareto

P

paradigma La perspectiva de que el significado de los términos es entendido o enseñado sobre la base de casos paradigmáticos, que son casos centrales en los cuales la aplicación de un término es la más clara, forma parte de algunos enfoques hacia la filosofía del lenguaje. El problema es, por lo tanto, qué nos dicen los casos paradigmáticos sobre la aplicación del término a casos marginales. Discusiones de los paradigmas en este sentido aparecen en el trabajo de H. L. A. Hart (1907-1992) (su noción de “textura abierta” de que los jueces tienen discreción en la aplicación de leyes a los casos marginales) y Ronald Dworkin (1931-) (la construcción de una teoría del derecho puede estar fundada en las aplicaciones paradigmáticas de “derecho”, aunque, en principio, esos casos paradigmáticos podrían a su vez estar sujetos a discusión en la teoría completada).

Un sentido diferente de “paradigma” proviene de *La estructura de las revoluciones científicas* (1962) de Thomas S. Kuhn (1922-1996), en el cual sostiene que la ciencia se desarrolla dentro de un “paradigma”, un marco de conceptos, y que cuando se acumulan datos que no pueden ser explicados bajo el “paradigma” existente, un nuevo paradigma será eventualmente ofrecido y asumido como la nueva estructura bajo la cual los trabajos han de ser hechos. Los “paradigmas” de este tipo son algunas veces mencionados dentro de la filosofía del derecho como parte de un argumento de que las asunciones básicas o la cosmovisión

dentro de algún área habían cambiado radicalmente durante algún periodo.

Véase textura abierta

paradoja de votación de Condorcet La paradoja descubierta por Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, el Marqués de Condorcet (1743-1794), mostró de qué manera una votación mayoritaria puede conducir a un grupo de preferencias indeterminadas o “circulares”. El votante 1 puede preferir A sobre B y B sobre C; el votante 2, B sobre C y C sobre A; el votante 3, C sobre A y A sobre B. Dadas tales preferencias, un voto mayoritario preferiría A sobre B y B sobre C, aunque C sobre A. Este mismo punto básico es generalmente la parte medular del teorema de Arrow y la teoría de la elección social. El trabajo de Condorcet sobre la votación fue ignorado (u olvidado) por mucho tiempo hasta que fue incorporado por Duncan Black (1908-) en la teoría de la elección pública (p. ej. en *The Theory of Committees and Elections* (1958)).

Véase teorema de Arrow; teoría de la elección pública; teoría de la elección social

paradoja de Wollheim Paradoja sugerida por Richard Arthur Wollheim (1923-2003) en un artículo de 1962 (“A Paradox in the Theory of Democracy”), consistente en que los que apoyan la regla de la mayoría desearían el resultado apoyado por la mayoría incluso si es contrario al resultado que ellos preferían en lo personal (antes de enterarse de cuál era la voluntad de la mayoría).

parentalismo *Véase* paternalismo

Pashukanis, Evgeny B. Evgeny Bronislavovich Pashukanis (1891-1937) fue el teórico soviético del derecho más importante en los primeros años de ese país. Sin embargo, bajo el régimen de Stalin su trabajo fue “denunciado”, y él fue eventualmente arrestado, juzgado y ejecutado. Su obra *The General Theory of Law and Marxism* (1924) fue

muy influyente al momento de su publicación, y fue “redescubierta” por un número de teóricos marxistas a finales de la década de 1970. Pashukanis aplicó una teoría marxista tradicional al derecho (p. ej., que tanto el Estado como el derecho se marchitarían con la llegada del comunismo), pero añadió algunas ideas originales. Él enfatizó la medida en la cual el derecho refleja (y facilita) las transacciones comerciales, y de qué manera la forma legal reviste la forma de una mercancía. Mientras Pashukanis rechazaba el punto de vista de que el derecho es un instrumento meramente ideológico, también señaló los efectos legitimadores del derecho en cuanto al tratamiento igualitario de todos los ciudadanos como portadores de derechos, como propietarios (potenciales) de mercancías.

Véase Marx, Karl; teorías marxistas del derecho

paternalismo También conocido como “parentalismo”, este término se refiere a situaciones en donde el gobierno trata a sus ciudadanos de forma protectora, similar a grandes rasgos al modo en que los padres actúan frente a niños demasiado inmaduros para cuidarse a sí mismos. Este tema aparece en la teoría jurídica dentro del debate sobre la imposición jurídica de la moral. Una alternativa, o complemento, a la “teoría del daño” minimalista de John Stuart Mill (1806-1873) (que la coerción del gobierno sólo se justifica para prevenir el daño a otros) es el paternalismo, en el cual la acción gubernamental estaría justificada sobre la base de que el gobierno es a veces mejor protegiendo individuos, que esos mismos individuos actuando por su cuenta. Se han ofrecido justificaciones paternalistas para el uso obligatorio del cinturón de seguridad en automóviles y de los cascos para ciclistas y motociclistas; límites en las tasas de interés por préstamos; restricciones en las apuestas; etcétera.

Véase moral, imposición jurídica de la; principio del daño

patriarcado Algunas autoras del feminismo jurídico han sostenido que el derecho —no sólo las normas jurídicas sustantivas, sino también la

manera en que las personas razonan dentro y sobre la ley— ayuda a crear o mantener una sociedad patriarcal, gobernada primordialmente por y para los hombres, con la intención o el efecto de subyugar a las mujeres.

Véase teoría feminista del derecho

pena Es la sanción impuesta a una persona, usualmente por el Estado, por la comisión de un delito. En la filosofía del derecho hay una discusión sustancial sobre las justificaciones para castigar (retribución, rehabilitación, disuasión, vergüenza, incapacitación o expresión de la comunidad), y debates conexos sobre los límites de las penas (p. ej., ¿estará alguna vez justificado imponer una responsabilidad penal sin importar la culpa —“estricta responsabilidad”—?, ¿qué excusas o justificaciones debe incluir el derecho penal?, ¿en qué casos debe ser reconocida una defensa por demencia?).

Hay una gran variedad de justificaciones y metas ofrecidas para la pena. Objetivos retrospectivos como la retribución y la expresión (denuncia) se centran en el delito cometido; objetivos prospectivos como la disuasión, la incapacitación y la rehabilitación se concentran en las consecuencias que tendrá la pena en el malhechor y en la sociedad (no obstante, la línea que divide en este punto a las acciones retrospectivas y prospectivas no siempre es clara. Por ejemplo, los autores que hablan de una “teoría expresiva de la pena” en ocasiones se refieren no sólo a la denuncia (retrospectiva) de lo que ocurrió, sino también a la función (prospectiva) que la pena podría tener de educar moralmente a los ciudadanos respecto de las opiniones de la sociedad).

Hay además otras cuestiones morales que surgen al considerar si algunas penas son demasiado crueles o bárbaras para ser impuestas, aun si hubiera justificación para aplicarlas (esta cuestión moral podría ser también una cuestión jurídica en el caso de un país que tenga garantías constitucionales relevantes o que haya firmado un tratado de derechos humanos que restrinja las penas en este sentido).

Véase Beccaria, César Bonesana; derecho penal; disuasión; Hart, H. L. A.; incapacitación; Kant, Immanuel; rehabilitación; responsabilidad; retribución; utilitarismo

penalización por omisión *Véase* regla o cláusula por omisión

perfeccionismo Es la creencia de que el Estado debería ocuparse de promover la virtud. El perfeccionismo contrasta con la clásica posición liberal de teóricos como John Stuart Mill (1806-1873) y John Rawls (1921-2002) de que el Estado debería ser “neutral” con respecto a las diferentes teorías del bien. Entre los defensores más destacados figuran teóricos tan diversos como James Fitzjames Stephen (1829-1894), coetáneo de Mill, y teóricos contemporáneos como Joseph Raz (1939-) y Robert P. George.

Véase Stephen, James Fitzjames

Platón Platón (c. 429-347 a. C.) fue uno de los primeros filósofos griegos que, junto con su discípulo Aristóteles, establecieron el fundamento de toda la filosofía occidental. Su influencia sobre toda la teoría ha sido tanto amplia como difusa. Dentro de la teoría del derecho, el efecto de Platón podría ser considerado más directamente (1) en sus creencias metafísicamente realistas, las cuales, en su aplicación tanto al lenguaje como a la moral, son importantes para las teorías de la adjudicación y de la interpretación jurídica, y (2) en sus teorías de política y justicia —en su diálogo *La República*, la sociedad bien ordenada es comparada con un alma bien ordenada, y se dice que cada una exige a las partes individuales efectuar adecuadamente sus tareas propias—.

Platón también ha tenido un efecto indirecto sobre el derecho: su descripción del método de Sócrates, de intentar inculcar el conocimiento a través de preguntas persistentes y desafiantes, ha “inspirado” (si esa es la palabra correcta) el “método socrático” de enseñar el derecho que prevalece en las facultades norteamericanas de derecho.

Véase realismo

pluralismo jurídico Es la medida en la cual una sola nación o comunidad está sujeta a conjuntos de normas completamente distintos. Algunas veces el término es aplicado en situaciones donde, por ejemplo, los gobernantes coloniales habían reconocido o incorporado en parte el derecho consuetudinario local, junto con las normas que los poderes de la colonia habían traído consigo. Otros teóricos usan el término de forma más amplia para indicar la manera en que la mayoría de las sociedades está sujeta a múltiples órdenes jurídicos o cuasijurídicos.

política de identidad Por lo general es un término peyorativo empleado por los críticos de los movimientos políticos o intelectuales que se organizan alrededor de un grupo identificable de personas, aunque en ocasiones el término puede ser utilizado de una forma más neutral. El grupo en torno al cual se organiza el movimiento es usualmente un grupo racial o étnico que se considera oprimido por la mayor parte de la sociedad (este término también se puede encontrar aplicado a movimientos feministas —a pesar de que las mujeres pueden constituir una mayoría numérica en muchos lugares, muchas se consideran a sí mismas, con justa razón, oprimidas o al menos discriminadas—).

Las discusiones relacionadas con la política de identidad se suscitan frecuentemente dentro de los debates más generales sobre el “multiculturalismo” y los derechos de grupo. El problema consiste en determinar si las minorías culturales, raciales y de comunidades religiosas tienen un derecho moral al reconocimiento y apoyo gubernamental, o en saber cuando menos si es recomendable seguir la política de proteger y apoyar a dichas comunidades. Estos tópicos frecuentemente surgen también en conexión con las teorías comunitaristas de la justicia y la sociedad.

Véase comunitarismo; teoría crítica desde el punto de vista racial

polizón Expresión utilizada en el análisis económico, particularmente en la teoría de los juegos, para referirse a una parte que recibe los beneficios de los esfuerzos de otra sin pagar por ellos. Esto es particular-

mente problemático para los bienes públicos, en donde (1) se requiere el esfuerzo de muchos para crear o alcanzar el bien, y (2) una vez que el bien es creado o alcanzado, no puede ser (fácilmente) reservado para los que ayudaron a obtenerlo. De esta manera, el tema del problema del polizón está relacionado con el problema de la acción colectiva.

A pesar de que los ejemplos sobre el problema de la acción colectiva y los polizones son discutidos por una amplia variedad de pensadores clásicos (desde Adam Smith (1723-1790) hasta David Hume (1711-1776) y Vilfredo Pareto (1848-1923)), podría decirse que el problema no fue discutido en términos generales sino hasta el trabajo de Mancur Olson (1932-1998), en particular en su obra *La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y la teoría de grupos* (1971).

Véase bienes públicos; problema de la acción colectiva; teoría de juegos

pornografía Convencionalmente se define como cualquier texto, imagen o filme sexualmente explícito. La cuestión de hasta qué punto el derecho debería regular la pornografía ha sido central en las discusiones tanto de la regulación jurídica de la moral como de la teoría feminista del derecho —aunque es importante señalar que a menudo la definición relevante de “pornografía” difiere entre ambos debates—. En los debates sobre la regulación jurídica de la moral, el tema es el acceso a cualquier (o casi cualquier) representación explícita de la sexualidad, puesto que se argumenta que tales materiales son inmorales o conducen a conductas inmorales (dentro de la doctrina norteamericana de la libre expresión se ha tratado de objetar el hecho de que un texto se encuentre “constitucionalmente desprotegido” porque es pornográfico, si es que el texto tiene por el contrario “un valor social reductor”).

En la teoría feminista del derecho —en particular en los escritos y propuestas jurídicas de Catherine MacKinnon (1946-) y Andrea Dworkin (1946-)— el foco de discusión se centra sobre los materia-

les sexualmente explícitos (sin importar su supuesto “valor social redentor”) que muestran a las mujeres disfrutando de la subordinación, la humillación o la violación. MacKinnon y Dworkin están menos preocupadas por la moralidad de los textos e imágenes sexualmente explícitos que por la manera en que ciertas formas de dicho material “sexualiza” la subordinación de las mujeres en la sociedad y contribuye, indirectamente, a silenciar el discurso de las mujeres.

Véase moral, imposición jurídica de la; teoría feminista del derecho

posestructuralismo *Véase* posmodernidad

posición original Es la estructura de un experimento mental desarrollado en la *Teoría de la justicia* (1971) de John Rawls (1931-2002), para determinar qué es lo que requiere la justicia. Hemos de imaginar a individuos que se encuentran detrás de un “velo de la ignorancia”: que no tienen idea alguna de sus fuerzas, debilidades, posición en la sociedad, o de una teoría comprensiva del bien. Tales individuos, aduce Rawls, no estarían tentados a posicionarse a favor de principios que servirían a sus propios intereses, y cualesquiera que sean los principios que tales individuos pudieran elegir serían presuntamente justos (por lo tanto, él denomina a este enfoque “justicia como imparcialidad”).

Tal como lo ha señalado un gran número de críticos, y Rawls lo confirma básicamente, la posición original refleja una posición moral y a su vez constituye un mecanismo para derivar conclusiones morales. La posición original afirma la importancia de algunos elementos de los seres humanos al tiempo que descarta otros; en particular, y al menos provisionalmente, descarta el carácter, las preferencias y las realizaciones individuales.

Rawls sostiene que aquellos que eligen en la posición original son personas con una relativa aversión al riesgo: seguirían un principio “maximin” de maximizar los peores resultados posibles, basándose en el temor de quien va a elegir, de terminar en esa posición. Esta asunción de aversión al riesgo es controvertida, y si dicha asunción fuese

modificada la posición original se convertiría probablemente en principios de justicia y sociedad bastante distintos.

Véase aversión al riesgo; justicia como imparcialidad; principio de la diferencia; principio maximin; Rawls, John; velo de la ignorancia

positivismo jurídico El positivismo jurídico afirma (o asume) que es posible y recomendable tener una teoría del derecho descriptiva o conceptual moralmente neutral (el positivismo jurídico *no* está relacionado con el positivismo sociológico de Augusto Comte (1798-1857) o el positivismo lógico presentado por los filósofos del Círculo de Viena en la década de 1920).

En un sentido, el positivismo jurídico se entiende de mejor manera como la creencia de que el derecho positivo es una materia que amerita un estudio aparte (el “derecho positivo” es el derecho creado por las autoridades e instituciones humanas, en contraste con los principios morales del “derecho natural”, de los cuales se dice que son intemporales y, de acuerdo con algunos teóricos del derecho natural, de origen divino). Esto contrasta con anteriores enfoques al derecho que se centraban más en la tarea prescriptiva de argumentar qué leyes deberían ser promulgadas, en vez de ocuparse del estudio descriptivo o conceptual del derecho (“como es”). En este sentido limitado de centrarse en el derecho positivo, o de plantear un enfoque puramente descriptivo o conceptual hacia el derecho, el positivismo jurídico probablemente pueda ser rastreado desde Thomas Hobbes (1588-1679). Algunos autores han mencionado incluso a Tomás de Aquino (1225-1274), el gran teórico del derecho natural, como el creador de la idea de que el derecho positivo es una materia que amerita un análisis por separado. Sin embargo, el positivismo jurídico moderno se remonta más convencionalmente al trabajo de Jeremy Bentham (1748-1832) y John Austin (1790-1859). A pesar de que Bentham puede haber sido el teórico más poderoso, el texto que la mayoría considera como su mejor trabajo en la teoría del derecho, *Del derecho en general*, concluido en 1782, no fue publicado sino hasta mucho tiempo después de la

muerte de Bentham. En consecuencia, el comienzo del positivismo es usualmente identificado con la obra de Austin *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), en donde escribió lo que algunas veces es considerado como la síntesis del positivismo jurídico: “La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra”.

Tradicionalmente el positivismo jurídico ha sido contrastado con la teoría del derecho natural, o al menos con algunas de las formas más “ingenuas” de la teoría iusnaturalista tradicional, en donde se equipara la validez jurídica con no ser injusto. En contraste, el positivismo jurídico se propone separar la cuestión de si una norma es “de derecho” en un sistema particular o si el sistema en su totalidad merece el título de “derecho”, de la cuestión distinta relativa a los méritos de esa norma o ese sistema.

Variedades de positivismo jurídico

Si bien la corriente dominante del positivismo jurídico anglosajón claramente sigue el trabajo de H. L. A. Hart (1907-1992) (dividiéndose en “positivismo jurídico incluyente” y “positivismo jurídico excluyente” a causa de interpretaciones opuestas sobre la separación conceptual entre el derecho y la moral, como se discutirá más adelante), aún quedan otras variantes en el positivismo jurídico que merecen mencionarse. Históricamente, la primer variante es la teoría del mandato que ofrecieron tanto Austin como Bentham. En este enfoque se reduce el derecho a la descripción básica de un soberano (alguien a quien otros tienen el hábito de obedecer, pero que a su vez no tiene el hábito de obedecer a nadie) que establece un mandato (una orden respaldada por una amenaza). Aunque la teoría del mandato (en particular la versión de Austin) estuvo sujeta a una serie de críticas importantes por Hart y otros, este enfoque sigue teniendo partidarios. Sus posibles ventajas, en comparación con las teorías hartianas dominantes, son: (1) que tiene el poder de un modelo simple del derecho (aunque, al igual que otros modelos simples de conducta humana, a veces sufre un alto costo de distorsión); (2) su atención sobre las sanciones, lo cual, según algunos, parece enfatizar adecuadamente la importancia

del poder y la coerción para el derecho, y (3) debido a que no se propone reflejar la perspectiva de un participante que simpatiza con el sistema jurídico, no se arriesga a desplazarse hacia la aprobación moral del derecho.

La segunda variante es la de Hart y sus seguidores. El enfoque de Hart (p. ej. en *El concepto de derecho* (1961)) puede resumirse bajo dos amplios temas: (1) la atención centrada sobre los hechos y convenciones sociales, y (2) el uso de un enfoque hermenéutico que destaca la perspectiva de quienes intervienen en la práctica del derecho. Ambos temas, y otros aspectos importantes de la obra de Hart, se encuentran plasmados en la manera en que se fue desarrollando su teoría a partir de la crítica a su predecesor más importante. En efecto, Hart construyó su teoría en contraste con la teoría del mandato de Austin, y justificó los puntos clave de su teoría como mejoras en los lugares en donde la teoría de Austin se había quedado corta. En lugar de reducir la totalidad del derecho, como planteaba la teoría de Austin, a un solo tipo de mandato (emitido por el soberano), Hart insistió en la variedad del derecho: que los sistemas jurídicos contenían tanto reglas dirigidas a los ciudadanos (“reglas primarias”) como reglas que instruyen a las autoridades sobre cómo identificar, modificar o aplicar las reglas primarias (“reglas secundarias”); y que los sistemas jurídicos contenían tanto reglas que imponen deberes como reglas que confieren poderes —no sólo a las autoridades sino también a los ciudadanos, como ocurre con los poderes legales que son conferidos para tener la capacidad de crear contratos y testamentos jurídicamente vinculantes—.

Se puede considerar que el trabajo de Austin pretende encontrar un enfoque “científico” hacia el estudio del derecho, el cual incluye la pretensión de explicar el derecho en términos empíricos: la tendencia empíricamente observable de algunas personas a obedecer los mandatos de otros, y la capacidad de estos últimos para imponer sanciones ante la desobediencia. Hart cuestionó los esfuerzos de Austin por reducir al derecho a tendencias y predicciones empíricas, puesto que al ocuparse solamente de mostrar la parte del derecho que es externamente observable, Austin ignoraba una parte básica de la práctica del derecho: la aceptación de las normas jurídicas por parte de las autori-

dades y de los ciudadanos como normas que dan razones para la acción. La *actitud* de quienes aceptan el derecho no puede ser fácilmente capturada por un enfoque más científico o empírico, y la ventaja de incluir este aspecto de la práctica del derecho es lo que empujó a Hart hacia un enfoque más “hermenéutico”. Además, la posibilidad de una aceptación popular (moralmente justificada o no) es lo que distingue a un sistema jurídico de la mera imposición de normas a través de la fuerza por parte de bandidos o tiranos.

La tercer variante es la de Hans Kelsen (1881-1973), quien publicó gran parte de su trabajo en alemán, y sigue siendo mejor conocido y con mayor influencia en la Europa continental que en Inglaterra y los Estados Unidos. La obra de Kelsen tiene ciertas similitudes externas con la teoría de Hart, pero está construida a partir de una fundamentación teórica sobradamente distinta: una derivación neokantiana, en vez de la combinación (en el caso de Hart) de hechos sociales, análisis hermenéutico y filosofía del lenguaje ordinario. Kelsen intenta aplicar al derecho algo parecido al argumento trascendental de Kant: su obra se puede entender de mejor manera si se la piensa como un intento por determinar lo que se sigue del hecho de que las personas algunas veces traten las acciones y palabras de otras personas (los oficiales del derecho) como normas válidas. Se puede decir que la obra de Kelsen recurre a la lógica del pensamiento normativo. Cada conclusión normativa (p. ej. “no se debería conducir a más de 90 kilómetros por hora” o “no se debería cometer adulterio”) deriva de una premisa normativa más general o más básica. Esta premisa más básica puede encontrarse en los términos de una proposición general (p. ej. “no dañar a otros seres humanos innecesariamente” o “no usar a otros seres humanos como simples medios para un fin”), o en los términos del establecimiento de una autoridad (“haz lo que Dios manda” o “actúa de acuerdo con las normas establecidas por una mayoría en el Parlamento”). Así, el simple hecho de que alguien afirme o asuma la validez de una norma jurídica particular (“no se puede conducir a más de 90 kilómetros por hora”) implica afirmar, tácitamente, la validez del nexo que fundamenta a esta cadena normativa particular (“que uno debería

realizar aquello que está autorizado por la primera Constitución en la historia de esa sociedad”).

Positivismo incluyente frente a excluyente

El debate entre el “positivismo jurídico incluyente” (también llamado en ocasiones “positivismo jurídico suave” o “incorporacionismo”) y el “positivismo jurídico excluyente” (también conocido como “positivismo jurídico duro”) gira en torno a la diferencia que se da al elaborar un aspecto de la creencia del positivismo jurídico: que no hay una conexión *necesaria* o “conceptual” entre el derecho y la moral. El positivismo jurídico excluyente (cuyo defensor más prominente ha sido Joseph Raz (1939-)) interpreta o elabora esta afirmación en el sentido de que los criterios morales no pueden ser condiciones ni suficientes ni necesarias para el estatus jurídico de una norma. En términos de Raz: el positivismo jurídico excluyente establece que “la existencia y el contenido de todo derecho está completamente determinado por fuentes sociales”.

El argumento más común para el positivismo jurídico excluyente es el que se basa en la relación entre el derecho y la autoridad. Los sistemas jurídicos, por su naturaleza (según el argumento) pretenden ser autoritativos, y para ser capaces de ser autoritativos, las normas jurídicas tienen que ser determinables sin recurrir a las razones (morales o de otro tipo) sobre las cuales las normas pretenden adjudicar. Bajo este argumento (y en palabras de Raz), quienes están sujetos a una autoridad “pueden beneficiarse de sus decisiones sólo si pueden establecer su existencia y contenido en maneras que no dependan de plantearse las mismas cuestiones, sobre las que adjudica la autoridad” (*La ética en el ámbito público* (1994)).

El positivismo jurídico incluyente (entre cuyos defensores se encuentran Jules Coleman, Wilfrid Waluchow, Philip Soper y David Lyons) interpreta el punto de vista de manera diferente, arguyendo que aunque no existe un contenido moral *necesario* para una norma jurídica (o un sistema jurídico), un sistema jurídico particular podría, por regla convencional, convertir a los criterios morales en necesarios o suficien-

tes para la validez *en ese sistema*. El argumento más fuerte del positivismo jurídico incluyente parece ser su correspondencia con la manera en que las autoridades y los textos jurídicos hablan sobre el derecho. Además, la perspectiva incluyente permite a los teóricos aceptar muchas de las críticas que Ronald Dworkin (1931-) planteó al positivismo jurídico, sin abandonar lo que estos mismos teóricos consideran que son los principios centrales del positivismo jurídico (sus fundamentos en los hechos sociales o convencionales). En ocasiones es conveniente distinguir entre situaciones en las cuales se dice que los criterios morales son condiciones *necesarias* para la validez del derecho (la situación común de aplicar criterios morales como parte del *judicial review* constitucional), y situaciones en las que se dice que los criterios morales son condiciones *suficientes* para la validez del derecho (la manera en que algunos autores consideran que opera la toma de decisión judicial en el *Common Law*, y una posible explicación para el funcionamiento de principios jurídicos en otras formas de toma de decisiones).

Positivismo ético

El término “positivismo ético” (o “positivismo normativo”) describe una posición (asociada con Tom Campbell y otros) que ve la separación del derecho y la moral *no* como una verdad necesaria o conceptual sobre la naturaleza del derecho, sino como una cosa buena, algo que debiera buscarse por diversas razones políticas o morales.

Véase aceptación; Austin, John; autoridad; costumbre y derecho consuetudinario; derecho natural; Hart, H. L. A.; Kelsen, Hans; regla de reconocimiento; tesis de la separabilidad; tesis de las fuentes

positivismo jurídico ético *Véase* positivismo jurídico

positivismo jurídico excluyente *Véase* positivismo jurídico

positivismo jurídico incluyente *Véase* positivismo jurídico

positivismo jurídico normativo Véase positivismo jurídico

posmodernidad En la pintura y la arquitectura, la “posmodernidad” fue una reacción contra la “modernidad”. En la filosofía del derecho realmente nunca hubo un movimiento de “modernidad”, así que la “posmodernidad” en este contexto sólo puede adquirir su significado a través de la analogía con su uso en otras áreas. Las discusiones sobre la posmodernidad entre los teóricos del derecho tienden, en primer lugar, a invocar el uso de dicho término entre teóricos literarios.

Si bien no hay un consenso sobre lo que se ha querido decir con posmodernidad jurídica, hay algunos temas que aparecen con regularidad: el rechazo a la idea de una verdad fundacional o trascendente; el rechazo de “grandes narrativas”; la creencia de que muchos conceptos básicos (incluyendo el género y la raza) son construidos socialmente; una negación general de la certeza y la constancia, y un énfasis en las influencias irracionales e inconscientes que guían nuestras acciones y creencias.

Véase deconstrucción; derecho y literatura; escepticismo; teoría feminista del derecho

Pound, Roscoe Roscoe Pound (1870-1964) fue una figura importante en la filosofía del derecho norteamericana de los inicios del siglo XX. En la primera parte de su carrera fue un fuerte defensor de un enfoque (más) sociológico del derecho, arguyendo, por ejemplo, que el foco de atención debería dirigirse hacia los objetivos que las normas jurídicas se supone obedecen, para saber qué tan bien las normas estaban atendiendo a esos objetivos y para modificar aquellas normas que no respondieran bien a sus propósitos. Esto parece ser evidente para lectores modernos, pero para el razonamiento más formalista o conceptualista de ese tiempo era radical. Pound fungió como director de la Facultad de Derecho de Harvard, y en sus últimos años llegó a oponerse, o al menos a urgir una mayor cautela, a quienes buscaban una “jurisprudencia más realista” inspirados en su trabajo y en las obras de Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935). La cautela de Pound so-

bre el realismo jurídico fue mayormente desarrollada en una famosa discusión de 1931 con Karl Llewellyn (1893-1962) en el *Harvard Law Review*.

Véase derecho y sociedad; Holmes, Oliver Wendell Jr.; Llewellyn, Karl N.; realismo jurídico norteamericano

pragmatismo El pragmatismo se refiere generalmente a un movimiento filosófico de las primeras décadas del siglo XX, cuyas figuras principales son John Dewey (1859-1952), William James (1842-1910) y Charles Saunders Peirce (1839-1914), y a teorías y teóricos más recientes (tales como Richard Rorty (1931-) y Hilary Putnam (1926-)) cuyas posiciones son similares. A pesar de que los teóricos que comparten la denominación de “pragmatistas” difieren significativamente en los detalles de sus puntos de vista, en general coinciden en que los grandes conceptos de la filosofía —tales como “verdad” y “justificación”— sean pensados en los términos más mundanos de “lo que funciona”. Los pragmatistas se opusieron al “fundamentalismo” en la filosofía y al absolutismo en general. Al analizar palabras y conceptos, los pragmatistas suelen concentrarse en la manera en que éstos son usados en la vida.

Los pragmatistas de inicios del siglo XX influyeron fuertemente a los realistas jurídicos norteamericanos cuando el filósofo Dewey escribió artículos importantes sobre temas de derecho, y el juez y teórico del derecho Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) era considerado por algunos como una influencia significativa dentro del pragmatismo filosófico.

Más recientemente, algunos teóricos del derecho han denominado sus enfoques hacia el derecho como “pragmatistas”, pero al parecer hay una gran variedad de perspectivas que caben dentro de esa denominación.

Véase Dewey, John; Holmes, Oliver Wendell Jr.; realismo jurídico norteamericano

precedente El “precedente” hace referencia a decisiones previas, en particular a las decisiones previas relacionadas con una cuestión que se plantea actualmente ante los tribunales. Un aspecto central del razonamiento del *Common Law* es la manera en que las decisiones previas obligan a tribunales posteriores en el tiempo, siendo usualmente limitado ese estatus autoritativo a tribunales superiores (y, a veces, también a tribunales del mismo nivel) dentro de ese sistema jurídico. En la mayoría de los sistemas de derecho romano-germánico, los tribunales no están sujetos de esta manera por las decisiones previas.

Lo que mantiene flexible al proceso en la mayoría de los sistemas del *Common Law* son las siguientes características: (1) los tribunales están generalmente obligados sólo por la decisión del tribunal previo y por el razonamiento *necesario* para llegar a esa decisión (*ratio decidendi*); no están obligados por otras declaraciones del tribunal previo (*obiter dictum*), y (2) los tribunales posteriores usualmente tienen una discreción relevante sobre cómo caracterizar las resoluciones y los razonamientos de los tribunales previos; no necesitan acatar la caracterización que de esa decisión haga el referido tribunal. La combinación de estas dos características permite que los tribunales tengan una gran libertad para “discernir” decisiones previas que no vienen al caso en un asunto que actualmente se plantea ante el tribunal.

Véase Common Law; indeterminación; *stare decisis*; teoría de la coherencia

preferencias El análisis económico, especialmente en la economía neoclásica (la cual sirve de fundamento para el análisis económico del derecho contemporáneo), parte del supuesto de que los individuos son maximizadores racionales de sus preferencias. Sin embargo, el concepto de “preferencias” sigue siendo un concepto central inexplorado en este modelo. Algunos teóricos han sugerido que la idea de “preferencias” es más compleja o problemática de lo que permite el análisis económico, y que se necesita un trabajo adicional sobre este tópico.

Una afirmación o supuesto clave de la economía neoclásica es que nuestras preferencias pueden ser derivadas de nuestras elecciones (“pre-

ferencias reveladas”). Sin embargo, para un conjunto determinado de elecciones, a menudo habrá más de un conjunto posible de preferencias que podrían explicarlas.

Asimismo, se culpa al análisis económico neoclásico y al análisis económico del derecho por su indiferencia hacia *cómo* llegamos a obtener las preferencias que tenemos, y por la poca disposición de juzgar la sabiduría, la justicia o la moral de esas preferencias.

Véase preferencias reveladas

preferencias externas En algunos de sus trabajos iniciales (p. ej. *Los derechos en serio* (1977)), Ronald Dworkin (1931-) presentó una crítica al utilitarismo que se centraba en el hecho de que este enfoque, en principio, toma en consideración todas las preferencias individuales, incluyendo las preferencias desagradables. Las “preferencias externas” son preferencias relativas a la asignación de bienes u oportunidades a otras personas. Así, las preferencias externas que podríamos no querer tomar en cuenta al evaluar las políticas sociales podrían incluir preferencias basadas en la malicia individual o el prejuicio de grupo.

Véase utilitarismo

preferencias reveladas En el análisis económico, es la noción de que las preferencias de una persona están implicadas (“reveladas”) por las elecciones de esa persona (dentro de la literatura económica, gran parte de la discusión de las “preferencias reveladas” se remonta a la obra de Paul Samuelson (1915-) en las décadas de 1930 y 1940). Aun en este nivel de análisis, es importante señalar que varios conjuntos de preferencias distintos podrían explicar a un grupo de elecciones. La idea de preferencias reveladas es controvertida entre quienes piensan que algunos valores son incommensurables: es decir, que es una falsa implicación decir, por ejemplo, que debido a que uno está dispuesto a aceptar un trabajo físicamente riesgoso por un pago adicional, o a faltar a una comida con un amigo cuando surge una buena oportunidad económica, estas elecciones son por lo tanto una base su-

ficiente para asignarle un precio monetario al valor que uno tiene de la salud o la amistad.

Véase preferencia

principio de diferencia Uno de los dos principios de justicia que John Rawls (1921-2002) defiende en su *Teoría de la justicia* (1971). El principio establece “que las desigualdades sociales y económicas deben ser distribuidas de tal manera que generen... el mayor beneficio para los menos favorecidos”. Rawls sostiene que las personas hipotéticas en su “posición original” (quienes negocian detrás de un “velo de ignorancia”, sin estar al tanto de sus valores, preferencias o circunstancias) escogerían este principio por encima de una igualdad estricta en la distribución del ingreso y la riqueza, el utilitarismo, o bien por encima de una desigualdad desenfrenada.

Véase justicia como imparcialidad; posición original; principio maximin; velo de la ignorancia

principio de la ofensa Considerado por algunos como un complemento necesario del “principio del daño”, el cual afirma que las prohibiciones penales se justifican (solamente) cuando las acciones de una persona provocarán un daño a otra. El principio de la ofensa afirma que ciertas formas de ofensa pueden también justificar la intervención del Estado, a través de sanciones penales, para prevenir ciertas conductas.

La opinión enérgicamente presentada por Joel Feinberg (1926-2004), entre otros, consiste en que ciertas formas de ofensa pública a las sensibilidades de otros son suficientes para justificar la intervención estatal —aunque la ofensa ocasionada por el simple conocimiento de lo que otras personas puedan estar haciendo en la privacidad de sus hogares quizá no justifique tal intervención—.

Véase principio del daño

principio del daño El término proviene del folleto de John Stuart Mill (1806-1873) *Sobre la libertad*, en el que escribió: “El único propósito por el cual se puede ejercer el poder justificadamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es para prevenir el daño a otros”. Mill enunció este principio en el contexto de un argumento que abogaba por que el gobierno (y la sociedad) tuvieran un papel limitado en la imposición de la moral, lo cual a su vez constituía un argumento a favor de un derecho importante de libertad individual. En este contexto, la justificación de la regulación gubernamental de la conducta privada, basada en la prevención del daño a otros, se contraponen a aquellas justificaciones de la regulación basadas en la aplicación de la moral, o bien en la protección de los individuos de sus propias decisiones nocivas (paternalismo).

La perspectiva de Mill ha generado diversas críticas tanto en el tiempo de Mill como más recientemente. Una línea de argumentación, algunas veces denominada como “perfeccionismo”, y relacionada con James Fitzjames Stephen (1829-1894) en tiempos de Mill, y Robert P. George y Joseph Raz (1939-) más recientemente, afirma que *es* parte del papel legítimo del gobierno promover el comportamiento moral e impedir el comportamiento inmoral entre sus ciudadanos.

Una segunda línea de argumento, asociada con Patrick Arthur Devlin (1905-1992), urgió el que las sociedades tengan un derecho de protegerse a sí mismas reforzando su moral convencional existente (lo que las personas *creen* que es moralmente correcto, lo sea o no), pues ella constituye una fuerza cohesiva mayor a fin de mantener unida a la sociedad.

En décadas recientes, H. L. A. Hart (1907-1992) y Joel Feinberg (1926-2004) argumentaron a favor de una extensión del principio del daño a fin de que abarque a ciertas formas de ofensa: que es legítimo el que el gobierno, a través de acciones públicas, restrinja las libertades individuales con el propósito de prevenir la ofensa a otros. El propósito de esta extensión es cubrir materias de decencia y orden públicos, mas no la regulación de la conducta privada, basada únicamente

en que alguien pueda ser ofendido por la simple idea de lo que están haciendo otros en la privacidad de sus hogares.

Véase Devlin, Patrick; Mill, John Stuart; imposición jurídica de la moral a través del derecho; moral crítica frente a moral convencional; principio de la ofensa; Stephen, James Fitzjames

principio del doble efecto Es la noción de que deberíamos juzgar de manera diferente a las consecuencias deseadas y a las consecuencias no deseadas aunque claramente previstas. En su versión más extrema, el principio (o “doctrina”) del doble efecto absolvería a los perpetradores de las consecuencias no deseadas, incluso cuando éstas son severas y prácticamente imprevisibles. El principio es comúnmente asociado a la teología católica. Un contexto común para la discusión de este principio es el tratamiento médico para pacientes seriamente enfermos, en tanto algunos teóricos de la moral (o teólogos) arguyen que si bien es incorrecto proporcionar tratamiento con el propósito de ocasionar la muerte, es correcto proporcionar tratamiento para otros propósitos (p. ej. aliviar el dolor), incluso cuando es sabido que ese tratamiento tiene la consecuencia adicional de acelerar la muerte.

principio maximin Una regla para la elección bajo condiciones de incertidumbre, de acuerdo con la cual uno jerarquiza las alternativas a partir de los peores resultados posibles. Se puede decir que esta regla de decisión tiene mayor sentido cuando el conocimiento de qué tan probables son los distintos resultados es altamente incierto, cuando lo que se puede perder en los peores casos es mucho más sustancial o importante que lo que puede ser obtenido en el mejor de los casos, y/o cuando los peores casos no serían aceptables.

El principio maximin ocupa una posición clave en la teoría de la justicia de John Rawls (1921-2002): en la negociación hipotética que Rawls describe (la “posición original”), el principio justifica la relativamente prudente elección de los participantes de principios igualitarios encaminados a distribuir los bienes dentro de la sociedad (“el princi-

pio de la diferencia”), por encima de, por ejemplo, la elección menos aversa al riesgo de los principios utilitaristas.

Véase aversión al riesgo; posición original; principio de diferencia; Rawls, John

principios En las primeras obras de Ronald Dworkin (1931-) (en particular *Los derechos en serio* (1977)), los principios juegan dos papeles importantes en la teoría del derecho y la teoría de la adjudicación. Primero, los principios son contrastados con las normas, en donde “principios” hace referencia a criterios morales que no se aplican de manera concluyente o de todo o nada. Pueden haber principios que apoyan ambas partes en una disputa legal, mientras que es probablemente el caso que dondequiera que aplique una regla de propiedad (sin que sea anulada, o bien se encuentre una excepción), ésta es concluyente en cuanto al resultado. También en contraste con las normas, los principios pueden variar en el peso que tienen a favor o en contra de un resultado particular en un caso particular (algunos autores posteriores aún son escépticos respecto a que las normas y los principios jurídicos puedan ser tan claramente divididos a lo largo de las líneas que Dworkin indicó).

La distinción entre normas y principios se relaciona con la crítica de Dworkin al estudio de H. L. A. Hart (1907-1992) sobre la discreción judicial. Hart había afirmado que las normas jurídicas se agotan en los casos difíciles y marginales, y en tales casos el juez debe legislar de nuevo. Dworkin argumentó que el derecho —en el sentido de aquellos criterios que los jueces tienen la obligación de aplicar— se conforma de principios así como de normas. La existencia de principios *así como de* normas dentro de un sistema jurídico quería decir que sería difícil sostener que el derecho “se agota” en muchos casos (los principios que forman parte del derecho serían determinados al considerar cuáles criterios habían recibido apoyo expreso o implícito en anteriores leyes, decisiones judiciales, u otras acciones de los oficiales). Si el derecho contuviese numerosos principios al igual que normas, Dworkin se encontraba en una posición más fuerte al afirmar que ha-

bía respuestas correctas únicas para cada problema jurídico, aunque la tesis de la respuesta correcta aún no estaría demostrada.

El segundo papel del principio en las primeras obras de Dworkin fue en contraste con la política —entendiendo aquí principio como una decisión sobre la base de un derecho jurídico o moral, mientras que la política es una decisión con base en las consecuencias—. De acuerdo con Dworkin, las legislaturas frecuentemente tomaron decisiones fundadas en política, decidiendo cuáles regulaciones crearían el mayor beneficio global para la sociedad, y tales consideraciones fueron apropiadas para una legislatura. Los tribunales, sin embargo, serían “foros de principio”, decidiendo sólo con base en derechos (según Dworkin, los derechos, por su naturaleza, triunfan sobre consideraciones utilitaristas). Esta parte del análisis de Dworkin, al igual que la distinción entre principios y normas, está también relacionada con su tesis de la respuesta correcta, pues es parte de su argumento el que, para cualquier caso ante los tribunales, pueda decirse que una parte o la otra tiene “un derecho de prevalecer” (el derecho, correctamente entendido, apoya a esa parte).

Véase Hart, H. L. A.; políticas; reglas; tesis de la respuesta correcta

principios neutrales El término proviene del artículo de Herbert Wechsler (1909-2000) en el *Harvard Law Review* (1959), en el cual sostuvo que la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuando interpreta el derecho constitucional norteamericano, está constreñida por los requerimientos de que los casos sean decididos “con fundamentos de adecuada neutralidad y generalidad”, y que la Corte interpreta principios constitucionales de una manera que “trasciende al resultado inmediato que se logra”.

La idea de “principios neutrales” es una perspectiva central de la “escuela del proceso legal”; un enfoque hacia el derecho, influyente en los Estados Unidos durante la década de 1950 y principios de la de 1960. Éste fue un enfoque que aceptó muchas de las críticas de los realistas jurídicos norteamericanos (y por ende la perspectiva, implícita en el argumento de Wechsler, de que la Suprema Corte tuvo una

discreción significativa al interpretar la doctrina constitucional), pero habló a favor de límites basados en el diseño institucional y la competencia institucional relativa.

Los ataques contra la posibilidad de la neutralidad en la toma de decisiones fueron centrales para los argumentos de los realistas jurídicos norteamericanos, y de críticos posteriores (p. ej. análisis crítico del derecho).

Véase análisis crítico del derecho; proceso legal; realismo jurídico norteamericano; Wechsler, Herbert

problema agente-principal Un tópico común en el análisis económico de las relaciones comerciales y jurídicas, que concierne a la dificultad de regular aquellas relaciones en donde se supone que una parte está actuando a favor de los intereses de otro (p. ej. no sólo en donde los empleados actúan como agentes para sus empleadores, sino también de inquilinos que ocupan la propiedad del terrateniente, gerentes que controlan la propiedad de accionistas corporativos, y así sucesivamente). En estos tipos de situación, el principal es usualmente incapaz de supervisar las acciones del agente de manera constante o efectiva, y busca alguna estructura de incentivos que motivarán al agente a continuar actuando a favor de los intereses del principal. En la medida en que el contrato, estatuto u ordenanzas que unen a las partes no logren superar el problema agente-principal, y los agentes tengan un incentivo de actuar bajo su interés propio y contrariamente a los intereses de sus principales, se dice que algunas veces hay un “peligro moral”.

Véase coste de agencia; riesgo moral

problema de la acción colectiva Un término económico para un problema básico de orden social y de teoría política: ahí donde se requiere la cooperación de muchas personas para ciertos bienes públicos, los cuales en caso de ser obtenidos beneficiarán a todos, el beneficio no puede limitarse a aquellos que contribuyeron a obtener el bien público. Así, ¿cómo se puede evitar a los polizones, es decir, gente dis-

frutando de los beneficios sin haber cooperado? Ejemplos de bienes que generan problemas de la acción colectiva incluyen la seguridad nacional, el agua y el aire limpio.

Véase dilema del prisionero; polizón

problema de la situación inicial Un término abreviado para referirse a la dificultad de imaginar el criterio con el cual se analizará un estado de cosas. Los puntos de partida son obviamente relevantes para elaborar juicios acerca de lo que es normal y lo que es inusual (el regreso de dos partes a un *statu quo* inicial después de que un evento o negociación los había desplazado, dando un beneficio a uno y un perjuicio a otro, resulta central para la noción aristotélica de justicia correctiva). El contexto general puede también afectar a juicios tales como si el gobierno está siendo neutral o no en sus acciones, si su tratamiento de personas o grupos distintos es igual, si una decisión fue voluntaria o consensual, y si una expectativa o juicio era razonable.

Un ejemplo bastante diferente de un problema de la situación inicial es ejemplificado por las cuestiones de los daños en el derecho contractual. Al determinar en qué medida la parte inocente fue dañada a través de una falta no justificada, ¿debería tomar en cuenta la corte dónde habría estado la parte inocente si el contrato hubiese sido plenamente cumplido, o dónde habría estado de no haberse suscrito tal contrato en primer lugar?

Véase igualdad; justicia correctiva

proceso legal La escuela del proceso legal es un enfoque hacia el derecho que enfatiza la competencia institucional. La escuela se centró en un manual de la escuela legal, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, que había sido ampliamente distribuido entre los académicos norteamericanos a mediados y postrimerías de la década de 1950, aun cuando no había sido formalmente publicado en ese momento (la referencia común es a la “edición tentativa” de 1958; que fue al fin formalmente publicada en 1994). Los autores del ma-

nual fueron Henry M. Hart Jr. (1904-1969) y Albert M. Sacks (1920-1991), ambos en ese momento profesores de la Escuela de Derecho de Harvard.

La escuela del proceso legal es muchas veces vista como una respuesta a las críticas planteadas por los realistas jurídicos norteamericanos de la generación previa. Esta escuela aceptó que no siempre puede haber respuestas correctas claras en el derecho, y que los abogados y jueces no tienen una pericia particular en el tipo de juicios morales o de política que pueden ser centrales para decidir casos legales. Sin embargo, los abogados y jueces pueden ser caracterizados como los que tienen alguna pericia en los procedimientos: en encontrar la estructura y el estilo de las resoluciones que serían más aptos a fin de alcanzar la decisión correcta en diversos tipos de disputas.

Henry Hart fue fuertemente influenciado por su colega de la Escuela de Derecho de Harvard, Lon Fuller (1902-1978), y la escuela del proceso legal puede ser vista como un tipo de encarnación de la perspectiva de “moral interna” que fue presentada por Fuller.

Las críticas a la escuela del proceso legal han tendido a consistir en que su noción de un enfoque neutral y tecnocrático hacia las resoluciones ha sido al mismo tiempo muy optimista y muy ingenua. Adicionalmente, algunos piensan que un excesivo enfoque en el procedimiento condujo a una indiferencia hacia la justicia o los resultados obtenidos.

Véase competencia institucional; Fuller, Lon L.; Hart, Henry M. Jr.; moral interna del derecho; principios neutrales; realismo jurídico norteamericano; Sacks, Albert M.; Wechsler, Herbert

promesas (y contratos) Una cuestión básica y recurrente en la teoría del derecho contractual es la medida en la cual el mismo es una mera forma institucional de la obligación moral de cumplir con las promesas. Dado que la mayoría de los sistemas de derecho contractual dejan fuera del ámbito jurídico a muchos tipos de promesas y negocios (por ejemplo, en los sistemas inglés y norteamericano, los acuerdos que carezcan de “consideración” quedan usualmente fuera del ámbito jurí-

dico), la discusión sobre la justificación moral de la responsabilidad contractual será más complicada que la simple regulación de las promesas. También complica el análisis para sistemas jurídicos (como los sistemas inglés y norteamericano) que generalmente no toman en cuenta la culpabilidad del fracaso de cumplir la promesa de uno (tratando a la mayoría de violaciones “inocentes” de los acuerdos de manera equiparable a las violaciones “intencionales”). El hecho de que la justificación moral del cumplimiento de promesas sea en sí mismo controvertido, añade otro nivel de dificultad al análisis teórico del derecho contractual.

prudencia Dentro de la filosofía moral y el razonamiento práctico, la “prudencia”, en el sentido de la autoestima y la autoprotección moderadas, es a menudo contrastada con maneras de pensar “morales” o “altruistas”. A pesar de que este uso de “prudencia”, como un interés propio inofensivo, es más estrecho y menos rico que el uso convencional del término (“prudencia” como virtud), aun así es bastante común en la literatura. En las discusiones sobre filosofía del derecho, la “prudencia” (comprendida estrictamente en el sentido anotado) es considerada dentro del contexto de las cuestiones sobre hasta qué punto nuestro derecho o deber de proteger nuestros propios intereses (y los intereses de aquellos cercanos a nosotros —familia y amigos—) puede o debe ser balanceado en contra de nuestros deberes hacia otros. Hay también una larga tradición, tanto en la filosofía moral como en la economía, de tratar de equiparar al interés propio y la acción moral, ya sea para requerir a las personas que actúen moralmente o para explicar el desarrollo de normas morales a partir de lo que algunos teóricos asumen que es nuestra naturaleza exclusivamente egoísta.

psicología evolucionista Las creencias de que una variedad de rasgos o inclinaciones se deben totalmente o en gran parte a nuestros genes, o que un rasgo o inclinación particulares se han desarrollado, han sobrevivido o incluso han llegado a ser dominantes a causa de sus ventajas evolutivas (más probablemente su ventaja en algún punto de nuestro pasado distante). A menudo se sostiene que este punto de vista

general, que alguna vez fue denominado como “sociobiología” (y bajo esa denominación estuvo asociada con el científico norteamericano Edgard Osborne Wilson (1929-), tiene consecuencias para el derecho y la teoría del derecho con respecto a temas de culpabilidad (¿debería uno ser castigado por lo que “no puede evitar”, dado que está predeterminado por la genética?) o con la cuestión relacionada respecto de qué tan susceptibles son ciertos comportamientos de ser reformados por la acción del Estado. Muchos autores asumen una posición cautelosa en esta área: sin negar en ningún sentido la gran importancia de la genética para la conducta humana, es extremadamente complicado determinar el nivel de determinación genética, y es engañoso fundamentar recomendaciones de políticas públicas con base en datos inciertos de dicha área.

Pufendorf, Samuel Teórico del derecho y teólogo alemán (1632-1694) que era catedrático en la Universidad de Lund, en Suecia, al momento de publicar sus obras más importantes: *On the Law of Nature and of Nations* (1672) y *On the Duty of Men and Citizens According to Natural Law* (1673). Pufendorf fue un teórico del derecho natural ampliamente influenciado por Hugo Grocio (1583-1645), y al igual que éste sostuvo que ciertos criterios morales se aplican a todas las personas y a todas las naciones. Sin embargo, estaba en desacuerdo con Grocio acerca de la base de nuestras obligaciones morales: Pufendorf sostuvo que toda obligación está fundada en los mandatos de los superiores a los inferiores, y de igual modo, las obligaciones morales son reflejos del mandato divino. Algunos autores nombran a Pufendorf (y a su obra, *The Elements of Universal Jurisprudence* (1660)) como el iniciador de la teoría moderna del derecho natural. Como Grocio, Pufendorf es también considerado una figura importante en el desarrollo inicial del derecho internacional.

Véase Grocio, Hugo; teoría del derecho natural; voluntarismo

punto de vista interno H. L. A. Hart (1907-1992) destacó la importancia de tomar en cuenta la perspectiva interna, esto es, la perspecti-

va de alguien que acepta una norma de un sistema jurídico a fin de comprender completamente las normas y los sistemas jurídicos. La “aceptación” en este contexto significa tratar a la norma, o al sistema de normas, como creadores de razones para la acción. Para Hart, alguien que tomó el punto de vista interno respecto de una norma utilizó dicha norma como justificación para las acciones de esa misma persona encaminadas a obedecerla, y también como base para criticar las acciones inconsistentes con la norma.

El punto de vista interno es central en el “giro hermenéutico” del positivismo jurídico de Hart, subrayando la importancia de las perspectivas de los participantes al discutir la naturaleza del derecho. El punto de vista interno resume las distinciones, en primer lugar, entre actuar a partir de un hábito y actuar de acuerdo con una norma y, segundo, entre sentirse obligado (actuar a partir del miedo) y tener una obligación (seguir una norma).

Neil MacCormick (1941-) ha argumentado que el punto de vista interno es mejor comprendido como uno que tiene tanto un aspecto cognitivo como uno volitivo: cognitivo, puesto que entiende a un criterio o a una congruencia de prácticas como *una norma*; volitivo en tanto hay una disposición de imponer esa norma (p. ej. a través de las críticas a aquellos que se desvían de ella).

Véase aceptación; enfoque *Verstehen*; Hart, H. L. A.; reglas, teoría práctica de las

R

racionalidad Dentro del análisis económico y de los enfoques relacionados con el mismo, la racionalidad de los actores es una asunción (o asección) clave en los modelos utilizados para analizar y predecir la conducta. En el análisis económico, la racionalidad (interpretada de manera amplia) es usualmente comparada con la búsqueda del interés propio. Este modelo del comportamiento humano ha sido el objeto de frecuentes críticas, las cuales consideran que no se trata de una imagen precisa de cómo la gente de hecho toma decisiones, y por lo tanto genera distorsiones en los análisis y predicciones de los economistas. Muchas de estas críticas son resumidas por la idea de una “racionalidad limitada”.

Hasta qué punto el análisis económico de la “racionalidad” se propone ser descriptivo no es siempre claro. Por ejemplo, John Harsanyi (1920-2000) sostenía que el comportamiento racional que se asume en la teoría de juegos tenía la intención de mostrar cómo *debería* actuar cada uno de los jugadores a fin de maximizar sus intereses, y no de predecir cómo *actuarán realmente* los jugadores. Existen importantes datos experimentales que indican que en diversas situaciones, los individuos se desvían de lo que habría sido previsto bajo el modelo de racionalidad de los economistas. Una respuesta a estas desviaciones es complicar el modelo (ya sea al indicar los problemas de información asimétrica, o bien al modificar el modelo racional en las maneras expuestas por los tópicos “racionalidad limitada” y “normas sociales”); y

otra respuesta es aceptar que el modelo no es perfecto, pero conserva un poder predictivo y explicativo relevante, mientras que un modelo más complicado podría fracasar en ese aspecto.

Fuera del análisis económico, la “racionalidad” normalmente significa algo distinto y más sustancial: no ya la mera maximización de los fines escogidos, sino también una cierta comprensión al evaluar tanto los medios para un fin como los objetivos últimos.

Lo “racional” y lo “razonable” son algunas veces el centro de discusión en otras áreas de la filosofía del derecho: por ejemplo, en qué medida se asevera que los criterios “objetivos” en el derecho son menos neutrales de lo que se cree, e incluso expresan una influencia o perspectiva masculina. O bien, en qué medida el análisis jurídico valora demasiado la razón a costa de la emoción (de nuevo, este argumento es usualmente planteado por las críticas feministas). Mientras los dos términos, “racional” y “razonable”, son empleados frecuentemente en conjunto, o considerados como sinónimos, rara vez han sido diferenciados. Primero, algunos autores (por ejemplo W. M. Sibley, “The Rational Versus the Reasonable”, *Philosophical Review* (1953)) consideran a la “racionalidad” estrictamente como un pensamiento medios-fines, mientras que la “razonabilidad” es vista en sentido más amplio con el objeto de incluir un sentido de preocupación por el bienestar de las demás personas. Una distinción relacionada aparece en el trabajo de John Rawls (1921-2002) (por ejemplo, *Liberalismo político* (1993)), donde él sostiene que las partes en la “posición original” son racionales, pero no razonables —ya que, debido a las condiciones de ese experimento mental, las partes tienen la capacidad de perseguir sus intereses instrumentalmente (esto es, “racionalmente”), pero carecen de cualquier concepción del bien, y son ignorantes de muchas de las otras razones que normalmente fundan la acción política y moral (incluyendo la debida consideración por los intereses de los demás)—.

Véase análisis económico del derecho; normas sociales; posición original; racionalidad limitada; Rawls, John; teoría de la elección racional

racionalidad comunicativa, teoría de la Es una teoría relacionada con el trabajo del filósofo alemán Jürgen Habermas (1929-), y presentada en *The Theory of Communicate Action* (1981), así como en textos posteriores. En esa obra, Habermas contrasta la “acción comunicativa” con la “acción instrumental” y la “acción estratégica”. La “acción comunicativa” implica esfuerzos hacia la comprensión mutua. En la medida en que los acuerdos son obtenidos por medio del consenso y la persuasión no coactiva, en vez del engaño o la fuerza, éstos son legítimos. La idea de la racionalidad comunicativa (que Habermas describe como una “reformulación” de la “clásica concepción del razonamiento práctico” (*Between Facts and Norms* (1992)) apunta a criterios de corrección que derivan de todas las partes en una discusión, en vez de una verdad fundacional asumida, descubierta o impuesta (la teoría de la racionalidad comunicativa de Habermas, al menos en el texto de 1981, podría ser vista también como un esfuerzo por reunir formas más individualistas de análisis de la acción social con formas de análisis basadas en la “teoría de sistemas”).

Para Habermas, la racionalidad comunicativa es el enfoque y el criterio apropiado tanto para los problemas prácticos (sociales y políticos) como para los problemas teóricos (científicos). En sus propios términos, es igualmente aplicable a la física y a la moral. La racionalidad comunicativa puede ser vista como el reflejo de un ideal en el cual los argumentos estarían sujetos a críticas y a justificaciones detalladas (en contraste con la mayoría de las situaciones prácticas, en donde frecuentemente no existe tiempo para la justificación detallada, y sí hay a menudo una rápida apelación a las pretensiones de autoridad o la amenaza de sanciones por desviarse de una norma).

Véase situación ideal de habla

racionalidad limitada Un término utilizado en las críticas internas y externas del análisis económico, que se refiere a los diversos tipos de limitaciones cognitivas en la manera en que buena parte o la mayoría de la gente toma decisiones, evalúa opciones y supera la incertidumbre, relacionado esto con la idea de la “maximización racional de la

utilidad” propuesta por los economistas neoclásicos. El término tiene un significado estricto, asociado con el trabajo del economista Herbert A. Simon (1916-2001), quien ganó el Premio Nobel de Economía en 1978 gracias en parte a su trabajo en esta área. Este significado estricto se refiere a los límites de las capacidades de la mayoría de la gente para analizar datos y recordar hechos, y los métodos (razonables) que empleamos para responder a esas limitaciones. En este sentido del término, tenemos una “racionalidad limitada” en cuanto a que en realidad no maximizamos la satisfacción de nuestras preferencias, sino más bien actuamos con base en información limitada, después de una reflexión incompleta, y de modos que pueden no ser completamente consistentes con decisiones previas.

Algunas veces el término “racionalidad limitada” es usado en un sentido más amplio, y este uso es en ocasiones asociado con el trabajo de psicología cognitiva de Daniel Kahneman (1934-) y Amos Tversky (1937-1996). Bajo el uso amplio, el término se refiere a todas las formas en que la conducta y el pensamiento humanos difieren de lo que sería vislumbrado a través de modelo económico del “actor racional”, con un especial énfasis en los hábitos y tendencias del pensamiento que nos lleva a sobrestimar o a subestimar sistemáticamente ciertos tipos de riesgos. Kahneman recibió el Premio Nobel de Economía en 2002 (junto con Vernon L. Smith) por los trabajos que realizó, por sí solo y en colaboración con Tversky y otros, a fin de documentar la racionalidad limitada (entendida en sentido amplio) a través de experimentos.

Véase análisis económico del derecho (enfoque conductual); racionalidad; satisfaciente; teoría de la elección racional; voluntariedad

racismo inconsciente Un concepto importante en la teoría crítica desde el punto de vista racial, desarrollado por Charles R. Lawrence III (1943-) y otros. La importancia del concepto quizá reside en parte sobre la idiosincracia del derecho antidiscriminatorio norteamericano. Para probar la inconstitucionalidad de la discriminación racial, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América resolvió en

el caso de *Washington vs. Davis* (1976) que el actor debía demostrar un “propósito discriminatorio injusto”, y no solamente un impacto desproporcionado en las minorías. La idea del racismo inconsciente es enfatizar qué tanto racismo subyace en la cultura, y por ende es transmitido en un nivel subconsciente. Así, se pueden expresar ideas racistas sin que el hablante “pretenda” ser racista —e incluso sin que el escucha perciba el racismo—. En consecuencia, la distinción constitucional entre “culpable e intencional” y “no intencional y por lo tanto inocente” puede ser inapropiada cuando se habla de racismo.

Véase discriminación; teoría crítica desde el punto de vista racial

Radbruch, Gustav Teórico alemán del derecho (1878-1949), mejor conocido para los teóricos del derecho de lengua inglesa como el autor cuyas ideas fueron el centro de la discusión en el debate de H. L. A. Hart con Lon Fuller (1902-1978) en el *Harvard Law Review* de 1958. Mientras que las primeras obras de Radbruch (por ejemplo *Filosofía del derecho* (1932)) eran afines a la tradición del positivismo jurídico, con algunos elementos neokantianos, sus últimos trabajos estuvieron influenciados por el ascenso del régimen nazi. Radbruch creía que las perspectivas positivistas de los abogados y profesores de derecho alemanes contribuyeron al fracaso de la resistencia frente a los nazis y a la disposición de los jueces alemanes de aplicar el derecho nazi sin protestar o intentar reinterpretarlo de algún modo. Después de la guerra, Radbruch defendió una especie de teoría del derecho natural, según la cual las leyes que fueran claramente injustas no deberían tener un estatus legal.

Véase análisis neokantiano; Fuller, Lon L.; Hart, H. L. A.; teoría del derecho natural

Rawls, John John Bordley Rawls fue un teórico norteamericano de la filosofía política (1921-2000), cuyo libro *Teoría de la justicia* (1971) fue posiblemente el trabajo de lengua inglesa más importante sobre la justicia, y quizá sobre filosofía política, del siglo XX. Más allá de su teo-

ría de la justicia, Rawls también realizó contribuciones importantes a los debates acerca de la obligación de obedecer el derecho, el papel de la religión en el debate público, y los derechos humanos internacionales.

Su trabajo sobre la justicia está basado en la filosofía moral kantiana y las teorías del contrato social de la legitimación política. La filosofía moral kantiana es ejemplificada a través de una fuerte crítica de las teorías utilitaristas de la justicia y la moral.

Su teoría de la justicia, algunas veces denominada “justicia como imparcialidad”, equiparó a la justicia con aquellos principios que la gente elegiría para el gobierno de su sociedad. En vista de que el conocimiento de la gente de sus circunstancias reales (y también de cuáles principios funcionarían para su beneficio y cuáles para su perjuicio) harían que un acuerdo real sobre tales principios fuese improbable, Rawls creó un experimento mental, la “posición original”, en donde personas hipotéticas han sido despojadas de todo conocimiento sobre su situación en la vida, así como de sus puntos de vista acerca del bien. Esta condición fue denominada como el “velo de la ignorancia”. Rawls sostuvo que los requisitos de justicia se pueden determinar al postular cuáles son los principios que serían seleccionados por personas hipotéticas en la posición original.

Rawls concluyó, en la *Teoría de la justicia*, que los sujetos hipotéticos ubicados en una posición original elegirían estos principios: (1) “Cada persona tendrá igual derecho al sistema más extenso de iguales libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos”; y (2) “Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser resarcidas de modo tal que (a) se alcancen los mayores beneficios para los más desvalidos... y (b) ambas estén ligadas a los cargos y posiciones abiertos a todos bajo condiciones justas de igualdad y oportunidad (“principio de diferencia”). El primer principio tendría una prioridad lexicográfica sobre el segundo: esto es, Rawls creía que los sujetos en la posición original no estarían dispuestos a intercambiar iguales prestaciones de libertad a cambio de algún beneficio económico posible.

En publicaciones posteriores (p. ej. *Liberalismo político* (1993)) Rawls modificó y clarificó sus ideas acerca de la justicia —por ejemplo, seña-

lando que la suya era una teoría *política* y no una afirmación metafísica sobre la naturaleza humana (puesto que una lectura metafísica de la *Teoría de la justicia* era bastante común)—.

La teoría de Rawls puede ser asociada a la amplia tradición de la teoría liberal, y el esfuerzo por mostrar cómo tiene que actuar el Estado para ser considerado legítimo. La teoría de Rawls también ha sido descrita como una que muestra lo que los pudientes tienen que hacer para justificar sus ganancias frente a aquellos que poseen mucho menos.

La teoría de Rawls ha recibido numerosas críticas —ejemplos destacados son las del libertario Robert Nozick (1938-2002) y del comunitarista Michael J. Sandel—. Algunos teóricos preocupados por el aspecto económico han sostenido que la posición original está construida sobre asunciones inapropiadas acerca de la posición que las personas hipotéticas asumirían (o deberían asumir) hacia el riesgo. Y algunas críticas feministas han sostenido que la teoría de la justicia de Rawls no presta suficiente atención a la justicia dentro de las familias, y a la importancia de las familias para la justicia social.

Véase consenso traslapado; contrato social; equilibrio reflexivo; justicia; justicia como imparcialidad; Nozick, Robert; posición original; principio maximin; velo de la ignorancia

raza En el pensamiento convencional de muchos países, las personas son categorizadas de acuerdo con la “raza” —agrupamientos generales basados en alguna combinación del color de la piel, otros rasgos físicos, y el país de ascendencia—. Estos agrupamientos frecuentemente tienen implicaciones significativas para el estatus social y el trato jurídico. Es común entre los biólogos, genetistas y teóricos sociales, considerar que las categorías raciales son construidas socialmente casi en su totalidad, con poca o ninguna base biológica/genética.

Un enfoque hacia la naturaleza e implicaciones de las categorías raciales y étnicas es central para la teoría crítica desde el punto de vista racial y perspectivas afines del derecho. Para estos teóricos, el derecho opera fundamentalmente para promover los intereses del grupo

racial dominante (blancos) y para facilitar la subordinación de otros grupos raciales.

Al igual que otros movimientos teóricos fundados en la diferencia, hay tensiones dentro de los escritos de la teoría crítica desde el punto de vista racial, entre aquellos que tratarían al grupo en cuestión definiéndolo con base en alguna “naturaleza” o “esencia” diferente de los grupos mayoritarios. Así, mientras la mayoría de estos teóricos críticos tratan a la raza como una construcción social, algunos también afirman o implican que miembros de grupos raciales minoritarios u oprimidos, debido a la particularidad de su naturaleza o experiencias, tienen diferentes maneras de percibir y de pensar que los miembros de los grupos mayoritarios. La mayoría de los teóricos críticos desde la perspectiva racial adoptan una visión menos radical, arguyendo “meramente” que la experiencia del racismo y la discriminación generalizados que enfrentan los miembros de grupos minoritarios necesariamente determina su experiencia de y dentro de la sociedad (y les proporciona una comprensión de la opresión que los miembros de grupos mayoritarios probablemente nunca experimentarán).

Véase construcción social; discriminación; teoría crítica desde el punto de vista racial

razón pública Es una idea (y un ideal) con una larga historia, que se remonta al menos a Immanuel Kant (1724-1804), pero que fue dotada de una forma moderna más contundente por John Rawls (1921-2002), quien sostuvo que las discusiones relativas al bien de la sociedad deberían estar fundadas en valores políticos, justificables sobre la base del razonamiento o de verdades ampliamente aceptadas o disponibles para todos los ciudadanos. Esto a diferencia de justificar posiciones o políticas sobre la base de doctrinas religiosas o filosóficas que son altamente debatidas, o cuya persuasión está ligada a la inspiración personal o a la revelación divina. En qué medida tales afirmaciones excluyen ciertos argumentos políticos basados en ideas religiosas de que ciertas prácticas (p. ej. la esclavitud, la segregación racial o el aborto) son injustas, es un asunto controvertido. Rawls modificó pos-

teriormente su propia postura sobre esta cuestión, llegando a ser más afín a la idea de los argumentos basados en la religión, cuando menos en algunas circunstancias.

razonabilidad frente a racionalidad *Vease* racionalidad

razonamiento analógico Es una parte integral del razonamiento jurídico, especialmente (aunque de ninguna manera exclusivamente) en el razonamiento del *Common Law*. La estructura básica del razonamiento analógico es que si dos asuntos o situaciones son parecidos en algún aspecto, ellos son (o deberían ser tratados como) parecidos en otros aspectos. De hecho, la derivación es a lo sumo probable (dadas algunas similitudes, otras semejanzas son probables mas no ciertas). El hecho de que el razonamiento analógico es claramente inferior al razonamiento deductivo, y que también podría decirse que es inferior al razonamiento inductivo, ha ocasionado que algunos sean generalmente escépticos respecto del razonamiento jurídico (o judicial). Sin embargo, como lo han señalado algunos autores (por ejemplo Lloyd Weinreb (1936-)), el razonamiento analógico desempeña un papel central en el razonamiento práctico cotidiano, y no hay razón para creer que es menos efectivo o legítimo en el razonamiento jurídico (o judicial).

Dentro del razonamiento analógico en general, y del razonamiento analógico empleado en las resoluciones judiciales en particular, un aspecto clave es cuáles semejanzas y diferencias son relevantes para el problema en cuestión, y cuáles de ellas son irrelevantes. Para muchos propósitos, uno no distinguiría un caso anterior sólo porque ocurrió en un miércoles en vez de un jueves, o porque el acusado tenía el cabello castaño en vez de ser pelirrojo; aunque otras diferencias (p. ej. las acciones del demandante ayudaron a incrementar el riesgo de accidente en un caso pero no en el otro; el acusado era un órgano de gobierno en un caso pero no en el otro) podrían ser moral y jurídicamente relevantes. La manera en que se pueden distinguir las diferencias relevantes de las irrelevantes, y la cuestión relativa a si los jueces tienen

una base “objetiva”, constituyen puntos que siguen siendo ampliamente objetados.

Véase Common Law; razonamiento jurídico

razonamiento jurídico Algunos autores usan este término en un sentido amplio para abarcar todas las formas de análisis realizados por aquellos involucrados en el proceso de aplicar el derecho a los hechos (jueces, y de manera subsidiaria los defensores que tratan de influir en las opiniones judiciales y los teóricos del derecho que evalúan las decisiones judiciales). Otros autores usan el término en un sentido más estricto para referirse a lo que implican los materiales jurídicos. Puesto que los jueces pueden o deberían tomar en cuenta materiales extrajurídicos, tales pensadores distinguirían “lo que el derecho es” o “lo que el derecho exige” de “cómo el juez decidirá/debería decidir este caso”. El razonamiento jurídico, bajo esta interpretación, es un análisis a partir de los materiales jurídicos, entendiendo “materiales jurídicos” en sentido estricto, mientras que el “razonamiento judicial” tendría una referencia distinta o más amplia.

Gran parte del movimiento del realismo jurídico norteamericano formuló críticas en relación con el razonamiento jurídico, tanto para una corrección en la comprensión de las prácticas actuales como para sugerir reformas a dichas prácticas.

Véase Hutcheson, Joseph C.; Levi, Edward H.; razonamiento analógico; realismo jurídico norteamericano; teoría de la coherencia

razonamiento práctico Es el enfoque hacia la ética y la moral que se centra sobre las razones que tenemos a favor y en contra de realizar ciertas acciones y decisiones. A menudo el término se refiere a, o deriva de, la distinción aristotélica entre razonamiento práctico y razonamiento especulativo, en tanto el razonamiento práctico está ligado a una (eventual) acción. En la filosofía del derecho destaca Joseph Raz (1939-), quien analizó normas y “derecho” en términos de razones para la acción (p. ej. *Razón práctica y normas* (1975)). En la filosofía en

general, el razonamiento práctico (razones para la acción) es a menudo contrastado con el razonamiento teórico (razones para creer).

Algunos críticos (p. ej. cuando arguyen que el razonamiento jurídico debería ser entendido simplemente como otra forma de “razonamiento práctico”) emplean el término más vaga o coloquialmente para referirse a algo como el “sentido común”.

razones para la acción Terminología usada por teóricos que analizan cuestiones éticas o instituciones sociales en términos del razonamiento práctico; las “razones para la acción” son contrastadas primordialmente con las “razones para la creencia”. Teóricos tales como Joseph Raz (1939-), que analizan en términos de razones para acciones, han desarrollado una selección de diferentes tipos de razones. La principal distinción es entre razones de primer orden (razones para actuar o no actuar) y razones de segundo orden (razones que afectan el que uno actúe bajo ciertas razones de primer orden). Raz introdujo la idea controvertida de “razones excluyentes”, de que a veces podría haber razones para *no* actuar bajo otras razones (de otra manera válidas). Raz sostuvo que las normas jurídicas (y morales) funcionan como razones excluyentes, en tanto aquellos obligados por estas normas debían excluir la mayoría de las razones que normalmente considerarían al decidir si actúan de un modo determinado.

Véase razonamiento práctico

realismo El término “realismo” puede tener significados muy variados, incluso contradictorios, en los estudios sobre teoría del derecho. El uso más común deriva de la manera en que el término es usado tanto en el habla común como en la literatura y la pintura: “realismo” alude a algo más realista, un retrato menos idealizado del mundo. En este sentido, los movimientos tanto del realismo norteamericano como del realismo escandinavo intentaron eliminar la mistificación y las capas legitimadoras de la retórica en las investigaciones acerca del derecho.

El otro significado de “realismo” proviene del uso filosófico del término, que involucra una afirmación de que los términos de un cierto

tipo de discurso seleccionan una cosa que realmente existe en el mundo. Ya que el término es comúnmente usado en la filosofía para analizar el debate acerca de los términos morales, un realista de este tipo podría creer en la existencia de las “ideas” o las “formas” platónicas que tienen un tipo de existencia diferente al de este mundo, pero siguen siendo los referentes, en este enfoque, de términos como “bien”.

(Incluso dentro de las discusiones filosóficas, el uso de “realista” y “realismo” está en disputa, pues algunos teóricos caracterizan como “realistas” a puntos de vista de áreas del discurso, siempre que se puedan asignar valores de verdad a las proposiciones en el área —aun sin las tesis ontológicas (“platonismo”) acerca de lo que existe en el mundo—).

Véase Platón; realismo jurídico escandinavo; realismo jurídico norteamericano

realismo jurídico escandinavo Un movimiento teórico que, en sentido amplio, fue paralelo tanto en la cronología como en el tono inquisitivo al realismo jurídico norteamericano. Sus principales teóricos incluyen a Axel Hägerstrom (1868-1939), Alf Ross (1899-1979), Karl Olivecrona (1897-1980) y A. V. Lundstedt (1882-1955), siendo Hägerstrom el reconocido líder filosófico o la inspiración para los demás. El paralelo con los realistas jurídicos norteamericanos no debería exagerarse: los realistas jurídicos escandinavos se apoyaron en una posición antimetafísica derivada de los positivistas lógicos, en una manera en que pocos de los realistas jurídicos norteamericanos, si es que alguno, lo hicieron.

Gran parte del trabajo original de los realistas jurídicos escandinavos puede ser resumido como un esfuerzo por traducir conceptos jurídicos en material de ciencias sociales verificables. Conceptos tales como “derecho”, “validez” y “obligación” fueron recharacterizados en términos de la psicología (p. ej. percepciones de la obligatoriedad), o las inclinaciones o propensión hacia ciertas conductas. Los propios conceptos jurídicos fueron descartados como “míticos” o “ficticios”, o bien

estudiados en términos cuasiantropológicos, aludiendo a los poderes “mágicos” que tales términos parecen tener sobre los ciudadanos.

Los realistas jurídicos escandinavos no fueron uniformes en sus opiniones: por ejemplo, Ross no insistió, como otros lo hicieron, en que los términos que sonaran a metafísica debían ser eliminados del vocabulario jurídico; Ross aceptó tales términos (p. ej. “derechos”) como abreviaturas útiles. En cambio, Olivecrona pensó que la obra de Ross sobre derechos no era lo suficientemente escéptica, y no arribaba a la “verdadera naturaleza” de los derechos.

Véase ontología; realismo jurídico norteamericano

realismo jurídico norteamericano Es la manera en que se denomina a un conjunto de autores, principalmente de las décadas de 1930 y 1940, pero con algunas contribuciones importantes antes y después de esos años. Estos autores eran “realistas” en el sentido de que querían que los ciudadanos, abogados y jueces se dieran cuenta de lo que estaba realmente pasando detrás de la jerga y la mistificación del derecho. Entre los principales autores del movimiento figuran Jerome Frank (1884-1957), Karl Llewellyn (1893-1962), Robert L. Hale (1884-1969), Morris R. Cohen (1880-1947), Max Radin (1880-1950), W. Underhill Moore (1879-1949) y Felix S. Cohen (1907-1953).

Algunas veces, Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) es señalado como realista, a pesar de que él vivió y escribió en una época anterior, gracias a que su trabajo fue muy influyente entre los realistas y porque la mayoría de los temas sobre los que están interesados dichos teóricos pueden encontrarse en primera instancia en el trabajo de Holmes. De igual manera, en ocasiones Roscoe Pound (1870-1964) es catalogado como realista, porque sus trabajos iniciales sobre la “jurisprudencia sociológica” influenciaron y anunciaron los puntos de vista realistas, no obstante que él criticó el realismo jurídico norteamericano.

Hay una serie de temas relacionados que une a los realistas. Muchos plantearon cuestionamientos a la manera en la cual los jueces de hecho resuelven los casos, es decir, que estos jueces consideraban que su trabajo era una deducción de premisas simples o conceptos jurídi-

cos básicos, cuando en la realidad sus decisiones se basan en preferencias políticas o predisposiciones. Otros realistas sostuvieron, en un nivel más básico y abstracto, que las normas jurídicas nunca podrían determinar el resultado de casos particulares (o al menos no para la mayoría de los casos difíciles), y que en el mejor de los casos las normas son enunciados abreviados de cómo los jueces han decidido problemas de ese tipo en el pasado, o bien predicciones sobre cómo ellos probablemente resolverán dichos casos en el futuro.

Tales creencias en el “escepticismo ante la regla” o la “indeterminación jurídica” alimentan a su vez una preferencia para decidir los casos con base en la ciencia social, en vez de las predisposiciones ocultas de los jueces. Muchos realistas jurídicos compartieron una fe de que había una ciencia suficientemente objetiva del comportamiento humano que eventualmente dirigiría a un conocimiento objetivo sobre cómo las normas jurídicas pueden ser mejor formuladas en aras de lograr el bien común.

Otro aspecto de la posición realista o escéptica de (muchos) realistas jurídicos era relacionar a los derechos con las indemnizaciones: esto es, enfatizar que la posición de uno respecto de cierta protección jurídica debería estar relacionada con las indemnizaciones legales que se podrían obtener por su violación (este punto de vista fue lo que llevó a algunos estudiosos del derecho contractual norteamericano a cambiar la manera en que ellos enseñaban derecho contractual y la manera en la que escribían textos en el área, comenzando el curso con indemnizaciones en vez de la consideración o la oferta/aceptación).

Algunos de los realistas (p. ej. Robert Hale) ofrecieron análisis que podrían ser vistos como críticas a los fundamentos básicos del sistema económico y político. Para muchos de los realistas, sin embargo, la crítica de la vida jurídica, política y económica estaba más relacionada con el cambio (aunque algunas veces un cambio *sustancial*) dentro del sistema establecido. Así, no fue una sorpresa que muchos de los realistas asumieran puestos de gobierno bajo los programas económicos del presidente Franklin D. Roosevelt, el “Nuevo Trato” (*New Deal*).

El legado del realismo jurídico norteamericano también ha sido un punto de controversia. Hay quienes aseguran que los realistas han prevalecido completamente, ya que sus consideraciones y puntos de vista críticos fueron incorporados al pensamiento jurídico dominante (en algunos círculos, es un cliché decir “ahora todos somos realistas”). Algunos de los autores modernos más críticos, tales como varios adeptos a la corriente del análisis crítico del derecho, sostienen que ellos son los verdaderos herederos del legado realista, ya que se tomaron en serio la mirada crítica de los realistas, a la vez que descartaban otras partes de dicho enfoque, tales como la fe en una ciencia social neutral y objetiva. Una segunda perspectiva sobre los realistas es considerarlos como los antecesores del análisis económico del derecho, en tanto que ellos socavaron la idea de que el derecho se bastaba a sí mismo, y defendieron una “ciencia política” que estudiara las implicaciones de las normas jurídicas alternativas, un papel que el análisis económico del derecho ha asumido (al rechazar la idea de la autonomía y la suficiencia del derecho, los realistas fueron también en cierto sentido los precursores de todos los enfoques interdisciplinarios hacia el derecho). Sin embargo, una tercera visión sobre los realistas consistió en verlos como un tipo de callejón sin salida intelectual, útil sólo por su oposición al formalismo, pero de otro modo sin propuesta alguna de una posición teórica o programa positivo que pudiera ser sometido a un análisis crítico.

Además, la escuela del proceso legal, que por un periodo breve fue bastante influyente a finales de la década de 1950 y principios de la de 1960, fue una respuesta directa al realismo jurídico. El movimiento del proceso legal respondió al argumento realista de que las normas por sí solas no pueden resolver muchas disputas legales difíciles, y que los jueces no son necesariamente expertos en cuanto a los argumentos morales y de política implícitos en muchas disputas, señalando para tal efecto que la profesión jurídica podría exigir alguna pericia en cuestiones de procedimiento —al decidir qué personas o instituciones resolvieron las disputas y de acuerdo con qué proceso (p. ej. la adjudicación frente al arbitraje, y la legislación frente a la reglamentación administrativa)—. Además, los académicos del proceso legal sostuvie-

ron que mientras podría no haber una única respuesta correcta a todas las cuestiones jurídicas, los jueces que entienden debidamente su papel estarían limitados significativamente (p. ej. al seguir lo que un académico del proceso legal llamó “principios neutrales”).

Véase análisis crítico del derecho; autonomía del derecho; Cardozo, Benjamin N.; conceptualismo; Dewey, John; distinción público/privado; escepticismo ante la regla; formalismo; Frank, Jerome N.; funcionalismo; Hale, Robert L.; Holmes, Oliver Wendell Jr.; Hutcheson, Joseph C. Jr.; indeterminación; jurisprudencia sociológica; Llewellyn, Karl N.; pragmatismo; principios neutrales; proceso legal; razonamiento jurídico; realismo jurídico escandinavo; teorías de la adjudicación

realismo metafísico *Véase* realismo

realismo moral El tomar una posición realista respecto de términos morales —utilizando aquí “realismo” en el sentido filosófico (fundado en la naturaleza de las cosas, y no como simple reflejo de las reacciones humanas o convenciones sociales subjetivas) en vez del sentido convencional o artístico de “realismo” (mostrar las cosas como “realmente son”, despojados del sentimiento o de la idealización)—. El realismo moral conlleva una objetividad en el juicio moral, a diferencia de enfoques más relativistas o nihilistas. La relevancia para la teoría del derecho es que, cuando muchas teorías del razonamiento legal y judicial defienden proposiciones jurídicas cuya verdad depende del razonamiento moral, resulta importante conocer algo sobre éste. Por ejemplo, si una teoría de razonamiento legal/judicial incorpora el razonamiento moral, la posibilidad de respuestas *jurídicas* correctas y únicas frecuentemente dependerá de que haya respuestas *morales* que sean correctas y únicas.

Véase moral crítica frente a moral convencional

regímenes perversos Aunque quizá son comunes en la vida real, los regímenes manifiestamente perversos sólo hacen apariciones poco fre-

cuentas en la teoría del derecho, a menudo en cuestiones relativas a la obligación de obedecer las leyes (si una obligación moral alguna vez se extiende o no a las normas promulgadas por regímenes perversos), y sobre los criterios para “derecho” (si las normas de regímenes manifiestamente perversos pueden ser “derecho”, o no logran calificar como tal debido a su iniquidad).

En la revista *Harvard Law Review* de 1958, H. L. A. Hart (1907-1992) y Lon Fuller (1902-1978) debatieron respecto a si las normas en vigor durante la Alemania nazi debían ser llamadas “derecho” o no. Hart argumentó que no se gana nada en razonamiento moral y mucho puede perderse en claridad si se confunde la conclusión “derecho válido pero perverso” con la conclusión “derecho no válido”. La posición de Fuller fue que hubo formas de lineamientos tan deficientes en las formas procedimentales y protecciones de derecho que era apropiado concluir que esos actos de poder y voluntad arbitraria “no eran derecho”.

Otra respuesta a este debate fue formulada posteriormente por Ronald Dworkin (1931-) (“Legal Theory and the Problem of Sense” (1987)): que podemos comprender el punto de las afirmaciones de ambos lados —de que los nazis *tenían derecho*, en el sentido de que sus instituciones y procedimientos eran más o menos similares a las instituciones y procedimientos de nuestros propios sistemas jurídicos; y que los nazis *no tenían derecho*, en el sentido de que no crearon las obligaciones morales que los procesos legales de regímenes más justos normalmente sí crean (Dworkin también sostuvo que los jueces en regímenes manifiestamente perversos pueden tener una obligación moral de mentir respecto de lo que exige la ley)—.

Véase obligación de obedecer el derecho

regla de reconocimiento Dentro de la teoría del derecho de H. L. A. Hart (1907-1992), la regla de reconocimiento, puesta en la mesa de discusión en *El concepto de derecho* (1961), fue una “regla secundaria” (a diferencia de las “reglas primarias”, que aplican directamente a los sujetos, las “reglas secundarias” son aquellas concernientes a la identi-

cación, interpretación y modificación de las “reglas primarias”), las cuales “especificarán algún rasgo o rasgos que al ser poseídos por una regla dada, serán vistas como una indicación afirmativa concluyente de que es una [regla válida dentro del sistema jurídico]”.

Así, la regla de reconocimiento contiene los criterios con los cuales puede determinarse cuáles reglas son parte del sistema jurídico y cuáles no. Es el paso final en la cadena normativa de razonamiento del por qué uno debe (jurídicamente) hacer lo que una regla jurídica particular establece. Como tal, la regla de reconocimiento juega el mismo papel en el sistema de Hart como el que juega la norma fundante (*Grundnorm*) dentro de la teoría del derecho de Hans Kelsen (1881-1973); sin embargo, es fácil exagerar las similitudes, dadas las estructuras y propósitos bastante diferentes de las teorías planteadas por estos dos escritores.

Hart sostuvo (en *El concepto de derecho*) que la “aceptación efectiva” por parte de los oficiales de los criterios de la regla de reconocimiento como criterios de conducta, era una de las dos condiciones “necesarias y suficientes” para la existencia de un sistema jurídico (siendo la otra condición la obediencia general a las reglas válidas de un sistema por los ciudadanos).

En un nivel abstracto, la existencia de una regla de reconocimiento es sólo una indicación de que hay una manera de diferenciar aquellas reglas (normas) que son parte del sistema jurídico, de las que no lo son. En ese nivel, sin embargo, la afirmación de que cada sistema jurídico tiene una regla de reconocimiento está fuera de discusión, y es de muy poco interés. Aun aquellos escritores (tales como Ronald Dworkin (1931-)) que ven una interacción más libre entre el derecho y los criterios extrajurídicos (en particular morales) no abandonan por completo la idea de que uno puede distinguir, en un momento dado, si una norma es o no parte del conjunto actual de normas jurídicas válidas.

Existe cierta controversia dentro de la literatura posterior respecto a si la regla de reconocimiento puede ser considerada como una regla que impone deberes, una regla que confiere poderes, o una combinación de ambas. Además, algunos autores afines al proyecto hartiano,

no obstante, disienten con Hart en cuanto a que cada sistema jurídico deba tener una regla de reconocimiento, o que sólo pueda haber *una* de esas reglas dentro de un sistema jurídico.

Véase aceptación; Hart, H. L. A.; norma fundante; positivismo jurídico

regla o cláusula por omisión La referencia a las reglas o cláusulas “por omisión” tiene su origen en la programación computacional, la cual indica una opción que será usada si el programador o usuario no escoge expresamente una alternativa. El término ha sido empleado con frecuencia en años recientes dentro de los estudios teóricos del derecho, particularmente en relación con los contratos, y primordialmente dentro de los trabajos de autores del análisis económico del derecho. En las leyes (p. ej. el *Uniform Commercial Code* norteamericano) y en los casos judiciales existen ciertos asuntos (p. ej. en cuanto a saber en qué casos hay un deber de cumplimiento, o si el vendedor sería responsable por daños indirectos) en donde las cláusulas van a ser deducidas si el acuerdo es omiso sobre la materia, aunque las partes tienen el derecho de acordar diferentes condiciones (para evitar que se apliquen las cláusulas por omisión). Los teóricos del análisis económico del derecho han debatido ampliamente sobre cuál es el enfoque apropiado para tales reglas por omisión: algunos defienden aquel enfoque con el que estaría de acuerdo la mayoría de las partes sin importar la situación (“omisión mayoritaria”); otros apoyan la cláusula más eficiente (independientemente de que la mayoría esté de acuerdo o no con ella), e incluso unos más afirman que las cláusulas por omisión deberían ser impuestas en situaciones de “información asimétrica” en contra de los intereses de las partes que poseen la mayor información (una “pena por omisión”), obligando a dichas partes a revelar esa información para justificar el hecho de evitar la aplicación de la regla por omisión (argumentándose que tales revelaciones incrementarían la eficiencia o la equidad). La regla *Hadley v. Baxendale*, consistente en que sólo se puede recuperar el nivel de daños regular o previsible, a menos que el comprador informe al vendedor sobre su posibilidad es-

pecialmente alta de pérdida, es frecuentemente descrita como una regla de “pena por omisión”.

Véase análisis económico del derecho; derecho contractual

reglas Una regla es un criterio que pretende guiar la conducta. Algunos autores distinguirían a las reglas de las consideraciones normativas generales por la manera en que aquellos que están sujetos a una regla deben seguirla sin preocuparse por el mérito de la prescripción (lo que a veces es llamado la validez “independiente de contenido” de las reglas, o su fuerza “perentoria” o “excluyente” dentro del razonamiento práctico).

A pesar de que los términos “regla”, “norma”, “principio”, “criterio” y “prescripción” son a menudo empleados indistintamente, algunos teóricos buscan distinguirlos de diversas formas con el objeto de avanzar ideas en relación con la naturaleza del derecho o la naturaleza del razonamiento práctico. En el desarrollo de tales distinciones, las reglas son a veces reducidas a criterios que son concluyentes en caso de ser aplicables, que tienen una formulación canónica o que son relativamente específicos.

Debido a la importancia de las reglas para la mayoría de los sistemas jurídicos, y quizá para todos ellos, surgen en la teoría del derecho diversos estudios sobre la naturaleza de las reglas, y la naturaleza y variedad de las reglas *jurídicas*.

H. L. A. Hart (1907-1992), en *El concepto de derecho*, subrayó la diversidad de las reglas jurídicas, utilizando los ejemplos de la distinción entre reglas primarias y secundarias (las reglas primarias aplican directamente a los ciudadanos, mientras que las secundarias son reglas sobre la creación, modificación, interpretación y aplicación de las reglas primarias), y entre reglas que imponen deberes y reglas que confieren poderes.

Véase normas; principios; reglas, teoría práctica de las; seguir la regla, observaciones sobre

reglas, teoría práctica de las La teoría práctica de las reglas es la denominación que recibió la teoría presentada por H. L. A. Hart (1907-1992), en *El concepto de derecho* (1961), en el curso de sus críticas a la teoría del derecho como mandato de John Austin (1790-1859), y como base para construir un estudio hacia el derecho alternativo.

El análisis de Hart distingue entre reglas y hábitos, en el sentido de que cuando alguna persona (o algún grupo) actuaba con base en una regla, esa misma regla era citada como una razón para realizar esa conducta y como una base para criticar las desviaciones del criterio exigido por la regla.

Al considerarse como una teoría general de las reglas (en lugar de ser simplemente una parte de la crítica a la teoría del mandato de John Austin (1790-1859)), la teoría práctica de las reglas ha sido criticada intensamente por varios teóricos, incluyendo a Joseph Raz (1939-) (en *Razonamiento práctico y normas* (1975)) y Ronald Dworkin (1931-) (en *Los derechos en serio* (1977)). Raz arguyó que la teoría práctica se queda corta al no ser capaz de explicar las reglas que no son prácticas, al no lograr distinguir entre reglas y razones ampliamente aceptadas (p. ej. estrategias ampliamente aceptadas en un juego), y al no explicar completamente el estatus normativo de las reglas (esto es, al concentrarse en la cuestión de si las personas creen que un criterio genera una razón para la acción, pasa por alto que ciertos criterios pueden generar razones para la acción, independientemente de que alguien crea en ellos o no).

En el *Postscriptum* a *El concepto de derecho*, publicado de forma póstuma (1994), Hart concede que muchas de las críticas a su teoría práctica de las reglas estaban justificadas.

Véase aceptación; Hart, H. L. A.; punto de vista interno; reglas

rehabilitación Postura penal cuyo propósito consiste en volver apto al individuo para que sea un participante íntegro dentro de la sociedad civil. Este objetivo frecuentemente es contrastado con los objetivos de la retribución y la disuasión. Al igual que la disuasión, y a diferencia de la retribución, la rehabilitación es una política prospectiva que tie-

ne la finalidad de incidir en la conducta futura en vez de responder a la conducta pasada. Así, la rehabilitación es a menudo considerada como un enfoque “utilitarista” o “consecuencialista” de la pena (aunque podría también ser vista como una meta moral separada de, y frecuentemente en conflicto con, los objetivos de la pena).

Véase incapacitación; pena; persuasión; retribución

reificación Consiste en tratar un concepto o una idea como si fuera una entidad física. Algunos de los realistas jurídicos (p. ej. Felix Cohen (1907-1953)) arguyeron que la forma prevaleciente de razonamiento judicial en la época en que estaban escribiendo (las primeras décadas del siglo XX) una forma de razonamiento a la cual dieron el título peyorativo de “formalismo”, involucraba una gran cantidad de reificación (el mismo Cohen usó el neologismo “cosificación”): tratar a los conceptos creados por los humanos, tales como “contrato” y “debido proceso”, cual si fuesen objetos cuya naturaleza pudiera ser descubierta a través de una investigación abstracta.

renta *Véase* renta económica

renta económica Se refiere a los pagos realizados para obtener el uso de un recurso por encima de lo que sería (o debería ser) necesario pagar para obtener el uso de ese recurso (esto es, su valor en un mercado competitivo o su “coste de oportunidad” —su valor por un usuario diferente—). En principio, un estado de competencia perfecta sería aquel en el que no se obtiene ninguna renta por ningún recurso (natural o humano). Algunas veces las rentas pueden ser equivalentes a las ganancias, aunque no necesariamente, si el siguiente mejor uso de un recurso ya incluye alguna ganancia.

El término es convencionalmente asociado a David Ricardo (1772-1823), aunque Ricardo a su vez atribuyó el concepto a Thomas Robert Malthus (1766-1834).

Véase captura de rentas; cuasirrenta

republicanismo Véase republicanismo cívico

republicanismo cívico Conocido algunas veces simplemente como “republicanismo” (pero no relacionado con el partido político “republicano” estadounidense), este enfoque hacia la vida social y la teoría política valora la virtud cívica, es decir, la participación ciudadana en la vida pública y política de la comunidad. Bajo esta perspectiva, es también un deber del gobierno promover la virtud cívica entre sus ciudadanos. La relevancia de tales ideas en el derecho y la teoría jurídica tiende a ser indirecta: algunos autores han atribuido ideas de republicanismo cívico a los constituyentes de la Constitución de Estados Unidos, y han sugerido que dicho documento, por lo tanto, debería ser interpretado de tal manera que se reflejen esos valores; otros autores han sugerido que la legislación y la toma de decisión judicial deberían reflejar estos valores, sin importar su lugar en la historia del país en particular.

Gran parte del estudio sobre el republicanismo cívico en décadas recientes proviene del libro de J. G. A. Pocock, *El momento maquiavélico: el pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica* (1975). Los autores que simpatizan con este enfoque esbozan la tradición republicana de distintas maneras, destacando a pensadores como Aristóteles, Maquiavelo (1469-1527) y Montesquieu (1689-1755), entre otros.

Se podría señalar la oposición que hay entre las ideas del republicanismo cívico, las cuales dependen de una noción fuerte del “bien público”, y enfoques como el de la teoría de la elección pública, la cual, en algunas versiones, es escéptica con respecto al “bien común”, ya sea como concepto viable o como algo que puede ser obtenido, a causa de las debilidades humanas.

responsabilidad Gran parte del derecho, en especial el derecho penal y el de responsabilidad civil (derecho de accidentes), recae en problemas de responsabilidad moral por una acción. La dificultad es que lo anterior invita a los abogados y juristas a participar en debates filosóficos que pueden ser inextricables, más allá de la habilidad de los actores jurídicos, y difíciles de aplicar en la práctica diaria del derecho. No

obstante, se hace un esfuerzo por abordar problemas importantes de responsabilidad moral debido a la grave injusticia de tener un sistema que imponga responsabilidades penales o civiles considerables sin tomar en cuenta estos temas.

Entre los puntos más frecuentes de discusión están la defensa basada en la demencia, el requisito de *mens rea* (intencionalidad) en el derecho penal y la imposición de la responsabilidad estricta en el derecho de la responsabilidad civil.

Existe la opinión general de que la imposición de responsabilidad, ya sea penal o civil, debería estar ligada con circunstancias en donde la persona “podría haber actuado de otra forma”. Sin embargo, el hecho de centrarse en esa cuestión conduce al problema del libre albedrío frente al determinismo (“¿en qué sentido podríamos haber actuado de otra manera a como lo hicimos?”), un debate sumamente problemático dentro de la metafísica.

Véase fortuna moral; pena; responsabilidad civil

responsabilidad civil La responsabilidad civil, más generalmente referida como el derecho de accidentes (incluyendo la compensación de trabajadores, seguro “sin culpa”, y otros programas), engendra una variedad de cuestiones morales y políticas, p. ej. respecto de cuáles son las responsabilidades que las personas tienen hacia los otros, y quién debería ser responsable por los percances y daños que hubiesen ocurrido.

Un tema típico dentro de las discusiones recientes sobre los fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil consiste en determinar si esta área del derecho se puede explicar o justificar de mejor manera (la explicación y la justificación son proyectos de alguna manera diferentes, si bien coinciden en algunos puntos) en términos de la justicia correctiva o en términos de una eficiencia económica. El argumento entre el análisis económico y la justicia correctiva algunas veces suscita un debate distinto: si acaso la responsabilidad civil consiste primordialmente, o debería consistir, en asignar responsabilidades y culpas o en crear incentivos adecuados para la acción (donde el conjunto “ópti-

mo” de incentivos no siempre coincidirá con un punto de vista moral sobre quién es el culpable).

Otros problemas filosóficos relacionados con la responsabilidad civil son: si la exposición al riesgo debería ser suficiente, por sí sola, para atribuir responsabilidad; cuándo o en qué casos la responsabilidad estricta, y no la negligencia, es el criterio apropiado para atribuir responsabilidad, y si acaso los criterios de cuidado deberían ser analizados en términos de un criterio objetivo o subjetivo.

Véase análisis económico del derecho; causalidad; justicia correctiva; responsabilidad

retribución Es un aspecto de la justicia que exige la devolución de daño por daño. Al ponderar el castigo, los teóricos retribucionistas apoyan aquel que “se ajuste al crimen”. La retribución a menudo es asociada con el término latino *lex talionis* (“la ley del talión”) y el mandato bíblico (*Éxodo* 21:23-5) de que el castigo debe ser “ojo por ojo”.

Immanuel Kant (1724-1804) defendió enfáticamente un enfoque retributivo de la pena (por ejemplo en *La metafísica de las costumbres* (1797)), sosteniendo que cualquier otro enfoque se alejaría de lo que la justicia exige, y trataría a los criminales con falta de respeto (al usarlos como “medios para un fin” en vez de “fines en sí mismos”).

Un problema con las teorías retribucionistas de la pena estriba en que son difíciles de convertir en sistemas funcionales de imposición de penas. Mientras las penas deberían ser “proporcionales” a la culpabilidad del acto (o a la culpabilidad del autor), ¿cómo debe medirse dicha culpabilidad a lo largo de muy distintos tipos de delitos? Otros objetivos alternativos para la pena incluirían la disuasión, la rehabilitación, la incapacitación, la expresión y el oprobio.

Véase derecho penal; disuasión; incapacitación; justicia; Kant, Immanuel; pena; rehabilitación

riesgo moral Término del análisis económico que históricamente se limitaba al estudio de las disposiciones de pólizas de seguros —en cuan-

to al hecho de que una cobertura de seguro podría aumentar la probabilidad de un accidente, ya que el asegurado tiene menos incentivos para tomar precauciones—. En el uso moderno, la expresión se aplica generalmente a cualquier situación en donde un actor que maximiza su propia utilidad puede causar un daño a los intereses de otros, pero el actor no responde por los costos. Por ejemplo, los directivos de una corporación a menudo son responsables de los fondos de otras personas, sin cargar con una responsabilidad total en caso de que manejaran dichos fondos de manera negligente.

Muchas veces los riesgos morales son analizados en términos de altos costos de monitoreo (p. ej. la dificultad o el gasto que recae sobre las compañías de seguros para vigilar el nivel de cuidado de la persona cubierta por la póliza de seguros, o lo que implica para los accionistas monitorear las acciones de un ejecutivo de la corporación) o en términos de asimetrías de información (el hecho de que los titulares de una póliza de seguros y los ejecutivos de la corporación tengan información sobre sus planes y tendencias que las otras partes no tienen).

En ocasiones, los problemas del riesgo moral pueden ser superados por medio de contratos o normas jurídicas más comprehensivos que tengan éxito para atribuir (“internalizar”) al actor todos los costos de una acción negligente.

Véase problema agente-principal

Ross, Alf *Véase* realismo jurídico escandinavo

Rousseau, Jean-Jacques Filósofo francés (1712-1778) cuyo trabajo sobre filosofía política y moral y teoría educacional lo convirtió en una figura prominente del movimiento ilustrado y en un precursor de la crítica (romántica) de la Ilustración. Su mayor importancia para la filosofía política y la teoría del derecho es posiblemente la obra *El contrato social* (1762), en la cual presentó un argumento a favor de la legitimación política en la tradición del contrato social (y contenía la frase memorable “El hombre nace libre, y por dondequiera está encadenado”). La tradición del contrato social aduce que el gobierno sólo pue-

de estar legítimamente fundado sobre un acuerdo histórico y continuo entre ciudadanos libres. En *El contrato social*, Rousseau también crea un concepto metafórico de un autogobierno colectivo, “la voluntad general”. Sin embargo, algunos autores han encontrado dentro de la idea de “voluntad general” una voluntad del “organismo social” potencialmente abstraída de las elecciones de los individuos reales, la justificación potencial de los regímenes tiránicos y totalitarios.

Véase contrato social

S

Sacks, Albert M. Albert M. Sacks (1920-1991) fue el coautor, junto a Henry Hart (1904-1969), del manual *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (ed. tentativa 1958), el texto central de la escuela del proceso legal. Durante mucho tiempo Sacks fue miembro de la Facultad de Derecho de Harvard, y director de la misma de 1971 a 1981.

Véase Hart, Henry M. Jr.; proceso legal

satisfaciente Término del análisis económico derivado de las investigaciones sobre la racionalidad limitada, y que es usualmente asociado con el trabajo de Herbert A. Simon (1916-2001), el cual introdujo esta palabra en su artículo “Rational Choice and the Structure of the Environment” (*Psychological Review* (1956)). Mientras la corriente económica neoclásica asume que los individuos buscan maximizar la satisfacción de sus preferencias, algunos teóricos subrayan que en las situaciones del mundo real las decisiones son tomadas a menudo en un contexto de tiempo y conocimiento limitados, de modo que los individuos buscan no tanto maximizar (u optimizar), sino más bien encontrar una alternativa que sería al menos *satisfactoria* en uno o más criterios; esto es, “satisfaciente”.

Véase racionalidad limitada

Savigny, Friedrich Carl von Filósofo alemán del derecho (1779-1861) que generalmente se considera el fundador de la escuela de la jurisprudencia histórica. Su enfoque, fuertemente influenciado por escritores del romanticismo alemán, enfatizó la medida en que el derecho, al igual que el lenguaje, expresa la cultura, el “espíritu”, las costumbres y la historia de una comunidad. Entre sus publicaciones figuran *History of Roman Law in the Middle Ages* (1815-1831) y *Sistema del derecho romano moderno* (1840-1849). El enfoque de Savigny influyó a muchos teóricos posteriores, incluyendo al filósofo inglés del derecho sir Henry Maine (1822-1888).

El enfoque histórico que Savigny aplicó al derecho fue a veces utilizado (incluso por el propio Savigny) como una justificación para oponerse a la codificación. En un nivel teórico, este enfoque contrasta claramente tanto con la teoría del derecho natural (que tiende a la opinión de que un solo conjunto de leyes sería apropiado para todas las personas en todas las épocas) como con el positivismo jurídico (que se concentra más en las leyes conscientemente elegidas por el soberano u otros oficiales, en lugar de las reglas consuetudinarias que se desarrollan por sí solas).

La importancia de Savigny también se debe a una explicación inicial de la teoría de la voluntad de los derechos.

Véase jurisprudencia histórica; Maine, Henry; teoría de la voluntad (de los derechos)

Schmitt, Carl Teórico político alemán (1888-1985) que ha sido altamente influyente en gran parte de Europa, aunque ampliamente ignorado en Estados Unidos e Inglaterra. Sus importantes esfuerzos por apoyar el régimen nazi, su antisemitismo virulento y su indisposición para arrepentirse de ello con posterioridad, han convertido al trabajo de Schmitt en repugnante para muchos. Los escritos políticos de Schmitt muestran una posición hobbesiana de la política, en términos de una pelea y de cómo tratar con “el enemigo”. Esta perspectiva de la política, y de la naturaleza humana, condujo a una crítica del libe-

ralismo político, atacándolo como un enfoque hacia el gobierno que contradice nuestra naturaleza combativa y la inevitable enemistad de las personas.

seguir la regla, observaciones sobre Es el nombre de un argumento derivado de las secciones centrales (en general, los §§ 143-242, pero particularmente los §§ 185-242) de la obra *Investigaciones filosóficas* (3a. ed., 1958) de Ludwig Wittgenstein (1889-1951). La correcta interpretación de la posición de Wittgenstein es controvertida, pero algunas pequeñas cuestiones parecen ser relativamente claras: (1) Wittgenstein habla de “reglas” en sentido amplio para abarcar la mayor parte de actividades guiadas (la mayoría de sus ejemplos proviene de las series numéricas —p. ej. 2, 4, 6, 8...— y del uso de las palabras), y (2) Wittgenstein rechazó cierto tipo de explicaciones tradicionales sobre cómo es que somos guiados —p. ej. el realismo metafísico o las ideas en nuestras cabezas—. Pocos autores —Saul Kripke (1940-), el más destacado entre ellos (*Wittgenstein on Rules and Private Language* (1982))— han interpretado a Wittgenstein como si propusiera una conclusión escéptica sobre la manera de seguir la regla, pero la mayoría de los autores rechaza esa lectura.

La relevancia de las observaciones sobre seguir la regla para la teoría del derecho es lo que esta línea de argumento podría decirnos acerca de la posibilidad de respuestas correctas, y de respuestas correctas *objetivas*, para la interpretación y aplicación de normas jurídicas. El creciente consenso parece consistir en que las observaciones de Wittgenstein sobre seguir la regla no ofrecen ninguna explicación especial o adicional para los debates sobre la interpretación jurídica, más allá de, quizá, una base para cuestionar los enfoques no convencionales de la interpretación jurídica fundados en teorías filosóficas del significado opuestas. Aquellos que apoyan la relevancia de las observaciones sobre seguir la regla a menudo emplean la lectura escéptica de Kripke sobre Wittgenstein como una base ya sea para sostener la indeterminación jurídica generalizada, o bien para resaltar la importancia del acuerdo político o cultural entre los intérpretes jurídicos co-

mo el fundamento para la determinación o la predictibilidad en el derecho.

Véase reglas; Wittgenstein, Ludwig

semántica El estudio del significado de las palabras y, de manera más general, de la conexión entre las palabras y los objetos del mundo que designan tales palabras. La relevancia para la teoría del derecho radica en que los tópicos de la semántica algunas veces aparecen en discusiones relacionadas con los enfoques adecuados para el razonamiento judicial y la interpretación legal, y en debates acerca de la objetividad en el derecho y la determinación jurídica.

semiótica En la teoría literaria contemporánea, la semiótica es un estudio general de los sistemas de signos y símbolos, basados generalmente en los trabajos de Charles S. Peirce (1834-1914), Ferdinand de Saussure (1857-1913) y A. J. Greimas (1917-1992); las teorías semióticas tienden a derivar de, o estar conectadas con, los enfoques estructuralistas sobre el entendimiento de las culturas y las prácticas. Se han hecho esfuerzos esporádicos por aplicar la semiótica al derecho; sus más prominentes defensores son Roberta Kevelson (1931-1998) y Bernard S. Jackson.

Véase estructuralismo

separación entre derecho y moral *Véase* tesis de la separabilidad

ser/deber ser *Véase* Hume, David

situación ideal de habla Un concepto relacionado con el trabajo del filósofo alemán Jürgen Habermas (1929-) y su “teoría de la acción comunicativa”, de acuerdo con el cual los valores, la moral y las estructuras de gobierno deben ser desarrolladas a través de un debate y deliberación públicos, libres y sin coerción.

Véase racionalidad comunicativa, teoría de la

Smith, Adam Economista y filósofo escocés (1723-1790) mejor conocido por su obra *Investigación de la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones* (1776), la cual es considerada como el texto fundacional de la economía moderna. Sus argumentos a favor de los beneficios de un libre mercado, y en contra de la regulación gubernamental, para la promoción del bien común, resuenan fuertemente en el movimiento del análisis económico del derecho. Su libro de filosofía moral, *Teoría de los sentimientos morales* (1759), presenta una teoría de la moral fundada en la simpatía. Este aspecto de la obra de Smith ha influido a los filósofos del derecho que construyen su perspectiva de las normas sociales de una manera bastante diferente a la de los teóricos más influenciados por la *Riqueza de las naciones*.

La famosa metáfora de Smith de “la mano invisible” (aunque sólo se menciona expresamente en dos ocasiones en sus obras, una en *La riqueza de las naciones* y otra en *Teoría de los sentimientos morales*) sintetizó la opinión de que la sociedad se beneficia de las consecuencias involuntarias de las acciones que miran por el interés propio. La idea de que las acciones normalmente consideradas como vicios privados podrían funcionar para el beneficio público puede remontarse cuando menos hasta Bernard Mandeville (1670-1733), en su obra *La fábula de las abejas: o, los vicios privados, hacen la prosperidad pública* (1714).

Véase análisis económico del derecho; normas sociales

soberano Tanto en el lenguaje convencional como en gran parte de la teoría política y jurídica, el soberano es simplemente la cabeza del Estado. El término ha sido usado en un sentido más restrictivo en algunas teorías políticas y jurídicas. El concepto de soberano, entendido en sentido estricto como alguien que es obedecido pero que no obedece a nadie más (y no está limitado por ninguna ley —al menos no por una ley que no tenga un origen divino—), es central para la teoría del derecho de John Austin (1790-1859). Para Austin, el derecho consistía básicamente en los mandatos (órdenes respaldadas por amenazas) de un soberano.

La noción de soberano de Austin parece derivar de la de Thomas Hobbes (1588-1679), quien escribió acerca de un contrato social bajo el cual los ciudadanos, más interesados en su seguridad personal que en cualquier otra cosa, acordaban crear un soberano con un poder absoluto para evitar el destino fatídico de un estado de naturaleza.

Véase Austin, John; Bodin, Jean; Hobbes, Thomas

sociobiología *Véase* psicología evolucionista

sociología del derecho *Véase* derecho y sociedad

Stammler, Rudolf Rudolf Stammler (1856-1938) fue un filósofo alemán del derecho muy importante que se esforzó por crear una teoría del derecho dentro de la estructura de la filosofía kantiana. Paralelamente a las categorías pre-experienciales de Immanuel Kant, a través de las cuales se dice que uno percibe, Stammler intentó determinar qué categorías o “formas puras” había para el derecho. La exploración neokantiana de lo que es común para todos los sistemas jurídicos puede ser considerado como algo similar a las investigaciones realizadas por la teoría tradicional del derecho natural, si bien conserva sus diferencias. Para Stammler, las acciones y los propósitos potencialmente conflictivos de una “comunidad de hombres libres” encontrarían la armonía en una sociedad cuya estructura haya sido establecida por derecho justo. El trabajo más influyente de Stammler es probablemente *Lehre von dem richtigen Rechte* (1902), publicado en inglés como *The Theory of Justice* (1925).

Véase Kant, Immanuel; teoría del derecho natural

stare decisis Esta expresión (que se cree deriva de la máxima latina *stare decisis et non quieta movere* —“manténgase lo que ha sido decidido y no se perturbe la calma”) es el término abreviado para el tratamiento que se da al precedente en el *Common Law* dentro de la toma de decisión judicial, aunque la referencia de la expresión, como la práctica que le subyace, probablemente varía de una jurisdicción del *Common*

Law a otra (y quizá también en una sola jurisdicción con el curso del tiempo).

Los tribunales están vinculados por decisiones autoritativas previas, pero los límites sobre cuándo y cómo los casos previos vinculan a los jueces, deja espacio para aquella flexibilidad por la cual la toma de decisiones judiciales del *Common Law* es bien conocida. Los tribunales están limitados por las decisiones de instancias superiores en jerarquía, y, en algunas ocasiones, por las decisiones de tribunales en el mismo nivel. Además, los tribunales están limitados sólo por un aspecto específico de la decisión previa (usualmente alguna combinación del resultado y una caracterización limitada de la regla o argumento que subyace a dicho resultado). Los estudios de este aspecto del *stare decisis* a menudo emplean los términos *ratio decidendi* (el principio de decisión que debe seguirse por los tribunales vinculados por el caso) y *obiter dictum* (“algo dicho de paso” —cuestiones no centrales para la decisión del caso, que los tribunales que están vinculados por el caso no necesitan seguir—).

Véase *Common Law*; precedente

Stephen, James Fitzjames Sir James Fitzjames Stephen, primer *Baronet* (1829-1894), es mejor conocido por sus esfuerzos para explicar y reformar el derecho penal inglés —en obras como *General View of the Criminal Law of England* (1863) y *History of the Criminal Law of England* (1883)—. En la filosofía del derecho, Stephen es probablemente más conocido por *Liberty, Equality, Fraternity* (1873), su réplica a *Sobre la libertad* (1859) de John Stuart Mill (1806-1873).

Stephen rechazó la noción de Mill de que el Estado no debería ocuparse de promover la moral; y también rechazó la noción de que la libertad, como tal, fuera valiosa sin considerar la manera en que fuera usada. Al mismo tiempo, sin embargo, Stephen se mostraba cauteloso o titubeante con respecto a la mayoría de los tipos de promulgaciones que las personas tenían en mente cuando hablaban de “legislar la moral”. Stephen creía que la privacidad necesitaba ser respetada, que la fuerza del derecho penal no debería ser utilizada a la ligera, que el pe-

ligro de equivocarse siempre se debe tener en mente y que resultaba poco sensato utilizar el arma del derecho penal en contra de los fuertes deseos humanos (como ocurre con las normas jurídicas que exigen la castidad), especialmente cuando es claro que ninguna otra persona está siendo dañada.

Stephen señaló inconsistencias en el argumento general de Mill, en tanto que el “principio del daño” de Mill parecía estar en contra de *cualquier prisión* que fuera ejercida sobre las acciones que no dañan a otras personas, sin embargo la propia posición de Mill sólo parece excluir el uso de *sanciones penales*; Mill no parece objetar el uso de la *prisión social* para tratar de generar una conducta más virtuosa o, cuando menos, no tan viciosa.

Véase Devlin, Patrick; Mill, John Stuart; moral, imposición jurídica de la; perfeccionismo; principio del daño

Suárez, Francisco Destacado filósofo español (1548-1617) que escribió sobre una variedad de tópicos. Dentro de la filosofía del derecho, su importancia fue la de ser un innovador de la tradición tomista del derecho natural. Suárez adoptó una posición que ofrecía un compromiso entre un enfoque basado puramente en la voluntad (“voluntarismo”) y uno basado en la razón. Para Suárez, las acciones son intrínsecamente buenas o malas, pero sólo estamos obligados a perseguir el bien porque Dios así nos lo ordena. La interpretación del derecho natural de Suárez influyó fuertemente en teóricos posteriores, en especial Hugo Grocio (1583-1645).

Véase Grocio, Hugo; teoría del derecho natural; voluntarismo

subjetivo Dentro de la doctrina jurídica, lo “(puramente) subjetivo”, entendido como la percepción idiosincrásica de determinados individuos, frecuentemente se contrasta con el criterio “objetivo” o de una “persona razonable” establecidos en muchos criterios jurídicos. De igual modo, la subjetividad en la teoría del derecho a menudo es plan-

teada *sólo como* parte de un análisis (o crítica) de la idea de la objetividad en el derecho.

En algunas teorías jurídicas o políticas, lo subjetivo es equiparado con los “valores”, respecto de los cuales se considera que difieren significativamente de persona en persona, y que no están sujetos a demostración (incluso si uno cree que existe un único sistema correcto de moral o de valores).

Véase objetividad

T

teleología Es el estudio de las cosas de acuerdo con las finalidades o metas hacia las cuales se dirigen esos objetos. Las explicaciones teleológicas son sobresalientes en el trabajo de Aristóteles y muy comunes en las perspectivas religiosas y metafísicas sobre el mundo, pero raras dentro de la filosofía secular contemporánea. La relevancia de este concepto para la filosofía del derecho es que las explicaciones teleológicas son posiblemente muy familiares para los diversos enfoques sobre la moral y el derecho que se etiquetan bajo el nombre de “teoría del derecho natural”. Algunos teóricos del derecho natural construyen sistemas morales a partir de la naturaleza humana, los cuales algunas veces son enunciados en términos del ideal que los seres humanos naturalmente tienden a alcanzar. Otras teorías del derecho natural sostienen que el derecho se puede entender de mejor manera si se piensa en términos del ideal político o moral (justicia o alguna otra noción relacionada) que los sistemas jurídicos (o las personas que lo crean o lo mantienen) pretenden alcanzar.

Véase teoría del derecho natural

teorema de Arrow También conocido como “paradoja de Arrow” o “teoría de la imposibilidad”, es un principio fundamental de la teoría de la elección social que demuestra que regularmente no existen mecanismos racionales para sumar preferencias individuales y obtener como resultado una elección social. Más técnicamente, se puede de-

mostrar que, para una determinada elección entre tres o más opciones, hay cinco condiciones, aparentemente razonables e intuitivas, que no pueden ser cumplidas simultáneamente en muchas situaciones: (1) racionalidad mínima (transitividad) —si la sociedad prefiere el resultado A frente al resultado B, y el resultado B frente al C, entonces la sociedad prefiere A frente a C—; (2) óptimo de Pareto —si al menos una persona prefiere A frente a B, y cualquiera otra está de acuerdo con ello o le es indiferente, entonces la sociedad prefiere A frente a B—; (3) ausencia de dictadura —las preferencias de la sociedad no deben ser identificadas sencillamente con las preferencias de una sola persona—; (4) la independencia de las alternativas irrelevantes —si la opción C no está siendo considerada, entonces que se prefiera A frente a B no debería depender de cómo alguna de ellas quedaría frente a C—, y (5) dominio irrestricto —que no haya restricciones en cuanto a la manera en que los votantes pueden jerarquizar individualmente las opciones disponibles—.

A pesar de que la prueba es relativamente complicada, los ejemplos son comunes. Considérese tres votantes: el votante 1 prefiere A frente a B y B frente a C; el votante 2 prefiere B frente a C y C frente a A; el votante 3, por último, prefiere C frente a A y A frente a B. Entre estos tres votantes, una mayoría preferiría A frente a B, aunque *también* hay una mayoría de B frente a C, *así como* una de C frente a A. Colectivamente, la transitividad no funciona (esto es, aunque el grupo colectivamente prefiera A frente a B y B frente a C, *no* prefiere sin embargo A frente a C) y se pueden dar resultados incongruentes dependiendo del orden en el cual las alternativas son jerarquizadas por los votantes.

Este teorema puede ser considerado como una generalización o una mejora de la paradoja de votación de Condorcet, la cual fuera publicada doscientos años atrás, aunque en ese entonces no adquirió mucha notoriedad.

El teorema de Arrow ha reconfigurado algunos aspectos de la teoría política y de la economía debido a sus implicaciones tanto para la predicción de lo que los funcionarios harán como para la economía de bienestar —al discutir lo que *debería* hacerse, en términos de maximizar el bienestar, según las preferencias de las personas—. El teore-

ma suscita algunas cuestiones con respecto a si se puede o no hablar fructíferamente en términos de una versión social o colectiva, o una agregación, de curvas individuales de utilidad o funciones de preferencia.

Véase paradoja de votación de Condorcet; teoría de la elección pública; teoría de la elección social

teorema de Coase El término se refiere a una parte del argumento presentado en el artículo de Ronald Coase (1910-) “The Problem of Social Cost”, el cual, a decir de muchos, fue esencial para el movimiento contemporáneo del análisis económico del derecho. Coase cuestionaba la justificación de la economía de bienestar para la regulación estatal (el objetivo particular de Coase era la obra *La economía del bienestar* (4a. ed., 1932) de Arthur Cecil Pigou). Algunos economistas han sostenido que los negocios que imponen costes a terceras partes (“externalidades”), a través de la contaminación u otras molestias, deberían ser obligadas a “internalizar sus externalidades”, ya sea a través de una responsabilidad civil o una sanción estatal, ya que de otra manera estarían recibiendo una especie de subsidio que conduciría a una distribución ineficiente de bienes y servicios. Coase argumentó que esta perspectiva estaba basada en una serie de malentendidos. Lo que hoy se conoce como el teorema de Coase es, de hecho, un paso intermedio en el análisis del artículo: que en un mundo sin coste de transacción la distribución de los derechos legales (p. ej. contaminar o prevenir la contaminación) no importaría, puesto que la parte que valorara más ese derecho siempre podría comprárselo a la parte que lo valorara menos, en caso de que la parte que lo valorara más no lo tuviera en un inicio.

De ese modo, si las vías del ferrocarril generan chispas que pueden dañar los sembradíos aledaños, el análisis convencional revelaría que el monto del daño causado dependería de si la compañía ferroviaria tenía derecho a causar chispas con impunidad, o bien de si los granjeros tenían el derecho a solicitar la suspensión de esa actividad, o al menos a obtener una compensación por el daño ocasionado. Coase

señaló que la distribución inicial de derechos no es el objetivo apropiado, ya que a pesar de que la ley lleva a cabo una distribución inicial de derechos, tales derechos pueden y serán redistribuidos a través de transacciones voluntarias (“de mercado”) hasta que los derechos terminen en manos de las partes que los valoran más. Por ejemplo, si los granjeros comienzan con el derecho a una indemnización debido a los daños causados por las chispas, pero el derecho a causar chispas es más valioso para la compañía ferroviaria que el derecho a no ser dañado para los granjeros, la compañía deberá pagar a los granjeros por ese derecho.

Una conclusión posterior del mismo análisis en el artículo de Coase es que en el mundo real, en donde *existe* un coste de transacción predominante, la distribución inicial de derechos legales *sí* importa, ya que el alto coste de transacción puede impedir que la parte que valora más un derecho se lo compre a la parte que lo valora menos.

La lección que obtuvieron los teóricos del análisis económico del derecho a partir de Coase fue que, con frecuencia, gran parte del derecho resultaba ser irrelevante para el análisis, en cuanto a lo que concierne a la eficiencia, dado que las partes podían contratar al margen del régimen jurídico existente. Otra conclusión que han sacado algunos autores, un tanto diferente, es que los legisladores deberían ocuparse de reducir los costes de transacción siempre que sea posible. Muchos de los trabajos posteriores en el análisis económico del derecho han centrado su estudio relativo a las normas jurídicas (alternativas) sobre la consideración del efecto que éstas tienen o tendrían sobre el coste de transacción.

Véase análisis económico del derecho; causalidad; coste de transacción; externalidades; falla de mercado

teorema del jurado de Condorcet Teoría sustentada por Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, el Marqués de Condorcet (1743-1794), la cual afirma que si cada votante de un jurado en lo individual tiene más del 50% de probabilidad de estar en lo correcto, entonces a mayor número de votantes mayor oportunidad de que la decisión colecti-

va (de la mayoría) sea correcta. Este teorema tiene implicaciones no sólo para los jurados, sino también para la teoría democrática. El reconocimiento total de la importancia de este argumento no se dio sino hasta después de más de 150 años de que fue publicado, pero se ha convertido en parte central para las discusiones dentro de la teoría de la elección social.

Véase teoría de la elección pública; teoría de la elección social

teoría coherentista En la filosofía, algunos autores han defendido las teorías de la verdad por coherencia (en oposición a las teorías de la verdad por correspondencia). Las teorías coherentistas ponen a prueba las proposiciones al contrastarlas con otras proposiciones ya aceptadas, en vez de contrastarlas con axiomas fundamentales. En la teoría del derecho, las teorías coherentistas desempeñan un papel en algunos tópicos, como en la naturaleza de la “verdad” de las proposiciones jurídicas y en el trabajo de Ronald Dworkin (1931-). El enfoque interpretativo del derecho presentado por Dworkin no es, estrictamente hablando, una teoría coherentista del derecho, aunque algunos aspectos de su teoría parecen aproximarse a una posición coherentista. En el enfoque interpretativo de Dworkin en relación con el derecho (p. ej. *El imperio de la justicia* (1986)), la determinación de lo que el derecho es (qué es lo que el derecho exige en cierto tema) está determinado por la interpretación constructiva de las acciones de los oficiales en el pasado. El “ajuste” de una proposición jurídica con respecto a otras acciones de los oficiales en el pasado desempeña un papel para determinar si la proposición jurídica en cuestión es verdadera o no, aunque el “ajuste” por sí solo no es concluyente. Además, en el argumento sobre la “integridad” (en el mismo texto) Dworkin subraya la importancia de la comunidad “que habla con una sola voz” a través sus leyes.

Actualmente los autores debaten acerca de si una comprensión apropiada del razonamiento jurídico, la interpretación jurídica y el razonamiento del *Common Law*, requiere hacer referencia a las teorías coherentistas. Los que ven un papel de la teoría coherentista casi

siempre conciben al razonamiento jurídico (especialmente el razonamiento del *Common Law*) como un esfuerzo permanente del derecho por “purificarse” —para crear una explicación y una justificación cada vez más clara, más consistente y quizá moralmente más atractiva del conjunto de normas jurídicas existentes—.

Un problema con los argumentos coherentistas (en cuanto a la naturaleza de la verdad, la naturaleza del derecho, el razonamiento jurídico o la interpretación jurídica) es que no existe un acuerdo en la manera de entender “coherencia”. Hay un sentido intuitivo de que es algo más fuerte (o más “fundado”) que la mera consistencia, pero ese “algo más” ha sido, notoriamente, difícil de explicar.

Véase ajuste; *Common Law*; integridad; interpretación constructiva; precedente; razonamiento jurídico; teoría de la verdad por correspondencia

teoría constitucional Es el campo teórico concerniente a la adecuada interpretación y aplicación de la(s) ley(es) fundamental(es) de un país. En los Estados Unidos, debido a la fuerte doctrina del *judicial review* (la capacidad que tienen los tribunales para invalidar leyes, que hasta ese momento son válidas, con base en los conflictos suscitados entre dichas leyes y las disposiciones constitucionales) y a la tendencia de la mayoría de las cuestiones políticas de convertirse eventualmente en disputas constitucionales, el derecho constitucional es de cardinal importancia —y, por ende, también lo es la teoría constitucional—. Si bien normalmente las teorías constitucionales se basan en el texto y en los antecedentes de la redacción de las leyes particulares fundamentales y en la cultura e historia jurídica del país, tales teorías tocan regularmente cuestiones teóricas más generales (p. ej. principios básicos de interpretación y la adecuada comprensión de principios morales mencionados en la Constitución). Muchas de las cuestiones importantes dentro de la teoría constitucional son de teoría política aplicada: por ejemplo, la adecuada relación entre las diferentes ramas de gobierno, qué limitaciones debería haber sobre la regla mayoritaria, qué dere-

chos (si es que alguno) deberían ser protegidos por las disposiciones constitucionales, y así sucesivamente.

Véase adjudicación, teorías de la; dificultad contramayoritaria; Ely, John Hart

teoría crítica desde el punto de vista racial Es un enfoque crítico hacia el derecho y a la sociedad que se centra en la desigualdad de trato que reciben distintos grupos raciales y étnicos, y que se construye desde las diferentes perspectivas y experiencias de los miembros de esos grupos. Los teóricos críticos desde el punto de vista racial han aplicado sus ideas a una gran variedad de tópicos, concentrándose en temas como la discriminación, el racismo inconsciente, la acción afirmativa (discriminación positiva) y el discurso de odio, en los cuales subrayan la manera en que experimentan su raza y etnicidad.

Debido a que el foco de esta teoría se centra sobre las diversas experiencias y perspectivas de las minorías raciales y étnicas, era quizá predecible que ella conduciría a una lista cada vez más amplia de categorías de investigación que se definen más específicamente en términos de las experiencias de grupos o subgrupos raciales y étnicos particulares, tales como la “teoría crítica desde el punto de vista latino” (también conocida como teoría “LatCrit”), los “estudios chicanos”, la “teoría crítica desde el punto de vista asiático” y otros semejantes (junto con algunas combinaciones como el “feminismo crítico desde el punto de vista racial”). Si bien es posible extraer puntos generales respecto a la construcción social de varios aspectos de las vidas de las personas —ya sea cuestionando la neutralidad u objetividad de la versión de la realidad presentada por grupos poderosos o mayoritarios, o bien la relación entre la opresión y el conocimiento— la mayoría de los teóricos de estos movimientos tienden a centrarse en lo más particular, es decir, la conexión entre las experiencias y daños a *este* grupo y ciertas observaciones sobre la regulación jurídica y social (aunque el objetivo de este enfoque usualmente se centra en la experiencia de un determinado grupo dentro de un país, hay algunos esfuerzos por ex-

traer lecciones más amplias para las personas oprimidas en todas partes).

Véase acción afirmativa; construcción social; derecho y narración; discriminación; discurso de odio; esencialismo; política de identidad; racismo inconsciente; raza; teoría *queer*

teoría crítica latina *Véase* teoría crítica desde el punto de vista racial

teoría de juegos La teoría de juegos es una rama o variante de la teoría de la elección racional que analiza las elecciones y las acciones de actores que saben que sus decisiones afectan a otros. En tales circunstancias, las decisiones son interactivas y “estratégicas” (a pesar de que algunos aspectos de la teoría de juegos son anteriores a su surgimiento, el desarrollo de esta teoría usualmente se atribuye a John von Neumann (1903-1957) y Oskar Morgenstern (1902-1977), en particular por su libro de 1944, *The Theory of Games and Economic Behavior*).

Para los propósitos de la filosofía del derecho, la teoría de juegos es importante porque ha proporcionado a los teóricos una alternativa de análisis para las cuestiones jurídicas y políticas frente a aquella ofrecida por la teoría económica clásica. Además, algunas teorías políticas, morales o sobre la justicia (p. ej. la de David Gauthier (1932-)) están fundadas en análisis de este tipo.

La teoría de juegos también ha sido aplicada a cuestiones de derecho y de política al tratar de usar la idea de “comportamiento estratégico” para analizar los efectos de las normas jurídicas vigentes y para determinar cómo algunas formas alternativas de regulación, jurídicas o no jurídicas, podrían lograr de mejor manera los fines sociales.

Véase comportamiento estratégico; dilema del prisionero; equilibrio; equilibrio de Nash; indicador; monopolio bilateral; polizón; teoría de la decisión; teoría de la elección social

teoría de la decisión Es una forma de análisis, por lo general más ideal o prescriptiva que descriptiva, relacionada con el proceso de to-

ma de decisiones de personas (o instituciones particulares) frente a una situación de incertidumbre y/o conocimiento deficiente. La teoría de la decisión es contrastada comúnmente con la teoría de juegos, en tanto que esta última implica tipos de decisiones similares, *pero* en un contexto donde las personas que toman decisiones interactúan con otros actores que regularmente enfrentan situaciones semejantes.

Véase teoría de juegos

teoría de la elección (de los derechos) *Véase* teoría de la voluntad (de los derechos)

teoría de la elección pública La teoría de la elección pública es la aplicación de la teoría de la elección racional (el enfoque básico, y la asunción elemental, del análisis económico) al comportamiento de las personas que participan en los negocios públicos, como votantes, funcionarios públicos y burócratas. Más precisamente, la teoría se construye sobre el punto de vista de que los funcionarios públicos, al igual que la gente de negocios, deberían ser considerados por lo general como si pretendieran favorecer sus propios intereses (lo cual podría incluir, para los políticos, ser reelectos, obtener más poder, prestigio o contribuciones de campaña; y para los jueces, que sus decisiones no sean impugnadas para su revisión y ser designados para tener un cargo en un tribunal superior).

La elección pública no afirma que los funcionarios públicos nunca actúen desinteresadamente para promover el bienestar común (así como los economistas tampoco niegan que la gente de negocios a veces actúe de esa forma), sino sólo que tales acciones, por lo general, serán escasas en comparación con las acciones dirigidas por el interés personal de los funcionarios.

Algunos teóricos han tratado de impulsar, con base en la teoría de la elección pública, ciertos cambios relacionados con la manera de concebir el derecho y ponerlo en práctica: p. ej. que la legislación debería ser pensada en términos de “negociaciones” entre los diversos grupos

de poder; y que los jueces, al interpretar la legislación, están procurando que esas negociaciones se cumplan.

La teoría de la elección pública se remonta al trabajo de matemáticos anteriores como Mari Jean Antoine Nicolas de Caritat, el Marqués de Condorcet (1743-1794), quien descubrió ciertas paradojas relativas a las votaciones (en un sentido amplio, la elección pública puede encontrarse también en la perspectiva de los gobernantes ofrecida por Nicolás Maquiavelo (1469-1527) en *El príncipe* (1513)). Algunos textos importantes de elección pública moderna son *The Theory of Committees and Elections* (1958), de Duncan Black (1908-), y *El cálculo del consenso* (1962), de Gordon Tullock (1922-) y James M. Buchanan Jr. (1919-). Finalmente, cuando la elección pública se concentra sobre el análisis de una votación, tiende a coincidir con la teoría de la elección social.

Algunos autores emplean la denominación “teoría política positiva” para referirse a un género de teorías relacionadas con la teoría de la elección pública; sin embargo, debido a que el uso de la “teoría política positiva” varía considerablemente (y a que la teoría de la elección pública también tiene sus propias variaciones), es difícil establecer con exactitud esta relación. Por lo general, la “teoría política positiva” parece asumir (la mayoría de las veces) una clásica perspectiva de actor racional hacia la acción política, concentrarse más en el papel de las instituciones, y no siempre contemplar las preferencias motivadas por el interés propio.

Véase captura de rentas; derecho y economía; paradoja de votación de Condorcet; teorema de Arrow; teorema del jurado de Condorcet; teoría de la elección social

teoría de la elección racional Es una forma de análisis que algunas veces se considera coincide más o menos con el análisis económico tradicional (“neoclásico” o de la “escuela de Chicago”), y se estima ser un subcampo de estudio en economía, en el cual la conducta individual es configurada y analizada bajo la asunción de que las personas toman elecciones “racionalmente”, esto es, que buscan maximizar la

satisfacción de sus deseos o metas de acuerdo con las circunstancias tal y como ellas las perciben.

Una crítica común a la teoría de la elección racional es que no refleja con precisión la manera en que los humanos toman decisiones (las desviaciones que surgen entre la asunción de “racionalidad” y la toma de decisiones reales, a veces se sintetiza bajo el término “racionalidad limitada”). Una respuesta a lo anterior es que si bien la elección racional se queda corta como descripción, lo mismo sucede en la mayoría de los modelos de conducta humana: la única pregunta es, entonces, en qué medida el modelo de elección racional (1) es exitoso para predecir o explicar la conducta humana, y (2) es *más* exitoso que otros modelos alternativos.

Otro flanco de crítica a las ideas sobre la racionalidad de los economistas, articulado por Amartya Sen (1933-), es que la racionalidad no puede dar cuenta del compromiso personal —ya sea en términos de metas a largo plazo u obligaciones morales— no obstante que tales compromisos son partes integrales de la toma de decisiones de la mayoría de las personas, por un lado, y aspectos importantes del bienestar individual y colectivo a largo plazo, por el otro.

Véase análisis económico del derecho (enfoque conductual); normas sociales; racionalidad; racionalidad limitada

teoría de la elección social La teoría de la elección social se interesa por la manera en que las decisiones individuales pueden (o no) ser sumadas para alcanzar elecciones sociales; en otras palabras, es un análisis sobre ciertas características formales de la toma de decisión colectiva, como la votación (aunque sin limitarse a ésta). Si bien algunos aspectos de la teoría de la elección social se pueden encontrar en las obras del Marqués de Condorcet (1743-1794) y de Jeremy Bentham (1748-1832), entre otros, actualmente se piensa que la moderna teoría de la elección social fue inaugurada por el libro *Social Choice and Individual Values* (1951), de Kenneth Arrow (1921-), texto en el que fue presentada la idea más conocida de la teoría de la elección social: el teorema de la imposibilidad de Arrow.

El teorema de la imposibilidad demuestra la conclusión paradójica de que es imposible crear un sistema de votación grupal que genere un conjunto consistente de preferencias a partir de las preferencias individuales de los votantes del grupo. Si bien los análisis de la elección social de este tipo suscitan cuestiones acerca de la racionalidad o la arbitrariedad de la toma de decisión colectiva, la teoría de la elección social no debería confundirse con la perspectiva más escéptica de la toma de decisión institucional encontrada en la teoría de la elección pública (que se apoya no en pruebas lógicas, sino en ciertos supuestos sobre la motivación humana).

Algunos autores comprenden la “teoría de la elección social” más ampliamente, de tal modo que en ella incluyen todas las cuestiones sobre la acción racional de individuos al interior de un grupo —sin descartar, así, muchos conceptos que normalmente están asociados con la teoría de juegos (p. ej. problemas de coordinación, dilema del prisionero, problemas del polizón, etcétera)—.

Véase paradoja de votación de Condorcet; teorema de Arrow; teorema del jurado de Condorcet; teoría de juegos; teoría de la elección pública

teoría de la verdad por correspondencia Es la teoría según la cual una proposición es verdadera si concuerda con los hechos —o, formulada más ampliamente, si corresponde con la realidad—. A pesar de que este punto de vista podría parecer obviamente correcto y de sentido común, la teoría filosófica moderna ha ofrecido explicaciones alternativas sobre la verdad: p. ej. la teoría coherentista y la teoría pragmática de la verdad. Las reacciones escépticas frente a las teorías de correspondencia provienen usualmente de ciertas dudas sobre si tenemos acceso directo a los “hechos” o a “la forma en que las cosas realmente son”, más allá de nuestras creencias. La cuestión de aplicar o no una teoría de correspondencia cuando se habla sobre la verdad de proposiciones jurídicas tiene un fundamento ligeramente distinto, puesto que no está claro a qué corresponde supuestamente la verdad de que “X es culpable” o “existió un contrato válido entre A y B”.

Esta interrogante ha llevado a algunos autores a una teoría predictiva del derecho (en donde las proposiciones jurídicas son verdaderas si predicen correctamente lo que un tribunal dirá sobre el asunto), mientras que a otros los ha dirigido a una teoría coherentista e incluso a posiciones realistas en un sentido metafísico.

Véase pragmatismo; realismo; teoría coherentista; teoría predictiva de derecho

teoría de la voluntad (de los derechos) Un enfoque hacia la naturaleza de los derechos jurídicos que se centra en el poder de elección del portador del derecho, y el control que dicho portador tiene sobre la persona en quien recae el deber correlativo. H. L. A. Hart (1907-1992), uno de los defensores más prominentes de la teoría de la voluntad (*Essays on Bentham* (1982)), se refirió a los portadores de derechos como “soberanos a pequeña escala”. Así, el portador de derecho tiene el poder de dispensar el deber en cuestión y también el poder de hacer cumplir o no el derecho una vez que el deber ha sido violado/incumplido (la teoría de la voluntad puede ser remontada cuando menos hasta Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Algunos autores ubican a la teoría de la voluntad moderna más anteriormente, en el trabajo de Immanuel Kant (1724-1861), en particular en *La metafísica de las costumbres* (1797).

Mientras la teoría de la voluntad tiene la ventaja de subrayar lo que para unos es una característica importante y distintiva de (la mayoría) de los derechos, tiene la desventaja de excluir de los “derechos” (o “derechos en su sentido más amplio”) a los derechos inalienables y los derechos de inmunidad (incluyendo muchos de los derechos de fundamento constitucional que algunos considerarían como el ejemplo paradigmático de derechos jurídicos), así como también a la atribución de derechos a los animales, objetos inanimados, o seres humanos que son física o legalmente incapaces de elección significativa.

La teoría sobre la naturaleza de los derechos usualmente antagónica es la “teoría del interés”, la cual compara a los derechos con la calidad de beneficiario de un deber jurídico impuesto a otra persona.

Véase Austin, John; derechos; derechos de los animales; derechos legales; Kant, Immanuel; Savigny, Friedrich Carl von; teoría del interés

teoría del beneficio (de los derechos) *Véase* teoría del interés (de los derechos)

teoría del derecho como mandato Las teorías del mandato identifican el derecho con los mandatos de un soberano. El ejemplo más notable es la obra de John Austin (1790-1859), aunque la perspectiva de Jeremy Bentham (1748-1832) sobre el derecho también podría encuadrar en esta categoría.

La fortaleza de las teorías del mandato radica en que capturan los aspectos coercitivos del derecho y la importancia del poder del Estado. Su debilidad se halla en el problema de toda teoría que intente reducir la variedad de la experiencia jurídica a una sola categoría, cualquiera que ésta sea. Las teorías del mandato no sólo tienen dificultades para explicar las normas que confieren poderes, sino que además tienen dificultades al explicar la estructura básica del propio sistema jurídico —las normas que constituyen las funciones y las instituciones del sistema, y la garantía de que dicho sistema tendrá continuidad en el tiempo—.

Véase Austin, John; Bentham, Jeremy

teoría del derecho natural La teoría del derecho natural es un modo sistemático de pensar acerca de las conexiones entre el orden cósmico, la moral y el derecho. Este enfoque ha estado presente, de una manera u otra, durante miles de años. Diferentes teorías del derecho natural pueden tener objetivos bastante disímiles: p. ej. el ofrecer generalmente tesis sobre la acción y elección correctas (moral, teoría moral); el ofrecer tesis acerca de cómo se puede arribar al conocimiento moral correcto (epistemología, meta-teoría moral), y el ofrecer tesis acerca de la comprensión apropiada del derecho y de las instituciones jurídicas (teoría del derecho). Además, el derecho natural ocupa un lugar

central en el desarrollo de la teoría política moderna (refiriéndose a la función y los límites del gobierno, y también a los derechos naturales) y del derecho internacional.

Pueden encontrarse aspectos importantes del enfoque de derecho natural en Platón (c. 429-347 a. C.), Aristóteles (384-322 a. C.) y Cicerón (106-43 a. C.); mientras que Tomás de Aquino (1224-1274) le dio forma sistemática al mismo. Podría también considerarse que una primera versión del pensamiento del derecho natural deriva en parte del *ius gentium* (“derecho de gentes”) del antiguo derecho romano (mencionado por Gayo, *Instituciones* 1.1), el cual se creía que derivaba de principios generales de la razón, y que por lo tanto era legítimamente aplicable a los negocios de romanos con extranjeros (aunque Gayo distinguía el *ius gentium* del “derecho natural”, *ius naturale* (*Instituciones* 2.65)).

En la época medieval y a lo largo del Renacimiento, con el trabajo de escritores como Francisco Suárez (1548-1617), Hugo Grocio (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-1694), John Locke (1632-1704) y Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), las teorías del derecho natural y de los derechos naturales formaron parte integral del pensamiento teológico, moral, jurídico y político. El papel que el derecho natural ha desempeñado en amplios debates religiosos, morales y políticos ha variado considerablemente. Algunas veces ha sido identificado con una religión establecida en particular, o con el *statu quo* en general, mientras en otras ocasiones ha sido empleada como apoyo por aquellos que están a favor de un cambio radical. De manera similar, a veces los que escriben en la tradición del derecho natural han parecido estar más preocupados con la pregunta de carácter individual, ¿cómo vivir una vida buena (“moral”, “virtuosa”)?; en otras ocasiones, la preocupación ha sido más amplia —social o internacional—: ¿bajo qué normas podemos convivir, dados nuestros diferentes valores e ideas acerca del bien?

Algunos de los teóricos modernos del derecho que se identifican a sí mismos con la tradición del derecho natural parecen tener objetivos y apreciaciones notablemente diferentes de aquellos clásicamente asociados con el derecho natural, la mayoría de los cuales fueron princi-

palmente teóricos morales o políticos, puesto que se plantean la pregunta: ¿cómo actúa uno moralmente? o, más específicamente, ¿cuáles son las obligaciones morales que uno tiene *como* ciudadano o como autoridad del Estado? y ¿cuáles son los límites de la acción gubernamental legítima (esto es, moral)? Por el contrario, algunos teóricos modernos que trabajan dentro de la tradición son teóricos jurídicos o sociales en un sentido estricto. De hecho, gran parte de la teoría moderna del derecho natural se ha desarrollado a partir de una reacción frente al positivismo jurídico, un enfoque alternativo para crear teoría del derecho. Puede considerarse que los dos distintos tipos de derecho natural —el derecho natural como teoría política/moral y el derecho natural como teoría jurídica/social— están conectados en un nivel básico: ambos ejemplifican una perspectiva del derecho (civil) que no sólo gobierna, sino que también es gobernada.

Muchos de los teóricos jurídicos modernos que se identifican (o se autoproclaman) como “teóricos del derecho natural” trabajan dentro de la tradición establecida por el trabajo de Tomás de Aquino (el ejemplo más prominente es quizá John Finnis (1940-)). Sin embargo, existen también teóricos identificados en varios niveles con el “derecho natural” que ofrecen a su vez enfoques bastante diferentes: p. ej. la teoría del “derecho natural procedimental” de Lon Fuller (1902-1978) y la “teoría interpretativa” de Ronald Dworkin (1931-).

Véase Aristóteles; Cicerón; derecho natural, contenido mínimo de; Fuller, Lon L.; Grocio, Hugo; Hart, H. L. A.; *lex iniusta non est lex*; Locke, John; naturaleza humana; positivismo jurídico; Pufendorf, Samuel; Radbruch, Gustav; Stammler, Rudolf; Suárez, Francisco; teleología; Tomás de Aquino; voluntarismo

teoría del interés (de los derechos) Es el punto de vista (en ocasiones también conocido como la “teoría del beneficio”) de que los “derechos” son entendidos de mejor manera como intereses lo suficientemente importantes para ser protegidos jurídica o moralmente. La teoría del interés, defendida por Jeremy Bentham (1748-1832) y Neil MacCormick (1941-), entre muchos otros, ha sido considerada frecuente-

mente como una alternativa a la “teoría de la voluntad”, en tanto teoría conceptual de los derechos (la teoría del interés también fue planteada en la Europa continental por Rudolph von Jhering (1818-1892).

Entre los argumentos *a favor* de la teoría del interés está el hecho de que hace un mejor trabajo para explicar el amplio abanico de derechos (en el uso jurídico y común) que la teoría de la voluntad, pues esta última tiende a excluir o a degradar los derechos inalienables, o los derechos otorgados a los niños o a otras personas legalmente incompetentes para tomar decisiones por sí mismas.

Entre los argumentos planteados *en contra* de la teoría del interés está el hecho de que tiende a reducir los derechos a meras sombras de los deberes, y que indiscutiblemente es menos competente que la teoría de la voluntad para aclarar lo que es *distintivo* de los derechos.

Véase Bentham, Jeremy; derechos; derechos de los animales; derechos legales; Hart, H. L. A.; Jhering, Rudolf von; teoría de la voluntad (de los derechos)

teoría expresiva de la pena *Véase* pena

teoría feminista del derecho Es un esfuerzo por introducir las ideas de la teoría feminista a las discusiones sobre la naturaleza del derecho y la necesidad de la reforma jurídica. Existen diversas variantes de la teoría feminista del derecho, pero la mayoría de ellas se centra en la naturaleza supuestamente patriarcal de la doctrina jurídica o de la aplicación del derecho —esto es, la manera en que el derecho presuntamente favorece los intereses de hombres sobre los de las mujeres y funciona para mantener una estructura jerárquica en la cual los hombres tienen más poder que las mujeres—.

Una división inicial dentro de la teoría feminista del derecho fue la que se dio entre el feminismo de la “igualdad” y el feminismo de la “diferencia”. Se trataba de dos maneras de analizar el trato distinto de los hombres y las mujeres dentro del derecho (y dentro de la sociedad), que conducían a recomendaciones un tanto diferentes para la reforma del derecho (y de la sociedad). Las feministas de la igualdad creen que

habrá justicia en el trato de los sexos cuando las mujeres sean tratadas de la misma manera que los hombres, en el sentido de tener un tratamiento idéntico. El feminismo de igualdad está detrás de la idea de “a igual trabajo, igual salario” y (más polémicamente) de los movimientos para deshacerse de disposiciones que parecen conceder un trato favorable a las mujeres (muchas feministas argumentan que las disposiciones que pretenden darle trato favorable a las mujeres frecuentemente actúan en contra de los intereses de las mujeres, al reforzar los estereotipos de las debilidades de las mujeres o de que su lugar es primordialmente el hogar, o haciendo más difícil o más caro contratar trabajadoras).

Las feministas de la diferencia argumentan que tratar a los hombres y las mujeres “por igual” requiere considerar los aspectos en los cuales los hombres y las mujeres son diferentes. Recibir un trato idéntico o someterse a los mismos criterios resulta inapropiado, señalan, porque esto usualmente implica pedir a las mujeres que cumplan criterios masculinos (como se puede notar en los requisitos de altura o fuerza) o en cierto sentido “ser como un hombre” (p. ej. el estar dispuestas a trabajar por largas horas mientras se deja el cuidado de los niños a otros). El contraste entre las feministas de la igualdad y las de la diferencia es quizá más notorio en debates sobre las licencias por maternidad y en los actos de discriminación por embarazo.

El feminismo cultural (también conocido como “feminismo relacional”) subraya la importancia del cuidado y del mantenimiento de las relaciones como partes esenciales del análisis moral, en lugar de partir únicamente de los derechos individuales y la autonomía. Esta aproximación deriva, en gran parte, del trabajo de Carol Gilligan (en particular, *La moral y la teoría: psicología del desarrollo femenino* (1982)), en el cual argumenta que las mujeres tienden a pensar de una manera moralmente distinta a la de los hombres —y que este enfoque es al menos igual de importante y valioso que los planteamientos más tradicionales (centrados en los derechos o la justicia) sobre el pensamiento moral—. El feminismo cultural sostiene que actualmente el derecho refleja una perspectiva particularmente masculina de lo que es importante y de lo que ha de ser considerado como daño, y que debería ser

reformado para incluir los valores femeninos del cuidado y de la protección de las relaciones.

El enfoque característico de Catherine MacKinnon (1946-) hacia el feminismo ha sido denominado a veces como “feminismo de dominación”. Esta posición consiste en rechazar el feminismo de la igualdad, el feminismo de la diferencia y el feminismo cultural. El argumento sostiene que la moderna sociedad occidental ha generado una opresión generalizada de las mujeres por los hombres, y que combatir esta dominación debe ser el objetivo central del feminismo. De acuerdo con este planteamiento, el feminismo de la igualdad está equivocado porque legitima requerir a las mujeres que cumplan con estándares masculinos. Según MacKinnon, el feminismo de la diferencia también comete el error, en cierta medida, de legitimar un estándar masculino de comparación (si las mujeres son “diferentes”, lo son en función de un estándar masculino); y el feminismo cultural también está equivocado en el hecho de que confunde la “auténtica naturaleza” de las mujeres con las consecuencias de un largo periodo de opresión. Desde el punto de vista de MacKinnon, la “voz diferente” de las mujeres (valores diferentes y aproximaciones diferentes al razonamiento moral) es vista no como inherente o intrínsecamente valiosa, sino más bien como el resultado de la dominación —una adaptación al estado de subyugación (semejante a la discusión de Friedrich Nietzsche (1844-1900) sobre la “moral del esclavo” y a los argumentos marxistas sobre la “falsa conciencia”)—.

También es posible encontrar otras variantes de la teoría feminista del derecho que pretenden combinar dicha teoría con las perspectivas o propuestas de diferentes escuelas del pensamiento: p. ej. la “teoría posmoderna del feminismo jurídico” y la “teoría crítica feminista desde el punto de vista racial”, aunque a veces hay tensiones internas surgidas de estas combinaciones (p. ej. el rechazo posmoderno del “esencialismo” y de la “gran teoría” pueden estar en tensión con mucho de lo que han sostenido las teóricas feministas del derecho).

Véase discriminación; esencialismo; género frente a sexo; patriarcalismo; pornografía; posmodernidad

teoría interpretativa del derecho Enfoque hacia la teoría jurídica y la naturaleza del derecho relacionado con Ronald Dworkin (1931-), en particular con sus últimos escritos de filosofía del derecho (especialmente *El imperio de la justicia* (1986)). Bajo este enfoque, tanto el entendimiento de la naturaleza del derecho como la determinación de lo que el derecho exige en un sistema jurídico particular sobre determinado problema, involucra una interpretación constructiva. La interpretación constructiva es una reflexión sobre las prácticas anteriores y su (re-)interpretación a la luz de sus propósitos. Para Dworkin, el propósito del derecho es la justificación o la limitación de la coerción estatal, y un factor adicional es que la comunidad debería ser vista, en sus leyes, como si estuviera hablando con una sola y autorizada voz (lo que Dworkin llama el valor de la “integridad”). Uno determina lo que el derecho exige al ofrecer teorías que se ajustan adecuadamente con las acciones pasadas de los oficiales, y al escoger aquella que es moralmente la mejor.

La teoría de Dworkin fue desarrollada como respuesta y crítica a la teoría positivista del derecho de H. L. A. Hart (1907-1992); es una “teoría del derecho natural” (término que Dworkin rara vez adoptó para su propio trabajo) en el sentido amplio de que afirma que no existe una separación conceptual entre lo que el derecho es y lo que debería ser; en vez de ello, Dworkin plantea que la evaluación moral es una parte integral del proceso para determinar lo que el derecho exige.

Una de las ventajas de la teoría interpretativa del derecho es que parece explicar de mejor manera por qué y cómo puede haber numerosos desacuerdos en la práctica corriente del derecho (lo cual para teorías más convencionales resulta difícil explicar); otra ventaja es que explica por qué los jueces y abogados hablan a menudo como si hubiera “respuestas correctas” aun en los casos difíciles. Entre sus desventajas figura el hecho de que posiblemente subestima el papel de la autoridad en el concepto de derecho, y que parece confundir una teoría de la adjudicación con una teoría sobre la naturaleza del derecho.

Véase ajuste; integridad; interpretación constructiva; teoría del derecho natural

teoría política positiva *Véase* teoría de la elección pública

teoría práctica de las reglas *Véase* reglas, teoría práctica de las

teoría predictiva Se constituye por los comentarios de los realistas jurídicos norteamericanos y escandinavos esparcidos en sus trabajos (p. ej. en “La senda del derecho” (1897) de O. W. Holmes Jr. (1841-1935) y algunas obras de Alf Ross (1899-1979)), los cuales sugieren una equivalencia de “lo que el derecho es” con una predicción de cómo decidirán los jueces en casos futuros. Tales enfoques son valiosos como un correctivo para aquellos teóricos que de otra forma estarían inclinados a una perspectiva demasiado abstracta o metafísica del derecho, además de que pueden ofrecer buenos consejos para la orientación jurídica respecto de lo que al cliente más le interesa saber (se puede aludir a la cita de Holmes que se da en el contexto del “hombre malo”, a quien “le importa mucho evitar que se le obligue a pagar dinero y hará lo posible por no caer en la cárcel”).

Sin embargo, en tanto teorías sobre la naturaleza del derecho, las teorías predictivas tienen debilidades bien conocidas. La más obvia es que no pueden explicar la conducta de los jueces (al menos la de los jueces de los tribunales supremos, los cuales no necesitan temer una revocación en la apelación), de quienes difícilmente se podría decir que estén prediciendo su propia conducta.

Véase Holmes, Oliver Wendell Jr.; hombre malo

teoría pura del derecho Éste es el nombre que dio Hans Kelsen (1881-1973) a su enfoque hacia la teoría del derecho. Por “pura” Kelsen quiso decir que la teoría debería estar, en sus palabras, enfocada “solamente en el derecho”, y no “mezclada”, como lo habían hecho otras teorías del derecho, con “la psicología, biología, ética y teología”. Kelsen quiso separar el análisis del derecho de cuestiones políticas que se

relacionan más con la dirección que toma el derecho que con su naturaleza. Al crear una “ciencia humana” del derecho, Kelsen esperaba lograr los objetivos de toda empresa científica: “objetividad y exactitud” (uno debe tener presente que Kelsen escribe en una tradición alemana en la cual el término “ciencia” (*Wissenschaft*) es empleada de una manera amplia).

En esencia, la teoría pura del derecho de Kelsen es una explicación neokantiana sobre qué se sigue del hecho de que la gente trate los actos de los funcionarios del derecho de modo normativo. El argumento consiste en que ciertos hechos son deducidos, al considerar los hechos de manera normativa —en particular al asumir una premisa normativa fundacional que es el fundamento último de una conclusión normativa—. Por ejemplo, alguien que sostiene que uno no debería hacer algo porque está prohibido por un texto sagrado, está aceptando implícitamente la premisa de que uno debería actuar como lo indica dicho texto sagrado (o que uno debería hacer lo que un ser sobrenatural ha ordenado).

Parece haber algunos límites a la “pureza” de la teoría pura de Kelsen. Su teoría no estaba enteramente desligada de todas las cuestiones empíricas. Por ejemplo, para Kelsen, la existencia de un sistema jurídico (y el cambio de una norma fundante a otra en una revolución) residía en parte en la eficacia del sistema —aunque Kelsen, como otros teóricos del derecho, fueron muy insistentes en cuanto a que no estaban igualando a la validez con la eficacia o el poder—.

Véase análisis neokantiano; Kelsen, Hans; norma fundante

teoría queer* Al igual que el feminismo, la teoría crítica desde el punto de vista racial y algunas de las derivaciones de ambos enfoques, la teoría *queer* del derecho afirma que es útil tratar como categoría a parte o gran parte del trabajo realizado por homosexuales, bisexuales y perso-

* La palabra *queer* hace referencia a la homosexualidad, generalmente en sentido peyorativo. Sin embargo, en las últimas décadas algunas personas y académicos han empleado el vocablo con una intención neutral o incluso positiva [N. de los T.]

nas “transgénero” en relación con el lugar y el trato que reciben estos grupos en el derecho y en la sociedad. La teoría *queer* generalmente se cuida de no ser “esencialista” sobre la sexualidad, y tiende a asumir o a insistir en que la homosexualidad, como un estatus, es, al menos en cierta medida, socialmente construida. Pero al igual que en otros movimientos basados en la identidad, como la teoría crítica desde el punto de vista racial y la teoría feminista del derecho, existe una tensión entre rechazar el “esencialismo” al mismo tiempo que se defiende la “construcción social”, por una parte, y afirmar que los miembros de este grupo (socialmente construido) tienen una perspectiva distinta que ofrecer, por la otra (una posición intermedia consiste en afirmar que la perspectiva distinta de uno proviene no de una naturaleza esencialista distintiva, sino de la experiencia de ser oprimido, discriminado y estereotipado por la sociedad). En general, los teóricos *queer* suelen considerar a casi todas las formas de sexualidad como liberadoras, colocándose por ello en tensión con algunos teóricos del feminismo jurídico, quienes consideran algunas formas de sexualidad como explotadoras o degradantes.

Véase esencialismo; teoría crítica desde el punto de vista racial; teoría feminista del derecho

teorías institucionales del derecho Las teorías del derecho (ejemplificadas por Neil MacCormick (1941-) y Ota Weinberger (1919-), *An Institutional Theory of Law* (1986)) que enfatizan la importancia de las instituciones para la comprensión del derecho. Al menos en el caso de MacCormick y Weinberger, la teoría está relacionada con las ideas del filósofo John Searle (1932-) sobre los “hechos sociales” y las “instituciones sociales” existentes (p. ej. Searle, *The Construction of Social Reality* (1995)), y la anterior distinción de G. E. M. Anscombe (1919-2001) (“On Brute Facts”, *Analysis* (1958)) entre “hechos brutos” y “hechos en el contexto de nuestras instituciones”. Puede considerarse que las teorías institucionales del derecho intentan tomar una posición intermedia en términos de su ontología al discutir el derecho: afirmando

que el derecho no puede ser reducido sencillamente a “hechos brutos” (como las leyes físicas u otras observaciones meramente empíricas), pero negando, por otro lado, un universo normativo más rico en el cual se pudiera decir que las normas jurídicas existen como elementos independientes del mundo. En vez de ello, las normas jurídicas son vistas como productos de la acción social o institucional.

teorías marxistas del derecho El término “marxista” es utilizado para aludir a una extensa categoría de teorías del derecho, puesto que el marxismo contiene en sí mismo una amplia variedad de ideas y doctrinas que se aplican potencialmente a teorías sobre la naturaleza del derecho. Puede haber contrastes, e incluso conflictos, dentro de la categoría. Por ejemplo, algunos historiadores marxistas del derecho asumen la posición marxista tradicional (o “ingenua”) de que el derecho es meramente “superestructural”, un reflejo de la base económica de la sociedad y de los intereses de la clase dominante. Tales historiadores siempre buscan cómo los cambios doctrinales reflejaron los intereses de los propietarios (y fungieron en contra de los intereses de los trabajadores y otros grupos oprimidos). Otros historiadores marxistas del derecho siguen a pensadores marxistas posteriores, como Antonio Gramsci (1891-1937), y ven cómo la modificación de las doctrinas jurídicas ayuda *indirectamente* a la clase dominante al *legitimar* un sistema generalmente opresivo e injusto, aun si no están apoyando directamente los intereses de dicha clase.

Véase base y superestructura; Gramsci, Antonio; legitimación; Marx, Karl; Pashukanis, Evgeny B.

teorías reduccionistas del derecho Las teorías reduccionistas son teorías que retratan a los sistemas jurídicos o a las normas jurídicas como si fueran reducibles básicamente a un tipo de proposición. Ejemplos de teorías reduccionistas incluyen las de John Austin (1790-1859) (el derecho equiparado a órdenes de un soberano) y Hans Kelsen (1881-1973) (las normas jurídicas son reducibles a autorizaciones a los oficiales para imponer sanciones).

Las fortalezas y debilidades de las teorías reduccionistas reflejan las fortalezas y debilidades generales de teorías y modelos simples: por una parte, pueden ofrecer una perspectiva básica; pero, por otro lado, el proceso de simplificación podría involucrar demasiada distorsión (y, por lo tanto, cualquier presunta “perspectiva” no se relaciona efectivamente con el objeto real que es analizado).

H. L. A. Hart (1907-1992) cuestionó el reduccionismo (en particular la forma de reduccionismo planteada en la teoría de John Austin) al desarrollar su propio enfoque hacia la teoría del derecho. Hart enfatizó la multiplicidad de formas y funciones de las normas jurídicas. La propia teoría de Hart señalaba diferentes categorías de normas jurídicas (primarias-secundarias, las que confieren poderes y las que imponen obligaciones) y evitó cualquier reducción del derecho a una forma normativa básica.

Algunas veces el término “reduccionista” es aplicado a la teoría del derecho para referirse a algo bastante diferente: el esfuerzo de “reducir” fenómenos normativos a términos empíricos. En este sentido de reduccionismo, Austin es (de nuevo) un reduccionista, aunque Kelsen definitivamente no lo es (la separación de lo normativo y lo empírico, o la distinción entre “ser” y “deber ser” son centrales para su teoría del derecho).

Véase Austin, John; Hart, H. L. A.; Kelsen, Hans; reglas

tesis de la respuesta correcta Un punto de vista íntimamente asociado con las primeras obras de Ronald Dworkin (1931-) (p. ej. *Los derechos en serio* (1977) y *A Matter of Principle* (1985)), consistente en que todos (o casi todos) los problemas jurídicos tienen una única respuesta correcta. “Respuesta correcta” significa que una respuesta era correcta y existente, incluso antes de que un juez resolviera una disputa.

Mientras la caracterización de Dworkin del argumento fue modificada con el pasar de los años, al igual que su justificación de la tesis (y la centralidad de la tesis para su teoría del derecho), ciertos puntos fueron relativamente constantes: p. ej., el énfasis sobre la práctica de los participantes en un proceso legal (la manera en que los abogados

de ambas partes y el juez hablan —tanto antes como después de que el caso sea decidido—, asumiendo que hay una única respuesta correcta, ya existente, por encontrar).

La noción es controvertida porque entra en conflicto con un punto de vista ampliamente sostenido (apoyado también por una cantidad importante de teóricos del derecho, incluyendo a H. L. A. Hart (1907-1992)), de que en los casos difíciles no hay respuestas correctas.

tesis de la separabilidad Es la referencia a un supuesto principio o dogma del positivismo jurídico consistente en que el derecho y la moral están “separados”. En las lecciones de John Austin (1790-1859) (*The Province of Jurisprudence Determined* (1832)) la tesis era simple: “La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra”. Se puede decir que la afirmación de Austin establece simplemente que las cuestiones relativas a la “existencia” o “validez” de una norma jurídica, o a la “existencia” de un sistema jurídico, son asuntos que pueden y deberían determinarse de manera separada a la cuestión de una evaluación moral (o política) de tales normas y sistemas.

Este mismo punto muchas veces es expresado en términos de mantener la distinción entre “lo que el derecho es” y “lo que el derecho debería ser”, aunque esto comienza a mostrar posibles puntos de ambigüedad y controversia. El hecho de que los tribunales interpreten textos jurídicos ambiguos a la luz de los propósitos de la ley, o en el sentido de querer evitar un resultado absurdo o injusto, parece ser un ejemplo de borrar la línea entre “lo que el derecho es” y “lo que el derecho debería ser”, y lo mismo podría decirse con respecto a la legislación judicial del *Common Law*.

En otras ocasiones la tesis de la separabilidad es expresada en términos de que no existe una conexión “necesaria” o “conceptual” entre el derecho y la moral. Este modo de expresar este punto de vista reconoce la evidente indicación de que hay una coincidencia sustancial entre el derecho y la moral —en donde gran parte del derecho penal, el derecho de la responsabilidad civil, el derecho contractual y otras áreas se dedican casi por completo a disuadir la conducta moralmente mala, o bien a fomentar la conducta moralmente buena—. Asi-

mismo, esta manera de expresar la tesis también identifica una probable diferencia entre el positivismo jurídico y algunas versiones de la teoría del derecho natural: que el positivismo jurídico niega que las normas o los sistemas de normas deban cumplir con algún criterio moral antes de ser calificadas como “jurídicas”.

Véase positivismo jurídico; tesis de las fuentes

tesis de las fuentes En *La autoridad del derecho* (1979), Raz analizó la “tesis social” como un punto de vista de que lo que es derecho es una cuestión de “hecho social”, que no requiere de un argumento moral. Raz (1939-) afirmó que hay versiones fuertes y débiles de la tesis social, y nombró a la versión fuerte como “la tesis de las fuentes sociales”. La tesis de las fuentes sociales es la interpretación de Raz del positivismo jurídico, así como, desde su punto de vista, un enunciado verdadero del derecho: “la existencia y el contenido de todo el derecho está completamente determinado por fuentes sociales”. Las fuentes sociales han de ser contrastadas con el uso de un argumento moral para determinar el contenido de las leyes.

La tesis de las fuentes sociales puede ser vista como una breve caracterización de la versión del positivismo jurídico conocida como “positivismo jurídico excluyente”. Este enfoque interpreta la tesis de la separabilidad (en relación con “la separación del derecho y la moral”) como una que requiere que no exista evaluación moral alguna al determinar el contenido de las normas jurídicas. Ya que esta postura parece ser contraria al entendimiento común de muchos sistemas jurídicos occidentales, la misma necesita de alguna justificación, debido a que dichos sistemas jurídicos al parecer tienen normas jurídicas que ostentan criterios morales y el *judicial review* de las normas jurídicas que se basa en criterios morales. Los defensores del positivismo jurídico excluyente usualmente construyen el argumento a partir de posturas relacionadas con la naturaleza de la autoridad, y la relación del derecho con la autoridad.

Véase positivismo jurídico; tesis de la separabilidad

tesis social Véase tesis de las fuentes

textualismo Es la creencia de que los textos jurídicos tienen (siempre o casi siempre) significados objetivos que son (en gran parte o completamente) distinguibles de su contexto, y que deberían ser interpretados y aplicados a la luz de dicho significado. Este enfoque “rígido” sobre la interpretación es contrastado a menudo con enfoques “amplios”, bajo los cuales el texto debe ser interpretado a la luz del propósito general del documento o a la luz de la historia y de borradores preliminares del documento (p. ej. los antecedentes legislativos de una ley o las negociaciones anteriores a la firma de un acuerdo). El textualismo encuentra su mayor apoyo en el contexto de la interpretación de leyes, donde existen argumentos “de derecho” a su favor (p. ej. debida publicación, predictibilidad). El textualismo algunas veces es etiquetado como “formalismo”, lo cual puede generar una desafortunada confusión entre esta teoría de la interpretación y (el referente usual de “formalismo”) los enfoques restringidos hacia el razonamiento jurídico que los realistas jurídicos norteamericanos atacaron en las primeras décadas del siglo XX.

Véase formalismo

textura abierta Dentro de la filosofía del derecho, H. L. A. Hart (1907-1992) empleó el nombre de “textura abierta” para referirse a la vaguedad en los límites de la aplicación de las palabras. El concepto se deriva de un concepto relacionado, aunque distinto, del mismo nombre (*Porosität der Begriffe*) que Friedrich Waismann (1896-1959) había introducido en la teoría del significado y la verificación (no la vaguedad, sino la posibilidad de la vaguedad, cuando algún factor o circunstancia imprevista surgiera en relación con alguna categoría o concepto).

Para Hart, la inevitable incertidumbre en la aplicación de las palabras y las normas en casos marginales —lo que él estaba describiendo como “textura abierta”— constituía una justificación para la indeterminación jurídica y la legislación judicial, al menos para los “casos difíciles”.

Véase casos difíciles; Hart, H. L. A.; indeterminación; paradigma; Waismann, Friedrich; Wittgenstein, Ludwig

Tomás de Aquino Quizá el filósofo y teólogo más importante de la época medieval, Santo Tomás de Aquino (1224-1274), escribió la primera discusión sistemática y detallada de la teoría del derecho natural en su obra más importante, *Suma teológica* (inconclusa al momento de su muerte en 1274). Su obra fue relevante en tanto pretendió demostrar que las doctrinas de la Iglesia eran consistentes con las enseñanzas de Aristóteles, y también que la fe era consistente con, y estaba apoyada por, la razón (mientras mantenía la idea de que algunos aspectos de la verdadera fe serían cognoscibles sólo a través de la revelación).

Los escritos del aquinate sobre el derecho (compilados en buena medida en la *Suma teológica*, I-II, cuestiones 90-7), si bien no eran considerados parte central de su obra, son sin embargo originales y han tenido una importancia perdurable para el pensamiento teórico sobre el derecho, puesto que podría considerarse a gran parte de la tradición del derecho natural como desarrollos posteriores de su trabajo.

Tomás de Aquino define la ley como “una disposición de la razón para el bien común de una comunidad, promulgada por una persona o cuerpo responsable de velar por esa comunidad” (qu. 90, art. 4, corpus). De acuerdo con él, la ley humana positiva en armonía con la ley natural “vincula en conciencia” —una traducción no muy exacta de lo anterior sería que tales leyes creaban una obligación moral *prima facie*— (la ley natural, a su vez, está fundado en la “ley eterna” —la divina providencia—).

Para el aquinate, la conexión entre la ley natural y la ley humana positiva (la ley positiva que el legislador humano *debería* sancionar) es algunas veces una cuestión de derivación directa, y algunas otras un asunto de *determinatio* —una selección entre alternativas igualmente legítimas dentro de un marco general— (qu. 95, art. 2).

Las leyes injustas (leyes contrarias al bien común, que exceden la autoridad del legislador o imponen cargas desproporcionadas) no “vinculan en conciencia”, y podrían ser desobedecidas si esto puede llevarse a cabo “sin escándalo o un mal mayor [*turbationem* —también

se traduce a veces como “desorden” o “desmoralización”—]” (qu. 96, art. 4, corpus). A menudo se piensa que esto significa que la decisión de obedecer o no una ley injusta, como muchas otras decisiones morales, puede ser una cuestión relativa al bien o al mal que pudieren ser ocasionados por esa acción (por ejemplo, la desobediencia pública de una ley injusta en un sistema jurídico generalmente justo podría contribuir a la desaparición de ese sistema, causando así más daño que bien).

En otra parte, Tomás de Aquino sostiene que “cada ley humana positiva goza de la naturaleza de la ley en la medida en que ésta deriva de la ley natural. Sin embargo, si en algún punto se contrapone con la ley de la naturaleza, dejará de ser ley y se convertirá en una perversión de la ley” (qu. 95, art. 2, corpus). Esto es probablemente lo más cercano que estuvo de expresar la frase, comúnmente asociada a él y a la teoría del derecho natural en general, “una ley injusta no es ley en absoluto” (*lex injusta non est lex*).

Véase determinatio; lex injusta non est lex; teoría del derecho natural

tragedia de los anticomunes Es una variante o respuesta a la “tragedia de los comunes”. El propósito de la “tragedia de los comunes” es indicar el problema de la propiedad común (según la cual ahí donde los individuos comparten el acceso a un área de tierra común, no habrá un incentivo para la limitación individual, conduciendo ello a la sobreexplotación colectiva; y consecuencias similares ocurrirán con muchos otros recursos de propiedad colectiva), y este argumento ha sido utilizado para apoyar la necesidad y la importancia de los derechos a la propiedad privada. “La tragedia de los anticomunes” (presentada por Michael Heller (1962-)) pretende describir un problema corolario: ahí donde los derechos de propiedad están fragmentados entre demasiados individuos (o individuos que están demasiado dispersos), son demasiados, o son muy fuertes, y donde cada portador tiene el derecho a excluir a todos los demás, los usos innovadores o eficientes de los recursos podrían ser impedidos por el coste de transacción que involucra el unir los derechos necesarios (ya sea para unir terreno sufi-

ciente, o bien para reunir los permisos y licencias necesarios para algún desarrollo científico).

Véase derecho de propiedad; dilema del prisionero; tragedia de los comunes

tragedia de los comunes Garret Hardin (1915-2003) introdujo el término “la tragedia de los comunes” en un artículo en *Science* (1968) para describir cómo los recursos públicos pueden ser (o son) sobreexplotados cuando los derechos de propiedad privada no están presentes para excluir a otros o crear incentivos para un uso más eficiente (la idea ya había sido discutida por otros autores en algunos análisis de recursos no sujetos a los derechos de propiedad privada, aunque sin esta denominación útil). En términos de la teoría de juegos, “la tragedia de los comunes” puede ser considerada como una variante del dilema del prisionero, aunque con muchos jugadores. Si existe un área común (de “libre acceso”) para el cultivo o para la pesca, los intereses de largo plazo de los comuneros son una modesta restricción hacia todos a fin de mantener la viabilidad futura del área común. Sin embargo, cada individuo tiene un incentivo *no* tanto para cooperar cuanto para obtener el mayor beneficio posible de esas áreas comunes, al mismo tiempo que espera que los otros se restrinjan. Si todos tienen ese incentivo, nadie mostraría moderación y las áreas comunes pronto serán sobreexplotadas. “La tragedia de los comunes” a menudo es presentada como un argumento a favor de los derechos a la propiedad privada (aunque, en principio, la propiedad del Estado o la regulación estatal podrían también evitar la “tragedia” descrita).

Académicos recientes han sostenido que algunas veces puede existir un efecto espejo: la concesión de derechos de propiedad individual puede conducir a una multiplicidad de derechos tal que ningún uso efectivo de los recursos puede ser posible —lo que Michael Heller (1962-) ha denominado como “la tragedia de los anticomunes”—.

Véase derecho a la propiedad; dilema del prisionero; tragedia de los anticomunes

U

utilidad Término empleado en la filosofía moral, la filosofía política y la economía, que pretende hacer referencia a alguna unidad básica y genérica de valoración, preferencia o deseo. El utilitarismo consiste en maximizar el total de la utilidad, en donde por lo general se habla de ésta en términos de placer y dolor.

Véase economía de bienestar; utilitarismo

utilitarismo Teoría ética que tiene como base la maximización de la cantidad total de utilidad (una noción que se aproxima a la idea de deseabilidad o felicidad). Esta perspectiva fue desarrollada por varios filósofos, entre los que destacan Jeremy Bentham (1748-1832), James Mill (1773-1836), John Stuart Mill (1806-1873) y Henry Sidwick (1838-1900). Con frecuencia se suele diferenciar entre el utilitarismo del acto y el utilitarismo de la regla. El primero sugiere que uno debería escoger la acción que maximice la utilidad total; el segundo consiste en seleccionar la regla (o principio o institución) que maximice la utilidad.

El utilitarismo aparece, con algunas modificaciones, en una gran variedad de discusiones dentro de la filosofía del derecho: por ejemplo, la naturaleza de la justicia (p. ej. John Stuart Mill creyó que la justicia se reducía o podría ser explicada en términos del utilitarismo); la naturaleza de los derechos (p. ej. Ronald Dworkin (1931-), quien ha analizado a los derechos en términos de “triumfos” sobre lo que se podría justificar a través de un análisis utilitarista), y la pena (p. ej. al-

gunos autores han empleado el análisis utilitarista para definir los límites y objetivos de la pena —en cuanto a la cuestión de los objetivos, los utilitaristas probablemente favorecerían más un enfoque disuasorio que uno retributivo—).

El utilitarismo ha sido objeto de numerosas críticas: p. ej. (1) que es insostenible, porque los placeres y los dolores de las personas no pueden ser efectivamente medidos, comparados o sumados; (2) que la doctrina es impracticable en el caso de decisiones morales y políticas difíciles, ya que uno raramente puede saber, con un nivel palpable de certeza, cuáles serían las utilidades que se siguen de las probables alternativas; (3) que la utilidad individual o social no es, o no debería ser, el fin último de la vida, y (4) que el utilitarismo justificaría, al menos en principio, graves injusticias en contra de las minorías si la utilidad general fuera acrecentada de esa manera.

Se puede decir que el análisis económico —y su similar en el derecho, el análisis económico del derecho— está fundado en una variante del utilitarismo, la cual sostiene, por un lado, la posición utilitarista de que uno debería maximizar los efectos sociales y negarse a valorar los méritos relativos de las personas o sus objetivos; mientras que, por el otro, trata de evitar las críticas planteadas al utilitarismo. En los estudios de los economistas sobre la “eficiencia de Pareto”, el objetivo se centra en las preferencias subjetivas de los individuos y en qué medida esas preferencias son satisfechas, y no sobre la referencia utilitarista más objetiva de incrementar o disminuir la utilidad. Además, el objetivo de la “maximización de la riqueza” usada por algunos teóricos del análisis económico del derecho elude el problema de medir la “utilidad”, aunque probablemente al costo de ser moralmente menos atractiva.

Véase análisis económico del derecho; Austin, John; Beccaria, César Bonesana; Bentham, Jeremy; consecuencialismo; economía de bienestar; eficiencia de Pareto; justicia; maximización de la riqueza; Mill, John Stuart; pena; preferencias externas; utilidad

V

vaguedad Es una imprecisión del significado, común en la línea fronteriza de aplicación de un término. Dentro de la filosofía del lenguaje se discute si la existencia de la vaguedad dice algo sobre los límites del significado, la naturaleza de la verdad (que puedan existir valores de verdad distintos a “verdadero” y “falso”) o la naturaleza del conocimiento; pero para la teoría del derecho probablemente el origen y la naturaleza de la vaguedad no sea relevante —sólo el hecho (la existencia) de la vaguedad—. El problema para la teoría del derecho es si la vaguedad de los términos (y categorías) tiene implicaciones para la determinación del derecho.

La vaguedad no debe ser confundida con la ambigüedad. La ambigüedad es un término general que se refiere a una (o a alguna) incertidumbre en el significado, incluyendo la “ambigüedad latente”, en donde una frase aparentemente clara (“mi primo David”) resulta tener múltiples referentes (porque tengo dos primos que se llaman “David”). En contraste, la vaguedad, en su sentido estrictamente filosófico, se refiere a términos *cuyos límites* son inciertos, aunque su aplicación en la parte central sea casi siempre bastante clara.

Véase indeterminación

validez *Véase* validez jurídica

validez jurídica En las discusiones sobre el derecho, el término “validez” tiene varios significados distintos, aunque frecuentemente rela-

cionados o entremezclados. La descripción de ser “válido”, o su opuesto “inválido”, normalmente se atribuye a reglas o normas específicas relativas a un sistema jurídico particular. Una regla o norma puede ser descrita como “válida” si es consistente con otras reglas o normas del sistema jurídico (incluyendo el ser autorizadas por alguna regla o norma “superior” o “más básica”), o bien si es generalmente aceptada por los oficiales o generalmente seguida por los ciudadanos (“eficacia”).

Existen referencias aisladas a sistemas jurídicos “válidos”, en donde “válido” quiere decir algo como “legítimo” o “justo”, sin embargo este uso es raro.

velo de la ignorancia Es un aspecto cardinal en el experimento mental de contrato social que usa John Rawls (1921-2002) en su *Teoría de la justicia* (1971) para desarrollar los principios de justicia. El “velo de la ignorancia” de Rawls se refiere a una situación en la cual todos los negociadores imaginarios ignoran el lugar que ocupan en la sociedad, sus capacidades y debilidades, así como sus concepciones del bien. El punto de este “velo de la ignorancia” es que, con él, sería menos probable que tales negociadores escogieran principios basados simplemente en su propio interés.

Véase justicia como imparcialidad; posición original; principio de diferencia; Rawls, John

Villey, Michel Michel Villey (1914-1988) fue un historiador del derecho francés cuya influencia sobre la teoría del derecho anglosajona se debe principalmente a su trabajo sobre la historia de los derechos. Villey sostuvo que la concepción moderna de los derechos (“derechos subjetivos”, en términos del continente europeo) no fue desarrollada sino hasta el trabajo de Guillermo de Occam [algunas veces escrito “Ockham”] (c. 1285-c. 1349). Esta postura ha sido cuestionada por otros historiadores (p. ej. Brian Tierney).

Véase derechos

voluntariedad En la medida en que la responsabilidad jurídica, civil o penal casi siempre depende de la afirmación de que el agente estaba actuando “voluntariamente”, la manera en que este concepto sea llevado es importante. La práctica del derecho y la teoría jurídica tienden a no involucrarse con los solemnes argumentos metafísicos sobre si tenemos una libre voluntad o sobre si todas nuestras acciones están determinadas. No obstante, de vez en cuando surgen algunos temas que se aproximan a los debates sobre la libre voluntad —p. ej. en las discusiones relativas a si una sanción penal debería ser reducida porque el acusado sufrió de crueldad en su infancia o porque actuó bajo un “impulso irresistible”—. También surgen cuestiones de voluntariedad cuando se consideran las defensas doctrinales de coacción o de influencia indebida en el derecho contractual, en la voluntariedad (y por lo tanto la admisibilidad) de las confesiones en el derecho penal y en muchas otras áreas.

La voluntariedad, en las discusiones filosóficas y políticas, a menudo involucran juicios de grado, en el sentido de que una decisión puede ser más o menos voluntaria. Los contextos en donde uno podría hablar de decisiones “voluntarias (solamente) hasta cierto grado” son (1) situaciones en donde las circunstancias económicas dejan pocas buenas alternativas; (2) situaciones en donde solamente se tiene información limitada sobre las alternativas y sus consecuencias (de esa manera se dice que hay un “consentimiento *informado*” frente a un procedimiento médico cuando tal consentimiento es dado después de contar con una información completa); (3) aquellos casos en donde las condiciones relevantes y vinculantes son difíciles de descubrir (p. ej. porque aparecen en la letra pequeña del contrato), y (4) situaciones en las cuales uno es menos propenso a haber considerado ciertos tipos de cláusulas o ciertos tipos de consecuencias debido a lo que algunas veces se denomina como “racionalidad limitada” (uno es menos propenso, por ejemplo, a prestar atención a las cláusulas posteriores a la terminación cuando celebra un contrato laboral). En todos estos casos se podría decir que la acción o el consentimiento de una de las partes no “ha sido completamente voluntario”, y que esta ausencia de plenitud en la voluntad podría justificar una intervención protectora (p. ej. para ne-

garse a cumplir, o a cumplir completamente, algunos de los términos de un acuerdo que de otra manera sería válido, o negarse a la imposición de cláusulas obligatorias).

Véase autonomía; consentimiento; racionalidad limitada

voluntarismo Por lo general, en filosofía o teología el voluntarismo se refiere a una posición que concede prioridad a la voluntad. La aparición más frecuente del término dentro de la teoría del derecho es para describir una escuela, dentro de la teoría del derecho natural, que identifica el derecho natural con lo que Dios hubiera deseado u ordenado.

Uno puede regresar al Sócrates de Platón, quien pregunta a Eutifrón (en el diálogo *Eutifrón*): “¿Acaso lo que es santo es querido por los dioses porque es santo, o es santo porque es querido por los dioses?”. El voluntarismo es la posición de que algo es bueno o moralmente exigido porque —y sólo porque— Dios nos ha ordenado que lo hagamos (o que algo es malo o moralmente prohibido porque Dios así lo ha dispuesto). El voluntarismo de un tipo u otro aparece regularmente en la historia de la teoría del derecho natural; el gran teórico del derecho natural del siglo XVII Samuel Pufendorf (1632-1694) fue un defensor prominente de tal postura. El extremo opuesto, un enfoque basado en la razón, identificaría la virtud con la razonabilidad, en vez de vincularla con la “voluntad” o con las órdenes de alguna entidad. Existe también una forma de teoría del derecho natural que parece ubicarse a la mitad de un enfoque de “voluntad” y uno de “razón”: en ella se afirma que las acciones son intrínsecamente buenas o malas, aunque nosotros sólo estamos obligados a perseguir el bien porque Dios así nos lo manda; esta es la postura de Francisco Suárez (1548-1617).

Véase Pufendorf, Samuel; Suárez, Francisco; teoría del derecho natural

W

Waismann, Friedrich Friedrich Waismann (1896-1959) fue un filósofo del lenguaje que formó parte del Círculo de Viena, el grupo que desarrolló el positivismo lógico (el cual no debe ser confundido con el “positivismo jurídico”). La importancia de Waismann para la teoría jurídica se debe a que la noción de “textura abierta” de H. L. A. Hart (1907-1992) deriva del concepto waismanniano del mismo nombre; sin embargo, las nociones de Hart y Waismann son, en el mejor de los casos, parecidas.

La “textura abierta” de Waismann fue introducida para responder a una problema particular de la teoría de la verificación. Si el significado de las palabras es identificado con ciertos enunciados sobre los datos de los sentidos, las definiciones serían incapaces de responder a situaciones que fueran completamente imprevistas (p. ej. que los gatos crecieran repentinamente en proporciones descomunales).

La “textura abierta” de Hart opera en un ámbito más mundano que el de aquellas situaciones “imprevistas”: cómo aplicar conceptos jurídicos en casos fronterizos de los conceptos (p. ej., cuando un Estado prohíbe el ingreso de vehículos a un parque, ¿una patineta cuenta como un vehículo?) y cómo aplicar normas jurídicas en circunstancias que no fueron consideradas por los legisladores que crearon esas normas. Hart pensaba que, en tales circunstancias, se debería considerar que los jueces que aplican el derecho tienen una discreción para decidir sobre el punto en cuestión.

Véase Hart, H. L. A.; textura abierta; Wittgenstein, Ludwig

Weber, Max A pesar de que el prominente sociólogo alemán Karl Emil Maximilian (Max) Weber (1864-1920), fue formado en derecho y en historia del derecho, su influencia para el derecho y la teoría jurídica ha sido en gran parte indirecta. Entre sus trabajos más importantes destacan *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1904) y *Economía y sociedad* (obra inconclusa publicada en 1922). La relevancia de Weber para la filosofía del derecho se debe, principalmente, a sus interesantes ideas sobre la metodología de la teoría social. Weber cuestionó los enfoques rigurosamente científicos hacia el comportamiento humano y las instituciones sociales para defender un enfoque *Verstehen*, bajo el cual se enfatiza el significado que tiene una actividad para sus participantes. Además, la noción weberiana de “tipos ideales”, que emplea versiones idealizadas de las prácticas reales para ayudar a organizar y resumir la complejidad de la información, ha sido retomada por muchos teóricos que desean hablar en términos generales sobre el derecho y la práctica jurídica.

En el ámbito jurídico, Weber distinguió el derecho sustantivamente formal (dirigido por un sistema moral o una ideología política) de un sistema formalmente racional, donde el sistema está dirigido sólo por factores “internos” al derecho, y donde las normas y los principios son comprensivos, fijos y relativamente abstractos. Weber sostuvo que la confianza de Occidente en un derecho formalmente racional era esencial para el desarrollo del capitalismo.

Véase enfoque *Verstehen*

Wechsler, Herbert Destacada figura dentro de la comunidad de abogados estadounidenses, Herbert Wechsler (1909-2000) ayudó a redactar el Código Penal Modelo, representó al periódico *New York Times* en el famoso caso de la Suprema Corte relativa a la primera enmienda, “*New York Times vs. Sullivan*”, y escribió junto con Henry M. Hart Jr. (1904-1969) lo que ha sido uno de los más importantes manuales de derecho jurisdiccional federal norteamericano. En la teoría del dere-

cho, Wechsler es mejor conocido por su artículo “Toward Neutral Principles in Constitutional Law”, publicado en *Harvard Law Review* en 1959. El artículo, un texto clave dentro de la escuela del proceso legal, trataba de encontrar una base para restringir la acción judicial, ya que Wechsler aceptaba la crítica del realismo jurídico norteamericano de que los materiales del derecho no garantizan una única respuesta correcta en cuestiones legales complejas. La posición de Wechsler era que mientras los tribunales (incluyendo a la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, cuando interpreta la Constitución de ese país) podrían tener discrecionalidad al interpretar los documentos legales, esta discreción está limitada por la necesidad de que los tribunales decidan los casos sobre la base de “principios genuinos de derecho”, principios “neutrales” que trascendían el resultado inmediato. El artículo ponía en cuestión, de forma polémica, la famosa decisión de la Suprema Corte, en 1954, de eliminar la segregación en el caso *Brown vs. Board of Education*, no en función del resultado obtenido sino sobre la base de que el razonamiento estaba insuficientemente fundado en principios —porque no había un principio “neutral” para escoger “entre negar la asociación a aquellos individuos que la deseaban o imponerla sobre aquellos que no la querían”—.

Véase Hart, Henry M. Jr.; principios neutrales; proceso legal

Winch, Peter Filósofo norteamericano (1926-1997) cuyo trabajo más conocido, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy* (1958), intentó aplicar algunas ideas de Ludwig Wittgenstein sobre el lenguaje y el “seguir la regla” a las ciencias sociales. La importancia de Winch para la filosofía del derecho mana de dos fuentes: (1) la idea del enfoque *Verstehen* planteada en *The Idea of a Social Science*, el cual parece defender que sería inapropiado juzgar moralmente las prácticas de sociedades extranjeras, un punto de vista que ha tenido eco en campos tan diversos como la antropología y la teoría literaria, aunque también con algunas aplicaciones dentro de la teoría jurídica, y (2) la influencia que tuvo Winch en la manera en que H. L. A. Hart (1907-

1992) entendía las reglas y el “seguir la regla”, conceptos clave en su obra *El concepto de derecho* (1961). Junto con Friedrich Waismann (1896-1959), Winch fue un intermediario para que las ideas de Wittgenstein fueran inicialmente conocidas por Hart y por muchos otros teóricos del derecho de esa generación.

Véase Hart, H. L. A.; enfoque *Verstehen*; Waismann, Friedrich; Wittgenstein, Ludwig

Wittgenstein, Ludwig Pensador (1889-1951) cuyas reflexiones sobre el lenguaje, el significado, las matemáticas y la certeza —todas ellas incisivas, aunque a veces enigmáticas— han generado numerosos seguidores y muchas discusiones dentro de la filosofía. El impacto de Wittgenstein en la teoría jurídica se debe a diversos intentos que ha habido por usar sus reflexiones, en gran parte sin éxito, para justificar posiciones particulares en debates acerca de la interpretación jurídica y la determinación del derecho.

En las *Investigaciones filosóficas* (1953) Wittgenstein ofreció una serie de observaciones sobre “seguir la regla”: sobre el aprendizaje y la aplicación de reglas en el contexto de sencillas series matemáticas, sencillas palabras de los colores y cosas semejantes. La mayoría de los autores han interpretado estas observaciones como un esfuerzo para mostrar que el significado no está en “nuestra cabeza” ni depende de entidades platónicas (realistas metafísicamente). Saul Kripke (1940-), sin embargo, empleó las observaciones sobre “seguir la regla” como un punto de partida para elaborar una teoría escéptica del significado (*Wittgenstein y el lenguaje privado* (1982)). Tanto la versión escéptica de Wittgenstein ofrecida por Kripke, como la lectura anti-escéptica más convencional, han sido utilizadas para justificar enfoques particulares hacia la interpretación jurídica. Una tercera posición, al menos tan persuasiva como las otras, es que las observaciones de Wittgenstein no tienen una relevancia directa para la interpretación jurídica.

Existen además otros puntos específicos de influencia: p. ej., el concepto de “textura abierta” de H. L. A. Hart (1907-1992) deriva de un

concepto del mismo nombre perteneciente a la filosofía del lenguaje de Friedrich Waismann (1896-1959), mismo que, a su vez, pretendía desarrollar algunas de las ideas de Wittgenstein.

La influencia de Wittgenstein también puede considerarse en un nivel más general. Por ejemplo, algunas veces Wittgenstein es tomado (junto con otros teóricos) como una inspiración para tener un enfoque más “pragmático” o “contextual” hacia la interpretación y el entendimiento del derecho.

Véase seguir la regla, observaciones sobre; textura abierta; Waismann, Friedrich; Winch, Peter

Wright, George Henrik von Filósofo y lógico finlandés (1916-2003) que estudió con Ludwig Wittgenstein (1889-1951), a quien sucedió como profesor de filosofía en la Universidad de Cambridge, antes de regresar a enseñar a la Universidad de Helsinki. Von Wright es mejor conocido por su trabajo sobre lógica, causalidad, inducción y ética. Su trabajo sobre lógica deóntica, la lógica de las normas (p. ej. *Norma y acción: una investigación lógica* (1963)), el cual sigue siendo controvertido, tiene evidentes implicaciones para reflexionar sobre la naturaleza del derecho y para las discusiones de inferencia y verdad dentro del derecho.

Von Wright distinguió entre el análisis de normas y el análisis de las proposiciones sobre normas, en tanto que la primera es prescriptiva y la última es una descripción de cuáles normas “existen” dentro de un sistema normativo establecido (como el derecho). Von Wright era escéptico con respecto a la aplicación de las expresiones “verdadero” o “falso” a las normas, pero no en cuanto a la aplicación de esas expresiones a las proposiciones sobre normas. Por otra parte, mientras uno podría afirmar que las normas son “completas” (para cualquier actividad, a uno se le permite, prohíbe o exige llevarla a cabo) y sin contradicción, este no es necesariamente el caso para el derecho, como una colección de proposiciones normativas.

Asimismo, von Wright sugirió una distinción entre las normas entendidas como “lo que debería ser el caso” y las normas entendidas en términos de “lo que debería ser hecho”, arguyendo que el entendimiento particular de la lógica de la obligación y del razonamiento práctico podría variar dependiendo de qué concepción uno utilice.

Véase lógica deóntica