

# *El Postcríptum de Hart y el Carácter de la Filosofía Política\**

*Ronald Dworkin\*\**

## 1. *Arquimedeanos*

### *A. El Proyecto de Hart*

Cuando el profesor H.L.A. Hart murió, sus papeles contenían el borrador de un extenso comentario sobre mi propio trabajo en teoría del derecho, el que aparentemente planeaba publicar, una vez terminado, como epílogo a una nueva edición de su libro mejor conocido, *The Concept of Law*. No tengo idea de cuán satisfecho estaba con este borrador; contiene mucho que él bien podría no haber encontrado completamente satisfactorio. Sin embargo el borrador fue en efecto publicado como un Postcríptum a la nueva edición del libro. En esta conferencia discuto la acusación central y más importante del Postcríptum. En *The Concept of Law*, Hart se dispuso a decir lo que el derecho es y cómo el derecho válido ha de ser identificado, y reclamó, para ese proyecto, dos importantes características. Primero, afirmó, se trata de un proyecto descriptivo más bien que de uno moral o éticamente evaluativo: aspira a comprender pero no a evaluar las extendidas y elaboradas prácticas sociales del derecho. Segundo, se trata de un proyecto filosófico más bien que de uno jurídico. Es la función de los abogados el intentar descubrir qué es derecho para asuntos particulares—si acaso es contrario al derecho inglés exhibir un león en Picadilly, por ejemplo. Pero identificar lo que el derecho es en general no es solo un ejercicio jurídico particularmente ambicioso, sino uno filosófico, que requiere de métodos enteramente diferentes de aquellos

---

\* *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, No. 1 (2004), pp. 1-37. Esta traducción, realizada por Ernesto Riffo Elgueta, ha contado con el apoyo de la Dirección de Investigación de la Universidad de Chile por medio del proyecto “Derecho y Filosofía Moral” (DI SOC 06/21-2).

\*\* Frank Henry Summer Professor de Derecho y Filosofía, Escuela de Derecho de New York University y Quain Professor de Filosofía del Derecho, University College, Londres. Este es un texto revisado de la Conferencia Hart, dictada bajo los auspicios de la Tanner Foundation en Oxford University en febrero de 2001.

que los abogados utilizan día a día.

Impugnó ambas pretensiones. Sostuve que una teoría general acerca de cómo ha de ser identificado el derecho válido, como la propia teoría de Hart, no es una descripción neutral de la práctica jurídica, sino una interpretación de ella que aspira no solo a describirla sino a justificarla—a mostrar porqué la práctica es valiosa y cómo debería ser dirigida de manera de proteger y aumentar ese valor.<sup>1</sup> Si ello es así, entonces una teoría jurídica descansa ella misma sobre juicios y convicciones morales y éticos. También sostuve que la argumentación jurídica ordinaria tiene el mismo carácter: un juez o ciudadano que ha de decidir lo que el derecho es en algún asunto complicado debe interpretar el derecho pasado para ver que principios lo justifican mejor, y luego decidir lo que esos principios requieren en el nuevo caso. De manera que el carácter de la teoría del derecho de un filósofo no es diferente a, aunque desde luego es mucho más abstracta que, las afirmaciones jurídicas ordinarias que los abogados hacen caso a caso.

Hart insiste, en el Postscriptum, que yo estaba equivocado en ambas alegaciones: Yo no tenía derecho, afirmó, a negarle a su proyecto el especial carácter filosófico y descriptivo que él afirmaba que su teoría tenía. Mis propias reflexiones acerca de cómo los jueces deberían decidir los casos difíciles son morales y comprometidas, dijo, porque estoy criticando y evaluando sus actividades. Pero él, por el contrario, simplemente describe estas actividades de una forma general y filosófica, y las describe desde afuera, no como un participante activo en las guerras jurídicas sino como un estudioso desvinculado de esas guerras. Hay espacio en la filosofía del derecho para ambos proyectos, dijo, pero son diferentes proyectos.

La opinión de Hart sobre su propia metodología es típica de gran parte de la filosofía contemporánea. Áreas filosóficas de especialistas como la meta-ética y la filosofía del derecho florecen, cada una supuestamente alrededor de, pero sin participar en, algún tipo o departamento particular de la práctica social. Los filósofos examinan, desde afuera y por sobre ellas, la moralidad, la política, el derecho, la ciencia y el arte. Ellos distinguen el discurso de primer orden de la práctica que estudian—el discurso de los no-filósofos que reflexionan y discuten acerca de lo que es correcto o incorrecto, legal o ilegal, verdadero o falso, bello o mundano—desde sus propias plataformas de 'meta' discurso de segundo orden, en el cual se definen y exploran los conceptos de primer orden, y las afirmaciones de

<sup>1</sup> Véase mi libro, *Law's Empire*, Harvard University Press (1986).

primer orden son clasificadas y asignadas a categorías filosóficas. He llamado a este entendimiento de la filosofía 'arquimedeano', y esta es la época dorada del arquimedeanismo.

La más familiar de estas filosofías de especialistas es la así llamada 'meta-ética'. Ella discute el estuto lógico de los 'juicios de valor' que la gente común hace cuando dicen, por ejemplo, que el aborto es moralmente incorrecto, o que la discriminación racial es malvada o que es mejor traicionar el propio país que a un amigo. Algunos filósofos meta-éticos dicen que estos juicios de valor son o verdaderos o falsos, y que cuando son verdaderos entonces reportan correctamente algún hecho moral independiente de nuestros estados mentales. Otros niegan esto: dicen que los juicios de valor no son reportes acerca de una realidad independiente, sino que son más bien expresiones de emoción o gusto personal, o recomendaciones de conducta, o algo subjetivo de ese carácter. Pero los filósofos en ambos grupos insisten en que sus propias teorías—la teoría de que los juicios de valor son objetivamente verdaderos así como la teoría rival de que solo expresan la emoción moral—no son ellas mismas juicios de valor. Las teorías filosóficas de segundo orden acerca de los juicios de valor, insisten los filósofos, son neutrales, filosóficas, o no comprometidas. Ellas no toman posición sobre acerca de la moralidad del aborto o la discriminación o la amistad o el patriotismo. Son conceptuales o descriptivas, no sustantivas y comprometidas.

Argumenté contra este entendimiento de la meta-ética en trabajo anterior: Creo que las teorías filosóficas acerca de la objetividad o subjetividad de las opiniones morales son inteligibles solo como ellas mismas juicios de valor muy generales o abstractos.<sup>2</sup> Las afirmaciones de Hart acerca de sus propios métodos ilustran una forma de Arquimedeanismo distinta, si bien relacionada, la cual es más prominente en la filosofía política incluyendo la filosofía del derecho que en el filosofía moral. La distinción clave, una vez más, es entre niveles de discurso: en este caso entre los juicios de valor sustantivos, de primer orden, de la gente común acerca de la libertad, la igualdad, la democracia, la justicia, la legalidad y otros ideales políticos, y los análisis filosóficos, neutrales, de segundo orden, de estos conceptos de los filósofos políticos. La gente común—políticos y periodistas, ciudadanos y presidente—discuten acerca de la relativa importancia de estos ideales. Debaten acerca de si la legalidad debería en ocasiones ceder para asegurar

---

2 Véase mi artículo "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It" *Philosophy and Public Affairs*, Vol 25, Número 2 (Primavera, 1996) (en lo que sigue referido como Objectivity and Truth).

la justicia, o si acaso la libertad debería en ocasiones ser limitada para lograr la igualdad o preservar la comunidad. Los filósofos, por el contrario, intentan proveer explicaciones de lo que la legalidad o la libertad o la igualdad o la democracia o la justicia o la comunidad realmente son, esto es, aquello acerca de lo cual la gente ordinaria discute y está en desacuerdo. Una vez más el trabajo de los filósofos, en su opinión, es neutral entre las controversias. Es una cuestión descriptiva o conceptual qué son la libertad o la igualdad, y por qué el conflicto entre ellas es inevitable, y cualquier teoría filosófica que responda esas preguntas de segundo orden es neutral respecto de cuál de estos valores es más importante que otros, y cuál debería preferirse y cuál sacrificado en cuáles circunstancias.

Esta versión del Arquimedeanismo es errónea también. Sostendré aquí que las definiciones o análisis de los conceptos de igualdad, libertad, derecho y el resto son tan sustantivos, normativos y comprometidos como cualquiera de las opiniones en disputa en las batallas políticas que persisten alrededor de esos ideales. La ambición de Hart por una solución puramente descriptiva a los problemas centrales de la filosofía del derecho está mal concebida, como lo están también la pretensiones comparables de muchos destacados filósofos políticos.

### B. *El Caso de Sorenson*

Debo describir la versión del Arquimedeanismo de Hart en más detalle, y será útil para ese propósito tener ante nosotros un ejemplo de un complejo problema jurídico.<sup>3</sup> La Sra Sorenson sufría de artritis reumatoídea y por muchos años tomó un medicamento genérico—inventum—para aliviar su sufrimiento. Durante ese período el inventum era fabricado y comercializado bajo distintas marcas comerciales por 11 compañías farmacéuticas diferentes. De hecho el medicamento tenía serios efectos colaterales no revelados, que los fabricantes deberían hacer conocido, y la Sra Sorenson sufrió daño cardíaco permanente por tomarlo. Ella fue incapaz de probar la píldora de cuál de los fabricantes había tomado efectivamente, o cuándo, y desde luego fue incapaz de probar la píldora de cuál fabricante la había perjudicado. Ella demandó a las compañías que había fabricado el inventum todas juntas, y sus abogados sostuvieron que cada una de ellas era responsable ante ella en proporción a su cuota del mercado del

---

3 Mi ejemplo es inventado. Para casos reales que involucran la responsabilidad por cuota de mercado, véase, e.g. *Sindell v Abbott Labs.*, 607 P.2d 924, 935-38 (1980), y los casos ahí citados.

medicamento durante los años de su tratamiento. Las farmacéuticas replicaron que la petición de la demandante era completamente novedosa y contradecía la premisa largamente establecida del derecho de daños de que nadie es responsable por perjuicios que no se puedan demostrar haber sido causados por él. Dijeron que ya que la Sra Sorenson no podía mostrar que ninguno de los demandados la había perjudicado o siquiera fabricado nada del inventum que tomó, ella no podía repetir contra ninguno de ellos.

¿Cómo deberían los abogados y jueces decidir cuál parte—la Sra Sorenson o las farmacéuticas—está en lo correcto en sus pretensiones acerca de lo que el derecho en efecto exige? En mi propia opinión, como dije antes, deberían tratar de identificar los principios generales que subyacen y justifican el derecho de la responsabilidad por productos establecido, y luego aplicar esos principios a este caso. Podrían encontrar, como insistían las farmacéuticas, que el principio que nadie es responsable por un daño del cual no pueda mostrarse que ni él ni nadie por quien él sea responsable haya causado está tan firmemente incrustado en los precedentes que [la demanda de] la Sra Sorenson debe por lo tanto ser desestimada sin indemnización. O podrían encontrar, por el contrario, apoyo considerable para un principio rival—que quienes se han beneficiado de alguna empresa deben soportar asimismo los costos de tal empresa, por ejemplo—que justificaría la novedosa indemnización por cuota de mercado.<sup>4</sup> De manera que en la opinión que yo prefiero la Sra Sorenson podría tener, pero no necesariamente tiene, el mejor argumento jurídico. Todo depende de la mejor respuesta a la difícil pregunta de cuál conjunto de principios provee la mejor justificación del derecho en esta área como un todo.

La respuesta de Hart a casos como el de Sorenson era completamente diferente. Él resumió esa respuesta en el Postscriptum al que me referí en estas palabras:

De acuerdo a mi teoría, la existencia y el contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (e.g. la legislación, las decisiones judiciales, las costumbres sociales) sin referencia a la moralidad excepto donde el derecho así identificado ha él mismo incorporado criterios morales para la identificación del derecho.<sup>5</sup>

(Llamaré a esta opinión—acerca de cómo el derecho ha de ser identificado

4 Véase *Ira S Bushey & Sons Inc. v United States* 398 F 2nd 167 (1968).

5 H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1994) en 269.

en casos difíciles como el de Sorenson— la 'tesis de las fuentes' de Hart.) Hart y yo discordamos, entonces, acerca de en qué medida y de qué maneras los abogados y jueces deben hacer sus propios 'juicios de valor' para identificar el derecho en casos particulares. En mi opinión, la argumentación jurídica es de modo característico y penetrante argumentación moral. Los abogados deben decidir cuál de los conjuntos de principios en competencia provee la mejor—la moralmente más convincente—justificación de la práctica jurídica como un todo. De acuerdo a la tesis de la fuentes de Hart, por otro lado, la argumentación jurídica es normativa solo cuando las fuentes sociales hacen a los estándares morales parte del derecho. Ninguna legislatura o decisión judicial pasada ha hecho a la moralidad pertinente en el caso de la Sra Sorenson de manera que, en opinión de Hart, ningún juicio ni deliberación morales forma parte de la pregunta si acaso ella tiene derecho a lo que pidió. En lo que al derecho concierne, abría dicho, ella debe perder.

En vista de que Hart y yo mantenemos opiniones opuestas acerca del mismo asunto—cómo decidir si acaso la Sra Sorenson tenía una pretensión jurídicamente válida—es difícil dar crédito a su afirmación de que no estamos realmente en desacuerdo o que no estamos tratando de responder las mismas preguntas. Pero persiste el asunto sobre cómo debería caracterizarse el proyecto que compartimos. Su explicación, afirmó en el Postscriptum 'es descriptiva en que no busca justificar o recomendar en fundamentos morales, o en otros, las formas o estructuras que aparecen en mi descripción general del derecho'.<sup>6</sup> Él afirmó que era concebible que yo estuviera en lo correcto y él equivocado acerca de cómo ha de identificarse el derecho. Quizás tengo razón en que los abogados y jueces deben hacer juicios de valor para descubrir el derecho en todos los casos difíciles. Pero si yo estuviera en lo correcto sobre eso, insistió él, sería solo porque mi explicación de la práctica jurídica de primer orden es una mejor descripción de segundo orden de esa práctica que la suya. De manera que estamos en desacuerdo no solo sobre cómo el derecho ha de ser identificado, sino también sobre qué tipo de teoría es una respuesta general a esa pregunta. Él creía que tal teoría es pura y solamente una descripción de la práctica jurídica. Yo creo que tal teoría es una interpretación de la práctica jurídica que hace y descansa sobre pretensiones morales y éticas.

En un respecto, sin embargo, estamos en el mismo bote. Ambos creemos que entenderemos la práctica y los fenómenos jurídicos de mejor manera si nos

---

6 Ibid en 240. [La cita no está bien hecha en el original. Para que fuera correcta deberían agregarse puntos suspensivos entre corchetes ([...]) indicando que se ha omitido parte del texto. (N. del T.)]

empeñamos en estudiar, no el derecho en alguna manifestación particular, como el derecho de la reponsabilidad por productos en Escocia, sino el concepto mismo de derecho. Nuestros distintas afirmaciones acerca de la naturaleza y los métodos adecuados de ese estudio conceptual, sin embargo, pueden parecer cada uno misterioso, aunque por razones distintas. Las investigaciones conceptuales generalmente son contrastadas con las empíricas. ¿Cómo puede Hart pensar que su estudio conceptual es 'descriptivo'? ¿Qué sentido de 'descriptivo' tiene en mente? Las investigaciones conceptuales también son contrastadas normalmente con las evaluativas. ¿Cómo puedo yo pensar que un estudio es ambos, conceptual y evaluativo? ¿De qué manera puede el decidir sobre cómo debería ser el derecho ayudarnos a ver lo que, en su naturaleza misma, en efecto es? Estas son preguntas suficientemente importantes como para justificar cambiar el tema por varias páginas.

## *2. Conceptos Políticos*

Los filósofos políticos construyen definiciones o análisis de conceptos políticos clave: de justicia, libertad, igualdad, democracia y los demás. John Stuart Mill e Isaiah Berlin, por ejemplo, ambos definieron la libertad (toscamente) como la habilidad de hacer lo que quisieras hacer libre de los constreñimientos o la coerción de otros, y esa definición ha sido popular entre otros filósofos. En esa explicación, las leyes que prohíben el crimen violento son una invasión de la libertad de todos. Casi todos los filósofos que aceptan esta propuesta agregan rápidamente que, si bien tales leyes invaden la libertad, son plenamente justificables—la libertad, insisten, debe a veces ceder ante otros valores. Ese juicio ulterior es un juicio de valor: toma posición respecto de la importancia relativa de la libertad y la seguridad, y algunos libertarios extremos podrían en efecto rechazarlo. Sin embargo, insistió Berlin, la definición misma, de acuerdo a la cual las leyes contra la violencia comprometen la libertad, no es un juicio de valor: no es una aprobación, una crítica, o una cualificación de la importancia relativa de la libertad, sino solo un enunciado políticamente neutro de los que la libertad, entendida adecuadamente, realmente es. Algunas conclusiones muy importantes se siguen de esa afirmación supuestamente neutral: en particular, que las virtudes políticas de la libertad y la igualdad deben inevitablemente entrar en conflicto en la práctica. La elección entre estos, cuando entran en conflicto, dijo Berlin, es una

cuestión respecto de la cual las personas diferirán. Pero que deben entrar en conflicto, de manera que alguna tal elección es necesaria, no era en sí mismo un asunto de juicio moral o político para él, sino un hecho conceptual de algún tipo.

Berlin era, entonces, un Arquimedeano respecto de la filosofía política: el proyecto de analizar lo que la libertad realmente significa, pensó, debe ser perseguido por medio de alguna forma de análisis conceptual que no involucra el juicio, supuestos, o razonamiento normativos. Otros filósofos insisten que la libertad es, entre otras cosas, una función del dinero, de manera que los impuestos a los ricos disminuyen su libertad. Esa definición, insisten, deja plenamente abierta la cuestión sobre si los impuestos son en principio justificados a pesar de su impacto sobre la libertad. Permite el juicio de valor de que los impuestos son malos, pero también el juicio de valor opuesto de que los impuestos, como hacer de la violencia un crimen, es son un compromiso justificable de la libertad. Otros filósofos políticos han tratado otros valores políticos de forma paralela. Es una idea muy popular, por ejemplo, que la democracia significa el gobierno de la mayoría. Se dice que esa definición deja abiertas, para decisión y argumentos sustantivos, tales preguntas como si acaso la democracia es buena o mala, y si acaso debería ser comprometida por límites al gobierno de la mayoría que podrían incluir, por ejemplo, un sistema constitucional de derechos individuales frente a la mayoría hechos valer por medio de la revisión judicial. Estas preguntas ulteriores, de acuerdo a la opinión Arquimedeano, son sustantivas y normativas, pero la pregunta de entrada, sobre lo que la democracia es, es conceptual y descriptiva. Estas diversas explicaciones de la libertad y la democracia son Arquimedeanas porque si bien son teorías acerca de una práctica social normativa—la práctica política cotidiana de argumentar acerca de la libertad y la democracia—afirman ellas mismas no ser teorías normativas. Afirman más bien ser teorías filosóficas o conceptuales que son solo descriptivas de una práctica social y neutrales entre las controversias que componen esa práctica.

Esa afirmación es puesta en duda, sin embargo, por dos dificultades conectadas. Primero, el debate político cotidiano a menudo incluye, no solo como una entrada neutral a las controversias sustantivas sino como un elemento central en esas controversias, debate acerca los asuntos conceptuales mismos que los filósofos estudian. Segundo, el término 'descriptivo' es ambiguo—hay muchas maneras o dimensiones en las cuales una práctica puede ser 'descrita'. De manera que los Arquimedeanos deben elegir un sentido de descripción más preciso para

hacer defendible su posición. Pero no pueden hacer esto: cada sentido de 'descripción', considerados uno a la vez, prueba ser patentemente irrelevante. Debemos examinar estas objeciones, fatales de manera independiente, sucesivamente.

### A. *Controversia Sobre Conceptos*

Las controversias de los filósofos a menudo son también controversias políticas. Justo ahora existe un vigoroso debate no solo en Estados Unidos sino en todo el mundo, acerca de si acaso la revisión judicial es o no inconsistente con la democracia. Los abogados y los políticos que debaten sobre esto no asumen simplemente que democracia significa gobierno de la mayoría, de manera que la revisión judicial sea por definición no democrática y que la única pregunta que quede por ser decidida sea si acaso es pese a ello justificada. Por el contrario, los abogados y políticos debaten acerca de los que la democracia realmente es: algunos de ellos insisten que la revisión judicial no es inconsistente con la democracia porque la democracia no significa solo gobierno de la mayoría, sino gobierno de la mayoría sujeto a aquellas condiciones que hacen al gobierno de la mayoría justo.<sup>7</sup> La mayoría de quienes se oponen a la revisión judicial rechazan esta definición más compleja de democracia e insisten que democracia solo significa gobierno de la mayoría, o, tal vez, gobierno de la mayoría limitado solo por unos pocos y estrechos derechos procedimentales, incluyendo la libertad de expresión, antes que por el conjunto completo de derechos que son ahora típicamente protegidos en constituciones nacionales e internacionales. Los políticos que defienden los impuestos no conceden que los impuestos invadan la libertad. Por el contrario, niegan esto e insisten que los impuestos, en sí mismos, no tienen ningún impacto alguno sobre la libertad. Algunos políticos y polemistas, estoy de acuerdo, declaran que los impuestos defraudan la libertad, pero, al menos en Estados Unidos, estos son todos políticos que odian los impuestos y desean ponerles fin. Si la definición de democracia o libertad es realmente un asunto neutral—de entrada—, sin implicaciones para el debate y decisión sustantivos, entonces ¿por qué habrían los políticos y ciudadanos de perder el tiempo discutiendo sobre ello? ¿Por qué no le ha enseñado el sentido común a la gente

---

<sup>7</sup> Véase mi libro, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge: Harvard University Press 1996) particularmente la Introducción.

común a converger en una definición estándar de estos conceptos—que democracia significa gobierno de la mayoría, por ejemplo—de manera que puedan ahorrar sus energías para los asuntos genuinamente sustantivos, como el problema si acaso la democracia debería en ocasiones ceder ante otros valores? Podría afirmarse, en respuesta, que la gente es atraída a las definiciones que parecen apoyar de manera más natural sus propias posiciones sustantivas. Pero esa réplica concede la objeción: si las definiciones realmente son neutrales, ¿por qué habría de entenderse cualquier definición particular como una ventaja argumentativa?

El cuento Arquimedeano ignora la forma en que los conceptos políticos realmente funcionan en el debate político. Sirven como abstractas mesetas de acuerdo. Casi todos está de acuerdo en que los valores en cuestión son al menos de alguna importancia, y quizás de gran importancia, pero ese acuerdo deja abiertos asuntos sustantivos acerca de lo que más precisamente estos valores son o significan. Vemos esto de la forma más dramática en el caso del concepto político más abstracto de todos: justicia. La gente no disputa mucho la importancia de la justicia: normalmente es una objeción decisiva a una decisión política el que es injusta. Las disputas sobre la justicia casi siempre toman la forma de desacuerdos, no sobre cuán importante es la justicia o sobre cuándo debería ser sacrificada ante otros valores, sino sobre qué es. Eso es, podríamos decir, donde está la acción. Sería, entonces, de lo más implausible tratar una teoría filosófica de *ese* concepto como Arquimedeano: esto es, sería implausible suponer que una teoría informativa acerca de la naturaleza de la justicia podría ser neutral respecto de asuntos de debate político sustantivo. Es verdad, los filósofos escépticos de la justicia—quienes argumentan que la justicia está solo en el ojo del observador, o que los reclamos de justicia son solo proyecciones de emociones—a menudo suponen que sus propias teorías son neutrales. Pero sería muy sorprendente encontrar un filósofo defendiendo una concepción positiva de la justicia—que la justicia política consiste en los arreglos que maximizan la riqueza de una comunidad, por ejemplo—que creyera que su teoría no sea ella misma una teoría normativa. Los filósofos de la justicia entienden que ellos están tomando partido: [entienden] que sus teorías son tan normativas como las afirmaciones acerca de la justicia y la injusticia que los políticos, editorialistas y ciudadanos hacen. Los conceptos más densos de libertad, igualdad y democracia cumplen el mismo rol en el debate político, y las teorías acerca de la naturaleza de esos conceptos también son normativas. Estamos de acuerdo en que la democracia es de gran importancia, pero estamos en

desacuerdo sobre cuál concepción de la democracia da cuenta y expresa de mejor manera esa importancia. Ninguno de quienes discuten acerca de si acaso la revisión judicial es inconsistente con la democracia aceptaría que la cuestión sobre lo que la democracia realmente es, adecuadamente entendida, es un asunto descriptivo que ha de ser establecido estudiando, por ejemplo, cómo la mayoría de la gente usa la palabra 'democracia'. Ellos entienden que su disputa es profunda, esencialmente sustantiva.<sup>8</sup>

Debería enfatizar la diferencia entre la posición que ahora defiendo y la opinión más familiar de varios filósofos, que es que los conceptos políticos más destacados son conceptos descriptivos y normativos 'mezclados'. De acuerdo a esta familiar opinión los concepto de democracia, libertad y los demás tienen componentes emotivos y descriptivos, y los filósofos pueden desenredarlos el uno del otro. El significado emotivo es una cuestión de práctica social y expectativas: en nuestra cultura política declarar alguna práctica como no democrática es casi inevitablemente pensado y entendido como una crítica, y algún extraño que no entendiera eso habría pasado por alto algo crucial sobre el concepto. Pero, de acuerdo a esta opinión, la democracia sin embargo tiene un sentido completamente separable y descriptivo: significa (de acuerdo a una explicación) gobierno de acuerdo a la voluntad mayoritaria, y no habría contradicción, a pesar de la sorpresa que ocasionaría, en que alguien dijera que Estados Unidos es una democracia y tanto peor por ello. Los filósofos políticos Arquimedeanos que insisten en que sus teorías de los valores políticos centrales son neutrales no están, , por lo tanto, de acuerdo a esta teoría, cometiendo error alguno. Desde luego están conscientes de la fuerza o carga política que estos conceptos llevan, pero ignoran esa carga al dejar expuesto el significado descriptivo subyacente, en sí mismo neutral.

La verdad, sostengo, es diferente. Los conceptos de libertad, democracia y los demás funcionan en el pensamiento y habla cotidiana como conceptos interpretativos de *valor*: su sentido descriptivo es disputado, y la disputa gira en torno a cuál asignación de un sentido descriptivo captura o discierne de mejor manera ese valor. El significado descriptivo no puede ser desprendido de la fuerza evaluativa porque aquel dependa de esta de esa manera. Desde luego es posible que un filósofo o un ciudadano insistan que, después de todo, no hay valor alguno

---

8 Alguien bien podría decir, apuntando a lo que considera ser un caso claro—China, por ejemplo—'No llamarías a eso una democracia, ¿lo harías?' Pero esta es una movida estratégica, y la respuesta, 'Sí lo haría, y lo mismo haría la mayoría de la gente', sería decepcionante pero no en sí misma, incluso si fuera verdadera, una refutación.

en la democracia o en la libertad o en la igualdad o en la legalidad. Pero no puede defender esa postura simplemente eligiendo una entre las muchas explicaciones en disputa de libertad, por ejemplo, y luego insistir que, así entendida, la libertad no tiene valor. Debe afirmar, no simplemente que la libertad de acuerdo a alguna concepción carece de valor, sino que carece de valor en la mejor concepción defendible, y esa es una empresa mucho más ambiciosa que no separa los significados descriptivos y evaluativos sino que explota la interconexión entre ellos.

### B. *¿Descriptivo Cómo?*

La segunda dificultad que mencioné se hace absoluta cuando preguntamos en qué sentido de 'descriptivo' el proyecto filosófico supuestamente de segundo orden de identificar un valor descriptivo es un proyecto descriptivo más bien que normativo. ¿Es el supuesto proyecto un análisis semántico dirigido a descubrir los criterios que la gente común de hecho usan, tal vez todos sin saberlo, cuando describen algo como una invasión de la libertad o como no igualitario o no democrático o ilegal? ¿O es un proyecto estructural que apunta a descubrir la verdadera esencia de los que la gente describe de esa forma, algo como el proyecto científico de identificar la verdadera naturaleza de un tigre en su estructura genética o la verdadera naturaleza del oro en su estructura atómica? ¿O es una búsqueda de una impresionante generalización estadística de algún tipo—quizás uno ambicioso que dependa del descubrimiento de alguna ley sobre la naturaleza o conducta humanas que guíe a la gente a denunciar el mismo acto como no liberal, por ejemplo, o quizás de un tipo de generalización menos ambicioso que solo afirma que, de hecho, la mayoría de la gente considera un tipo particular de decisión política como no liberal.

Deberíamos revisar este breve catálogo de posibilidades. La sugerencia semántica asume un cierto trasfondo fáctico. Asume que el uso de 'libertad', 'democracia', y los otros nombres de conceptos políticos está gobernado—en nuestro lenguaje—por criterios compartidos que determinan si acaso un uso es correcto o incorrecto, o cae en alguna área limítrofe entre los dos. Puede no ser obvio en un comienzo lo que estos criterios son—en efecto, si el proyecto filosófico vale la pena, eso no será obvio. Pero atención cuidadosa, ayudada por experimentos mentales acerca de lo que parecería correcto decir en situaciones

particular, traerá esos criterios escondidos a la superficie. Estas suposiciones semánticas son plausible en algunos casos: cuando estudiamos el concepto de un artefacto, por ejemplo. Si describiese una sola hoja de papel con impresiones sobre ella como un libro, estaría cometiendo un error porque existen criterios compartidos para la aplicación del concepto de libro, y estos excluyen un sola hoja. Si acaso uso 'libro' correctamente depende de cómo la palabra es usada usualmente, y si digo que una sola página de texto es un libro excelente he dicho algo falso.

Algunos filósofos han cometido el error, creo, de suponer que todos los conceptos son gobernados por criterios compartidos de ese modo, o al menos de asumir de manera no crítica que los conceptos que estudian son gobernados de ese modo.<sup>9</sup> Pero muchos conceptos, incluyendo aquellos de mayor importancia para los filósofos políticos, simplemente no lo son. El trasfondo de criterios compartidos no se sostiene—para volver a nuestro caso más sencillo—para el caso de justicia. De seguro, podemos imaginar afirmaciones sobre la justicia o la injusticia que parecerían descartados por razones semánticas. Cometería un error conceptual si insitiera, y quisiera decir literalmente, que siete es el más injusto de los números primos.<sup>10</sup> Pero no podemos imaginar afirmaciones sobre la justicia de siquiera la menor importancia siendo descartadas de esa forma.

Eso es verdadero también, como hemos visto ya, de los conceptos más densos de igualdad, libertad, democracia, patriotismo, comunidad y los demás. Una vez más podemos construir ejemplos ridículos de errores lingüísticos que involucren estos conceptos: la afirmación, por ejemplo, de que un país se vuelve automáticamente menos democrático cuando su pluviosidad anual aumenta. Pero no existen criterios estándar de uso a partir de los cuales se siga, en uno u otro sentido, si acaso la revisión judicial pone en riesgo la democracia, o si acaso todas las leyes penales invaden la libertad de las personas, o si acaso los impuestos comprometen la libertad. Tampoco cree nadie que el uso estándar pueda resolver tales controversias. Si acaso la revisión judicial es inconsistente con la democracia no depende de lo que la mayoría de las personas piense o de cómo hable la mayoría de la gente, y las personas tienen desacuerdos genuinos acerca de la democracia, libertad, e igualdad, a pesar del hecho de que cada uno usa una

---

9 Véase mi discusión del 'aguijón semántico' en *Law's Empire* [en 45 y ss. (N. del T.)].

10 No pretendo descartar una afirmación poética en esta línea: si Abril es el mes más cruel, entonces siete podría ser llamado, en el contexto apropiado, el número más injusto.

concepción algo diferente de estos valores políticos. En efecto, los desacuerdos políticos de la gente son particularmente profundos cuando están en desacuerdo acerca de lo que la democracia o la libertad realmente son.

Deberíamos entonces pasar a la segunda posibilidad en nuestro catálogo. Algunos de nuestros conceptos son gobernados no por los supuestos de trasfondo acerca de criterios compartidos que acabo de describir sino por un conjunto completamente distinto de supuestos: que la atribución correcta de un concepto es fijada por una cierta clase de hechos acerca de los objetos en cuestión, hechos que pueden ser objeto de un error muy generalizado. Lo que los filósofos llaman 'clases naturales' proveen ejemplos claros. La gente usa la palabra 'tigre' para describir una cierta clase de animal. Pero los zoólogos pueden descubrir, a través del análisis genético adecuado, que solo algunos de los que la gente tigras son realmente tigres; algunos de ellos pueden ser un animal diferente, con una composición genética muy distinta, que se ven exactamente como tigres. De esta forma, al identificar el ADN distintivo de los tigres, los científicos pueden mejorar nuestro entendimiento de la naturaleza o esencia de los tigres. Podemos contar una historia paralela acerca de otras clases naturales incluyendo, por ejemplo, el oro. Un análisis químico sofisticado puede mostrar que parte de, o de hecho todo, lo que la mayoría de la gente ahora llama oro no es realmente para nada oro sino oro de tontos.

¿Son los conceptos políticos de democracia, libertad, igualdad y los demás como eso? ¿Describen estos conceptos, si no clases naturales, al menos clases políticas que como las clases naturales podemos entender que tienen una estructura física o esencia arraigada? ¿O al menos alguna estructura que sea susceptible de ser descubierta por parte de algún proceso enteramente científico, descriptivo, no normativo? ¿Pueden los filósofos esperar descubrir lo que la igualdad o la legalidad realmente son por medio de algo como un análisis de químico o de ADN? No. Eso es un sinsentido. Podríamos aspirar a tal idea. Podríamos compilar una lista de todos los ordenamiento del poder político, pasados y presentes, respecto de los cuales estaríamos de acuerdo que son ordenamientos democráticos, y entonces preguntar cuáles de las características que todas esas instancias comparten son esenciales para que cuenten como democracia y cuáles son solo accidentales o dispensables. Pero este refrito pseudocientífico de nuestra pregunta no nos ayudaría, porque aún necesitaríamos una explicación de lo que hace una característica de un ordenamiento social o político esencial a su carácter democrático, y otra característica solo contingente, y una vez que hemos rechazado

la idea de que la reflexión sobre el significado de la palabra 'democracia' nos proveerá esa distinción, nada más lo hará.

Eso es verdadero no solo de los conceptos políticos sino de todos los conceptos de diferentes clases de ordenamientos o instituciones sociales. Supóngase que un grupo de trabajo fuera reunido para compilar una larga lista de las distintas clases de ordenamientos jurídicos y sociales, a lo largo de los siglos que ahora describiríamos como todas las instancias del matrimonio, a pesar de sus enormes diferencias institucionales y de otro tipo. Supóngase que encontráramos que en cada caso en nuestra enormemente larga lista ha estado involucrada alguna ceremonia y que en ningún caso esta ceremonia fue llevada a cabo para unir a dos personas del mismo sexo. Ahora surge la pregunta—imaginemos que por primera vez—si acaso un matrimonio del *common law* es realmente un matrimonio o si acaso los homosexuales pueden, como cuestión conceptual, casarse. ¿No sería acaso una locura suponer que estas preguntas acerca de la naturaleza del matrimonio podrían ser resueltas mirando, tan largamente como fuera, la lista que hemos compilado?

De manera que no puede mostrarse que el análisis filosófico de conceptos sea descriptivo sobre el modelo de la investigación científica de las clases naturales. La libertad no tiene ADN. Ahora pasemos a la tercera posibilidad en nuestra lista. Ahora suponemos que la filosofía política Arquimedea es científica en un sentido más informal. Aspira solo a generalizaciones históricas, de manera que, tal como podríamos decir que de hecho ningún matrimonio homosexual ha sido reconocido en ningún lugar en el pasado, también podríamos decir, si la evidencia apoyara esta proposición, que en el pasado la gente siempre ha considerado la revisión judicial como inconsistente con la democracia. Pero esto parece no solo más débil que las afirmaciones conceptuales que los filósofos políticos hacen, sino demasiado débil para distinguir la filosofía política de la historia social o la antropología política. Isaiah Berlin dijo no solo que a menudo se ha pensado que la libertad y la igualdad entran en conflicto sino que entran en conflicto, en su naturaleza, y no podría haber apoyado esa ambiciosa afirmación simplemente apuntando (incluso si esto fuera cierto) que casi nadie lo había dudado jamás. Es verdad, podríamos reforzar el interés de tales generalizaciones antropológicas intentando explicarlas en [términos de] la teoría biológica, cultural o económico-jurídica. Pero eso no sería de mucha ayuda. No provee ningún argumento efectivo a favor de la proposición que el matrimonio está por su misma

naturaleza o esencia limitado a parejas heterosexuales insistir que hay buenas explicaciones darwinianas o económicas de por qué el matrimonio homosexual ha sido rechazado en todas partes.

### C. *¿Conceptual y Normativo?*

Aun así, tal como simplemente hay algo diferente entre el argumento de un abogado respecto a si la Sra Sorenson debería ganar su caso y el argumento de un filósofo acerca de lo que el derecho es, asimismo hay algo diferente entre la forma en que un político apela a la libertad o la democracia o la igualdad y la estudiada concepción de un filósofo de estos ideales. Si no podemos distinguir entre los dos suponiendo que la empresa del filósofo es descriptiva, neutral y desvinculada, entonces, ¿cómo podemos identificar la diferencia? ¿Podemos decir que el compromiso del filósofo es conceptual de alguna forma en la que el del político no lo es? ¿Cómo puede un argumento normativo ser además conceptual? Y si puede, ¿por qué no es el argumento del político conceptual también?

Volvamos por un momento al argumento que di sobre las clases naturales: de hecho existen semejanzas instructivas entre las clases naturales y los conceptos políticos que ignoré en ese argumento. Las clases naturales tienen la siguiente importante propiedad. Son reales: ni su existencia ni sus aspectos dependen de la inventiva o creencia o decisión de nadie. Tienen una estructura profunda—su perfil genético o carácter molecular—que explica el resto de sus características, incluyendo las características superficiales a través de las cuales los reconocemos sea o no que estemos conscientes de esa estructura profunda. Reconocemos el agua en parte porque es transparente y líquida a temperatura ambiente, por ejemplo, y la estructura profunda del agua—su composición molecular—explica por qué tiene esas características. Los valores políticos y otros valores son en casi todos esos aspectos como las clases naturales. En primer lugar, los valores políticos, también, son reales: la existencia y el carácter de la libertad como valor no depende de la inventiva o creencia o decisión de nadie. Esa es, lo sé, una afirmación controversial: muchos filósofos la disputan. Pero asumiré que es verdadera.<sup>11</sup> En segundo lugar, los valores políticos tienen una estructura profunda que explica sus manifestaciones concretas. Si los impuestos progresivos son injustos, son injustos en virtud de alguna propiedad más general, fundamental, de las instituciones justas

<sup>11</sup> Véase *Objectivity and Truth*.

de la que los impuestos progresivos carecen. Esa, también, es una afirmación controversial: sería rechazada por los 'intuicionistas', quienes creen que los hechos morales concretos son simplemente verdaderos en y respecto de ellos mismos, en cuanto son, en su opinión, aprehendidos como verdaderos. Pero una vez más asumiré que es verdadera.

La diferencia entre clases naturales y valores políticos que enfaticé, desde luego, permanece tras notar estas semejanzas. La estructura profunda de las clases naturales es física. La estructura profunda de los valores políticos no es física—es normativa. Pero tal como un científico puede esperar obtener, como una clase distinta de proyecto, revelar la naturaleza misma de un tigre o del oro revelando la estructura física básica de estas entidades, asimismo un filósofo político puede aspirar a revelar la naturaleza misma de la libertad revelando su núcleo normativo. En cada caso podemos describir la empresa, si lo deseamos, como conceptual. El físico nos ayuda a ver la esencia del agua; el filósofo nos ayuda a ver la esencia de la libertad. La diferencia entre estos proyectos, tan grandiosamente descritos, y proyectos más mundanos—entre descubrir la esencia del agua y descubrir la temperatura a la cual se congela, o entre identificar la naturaleza de la libertad y decidir si acaso los impuestos ponen en riesgo la libertad—es finalmente solo una cuestión de grados. Pero la exhaustividad y el carácter fundamental del estudio más ambicioso—su aspiración autoconsciente de descubrir algo que es fundamental a modo de explicación—justifica reservarle el nombre de conceptual. No podemos afirmar sensatamente que un análisis filosófico de un valor es conceptual, neutral y desvinculado. Pero podemos afirmar sensatamente que es normativo, comprometido, y conceptual.

[...]

### 3. *Derecho*

#### A. *La Defensa de Hart*

El derecho es un concepto político: las personas lo usan para formar pretensiones *de* derecho, esto es, pretensiones de que el derecho de uno u otro lugar prohíbe o permite o requiere ciertas acciones, o provee ciertas asignaciones, o tiene otras consecuencias. Una enorme práctica social está construida alrededor de hacer,

disputar, defender y decidir respecto de tales pretensiones. Pero su carácter es elusivo. ¿Qué quiere decir realmente la afirmación de que 'el derecho' requiere algo? ¿Qué en el mundo hace verdadera esa afirmación cuando es verdadera, y falsa cuando es falsa? El derecho inglés requiere que las personas paguen impuestos periódicamente, y que paguen compensación si incumplen sus contratos, excepto en ciertas circunstancias. Estas proposiciones son verdaderas, les dirán los abogados ingleses, por lo que el Parlamento ha legislado y lo que los jueces ingleses han decidido en el pasado. ¿Pero por qué tienen estas instituciones particulares (más bien que, por ejemplo, una asamblea de los rectores de las universidades más importantes) el poder de hacer verdaderas las proposiciones jurídicas? Los abogados a menudo afirman, más aun, que alguna proposición jurídica es verdadera—por ejemplo, que la Sra Sorenson tiene derecho a una cuota de compensación de cada una de las compañías farmacéuticas—cuando ninguna legislatura o jueces pasados lo han declarado o decidido así. ¿Qué más, aparte de estas fuentes institucionales, puede hacer verdadera una proposición jurídica? Los abogados a menudo están en desacuerdo acerca de si alguna afirmación jurídica, incluyendo aquella, es verdadera, incluso cuando conocen todos los hechos sobre lo que las instituciones han decidido en el pasado. ¿Sobre qué están en desacuerdo? Queremos, además, responder estas preguntas no solo para un sistema jurídico particular, como el derecho inglés, sino para el derecho en general, ya sea en Alabama o Afganistán, o en cualquier otra parte. ¿Podemos decir algo, en general, acerca de lo que hace verdadera a una afirmación jurídica donde sea que es verdadera? ¿Puede haber proposiciones jurídicas verdaderas en lugares con tipos de instituciones políticas muy diferentes de las que nosotros tenemos? ¿O sin ninguna institución política reconocible del todo? ¿Existe una diferencia, en Inglaterra o en cualquier otro lugar, entre la afirmación de que el derecho requiere a alguien cumplir los contratos que firmó y la predicción de que los oficiales lo castigarán si no lo hace? ¿O entre esa afirmación y la afirmación aparentemente diferente de que está moralmente obligado a cumplir sus contratos? Si una afirmación jurídica es diferente de ambas, una predicción de consecuencias y la afirmación de una obligación moral, ¿cómo, exactamente, es diferente?

Hart se dispuso a responder estas antiguas preguntas en *The Concept of Law*. Cité su propio resumen de su respuesta—la tesis de las fuentes—antes. Los detalles de esa tesis son bien conocidos entre filósofos del derecho. Hart creyó que en cada comunidad en que se hagan afirmaciones jurídicas la gran parte de los oficiales de

la comunidad aceptan, como una clase de convención, alguna regla maestra de reconocimiento que identifica qué hechos, históricos u otros, o eventos hacen verdaderas las afirmaciones jurídicas. Estas convenciones podrían ser muy diferentes de un sistema jurídico a otro: en un lugar la convención maestra podría identificar las legislaturas y decisiones judiciales pasadas como la fuente de afirmaciones jurídicas verdaderas, mientras que en otro la convención podría identificar la costumbre o incluso la corrección moral como la fuente. Qué forma tome la convención, en cualquier comunidad particular, es una cuestión de hecho social: todo gira sobre lo que la gran parte de los oficiales en esa comunidad resulta haber acordado como el examen maestro. Pero es parte del concepto mismo de derecho que en cada comunidad alguna convención maestra existe y selecciona lo que cuenta como derecho para esa comunidad.

La tesis de las fuentes de Hart es controversial: mi propia opinión de lo que hace a las afirmaciones jurídicas verdaderas cuando son verdaderas es muy diferente, como dije. Lo que importa ahora, sin embargo, no es la adecuación de la teoría de Hart sino su carácter. La práctica jurídica cotidiana de primer orden puede consistir en juicios de valor en competencia: así será, dije Hart en el Postscriptum, si la regla de reconocimiento maestra de la comunidad utiliza estándares morales como parte del examen para las afirmaciones jurídicas válidas. Pero su propia teoría, insiste, que describe la argumentación jurídica cotidiana, no es una teoría normativa o evaluativa—no es un juicio de valor de ninguna clase. Es más bien una teoría empírica o descriptiva que elucida los conceptos que esa argumentación jurídica despliega. La posición de Hart es un caso especial de la opinión Arquimedeano estándar de que existe una división lógica entre el uso cotidiano de conceptos políticos y la elucidación filosófica de ellos.

Su posición está por lo tanto abierta a las mismas objeciones que revisamos contra el Arquimedeanismo en general. En primer lugar, es imposible distinguir las dos clases de afirmaciones—distinguir las afirmaciones de primer orden de los abogados en la práctica jurídica de afirmaciones de segundo orden de filósofos acerca de cómo las afirmaciones de primer orden han de ser identificadas y puestas a prueba—de manera suficiente para asignarlas a categorías lógicas distintas. La tesis de las fuentes de Hart está lejos de ser neutral entre las partes en el caso de la Sra Sorenson, por ejemplo. Ninguna 'fuente' del tipo que Hart tenía en mente había proveído que las personas en la posición de la Sra Sorenson tienen derecho a reclamar compensación sobre la base de cuotas de mercado, o estipulado un

estándar moral que podría haber tenido ese resultado o consecuencia. De manera que si Hart está en lo correcto la Sra Sorenson no puede afirmar que el derecho está de su lado. En efecto, los abogados de las farmacéuticas dieron exactamente el mismo argumento en el tribunal que Hart había dado en su libro. Dijeron que su reclamo fracasa porque nada en el derecho explícito del estado, identificado según las convenciones jurídicas establecidas, apoya ese reclamo. Los abogados de la Sra Sorenson argumentaron en sentido contrario. Negaron la tesis de las fuentes: dijeron que los principios generales inherentes en el derecho le daban a su cliente el derecho a ganar. De manera que la opinión de Hart no es neutral en el debate: toma parte. Toma parte, de hecho, en cada disputa jurídica difícil, a favor de quienes insisten que los derechos de las partes han de ser establecidos enteramente consultando las fuentes tradicionales del derecho.

De manera que la primera dificultad del Arquimedeanismo político vale también para la versión jurídica de Hart. También lo hace la segunda dificultad. ¿En qué sentido se supone que la tesis de las fuentes de Hart es 'descriptiva'? Desde luego, como él y sus defensores reconocen, la descripción siempre es ella misma una empresa normativa en *algún* sentido: cualquier teoría descriptiva selecciona una explicación de algunos fenómenos como más reveladores o notables o útiles o algo de ese tipo. Hart aceptó que su análisis del derecho era normativo en el sentido en que cualquier explicación de cualquier cosa es normativa: quería decir que su teoría es descriptiva por oposición a moral o éticamente evaluativa. Pero como notamos en el caso de la libertad, la igualdad y lo demás, existen varios modos de descripción, y debemos preguntar en cuál de esos modos pretendía él que su teoría fuera descriptiva. Si bien él y sus seguidores han protestado enérgicamente que mis críticas de su trabajo se basa en malentendidos de sus métodos y sus ambiciones, es difícil encontrar alguna enunciación positiva de cuáles son esos métodos y ambiciones, mucho menos una que explique su pretensión de estatus descriptivo. In una frase famosamente desconcertante en la versión original de *The Concept of Law*, él dijo que el libro debería ser entendido como un 'ejercicio en sociología descriptiva'. Pero no desarrolló esa escueta afirmación, y está lejos de ser obvio, como veremos, lo que podría haber querido decir con ello.

Debemos, una vez más, ejercitar nuestra propia imaginación. Antes distinguí tres formas en las cuales alguien podría pensar que un análisis conceptual de un concepto político es una empresa decriptiva, y debemos considerar cada una de

ellas nuevamente, en este contexto. ¿Es la tesis de las fuentes una afirmación semántica: aspira a traer a la superficie lingüística los criterios que los abogados en todas partes, o al menos gran parte de ellos, de hecho siguen cuando hacen y juzgan afirmaciones jurídicas? Hart no pretendió, desde luego, ofrecer una simple definición de diccionario o conjunto de sinónimos de alguna palabra o frase particular. Pero me parece plausible que pretendiera hacer una afirmación filosófica más ambiciosa, elucidando los criterios de aplicación que los abogados y otros podrían reconocer, después de que él los hubiera indicado, como las reglas que de hecho siguen al hablar acerca de lo que el derecho requiere o permite. Yo propuse ese entendimiento de su empresa en mi *Law's Empire*; dije que si mi entendimiento era correcto su empresa estaba condenada porque no existen criterios compartidos, incluso escondidos, para aprobar o rechazar proposiciones jurídicas, incluso entre abogados en jurisdicciones particulares mucho menos en cualquier parte. In su *Postscriptum*, Hart niega vigorosamente que el pretendiera tal cosa; dice que malentendí profundamente su proyecto. Estoy golpeado pero no abatido: aún creo que mi entendimiento de su empresa en *The Concept of Law* es el mejor disponible.<sup>12</sup> Aun así, ya que Hart ridiculizó este entendimiento de su proyecto en el *Postscriptum*, debemos buscar en otra parte.

¿Podría haber pensado que las proposiciones jurídicas forman una clase de clase natural, como los tigres y el oro, de manera que podrían hacerse descubrimientos acerca de ellos que contradirían lo que la mayoría de la gente piensa acerca de su verdad o falsedad? Tal como podríamos descubrir que muchos animales etiquetados 'Tigre' en los zoológicos no son en realidad tigres, asimismo, de acuerdo a esta opinión, podríamos descubrir que, sea lo que sea lo que gente piense, nada que no conforme a la tesis de las fuentes es derecho. Profundos descubrimientos acerca de las clases naturales parecen a la vez conceptuales—el ADN de tigre puede plausiblemente ser llamado la esencia de la tigrez—y descriptivos. De manera que esta hipótesis, si pudiéramos aceptarla, explicaría la aparente creencia de Hart de que una investigación conceptual del derecho podría ser descriptiva pero no semántica. No necesitamos continuar esto, sin embargo, porque Hart no podría haber pensado que las afirmaciones jurídicas verdaderas forman una clase natural. Si la libertad no tiene ADN, tampoco el derecho.

Nos queda la tercera posibilidad que distinguí: que la tesis de las fuentes de

---

<sup>12</sup> Otros están de acuerdo. Véase, e.g. N. Stavropoulos, 'Hart's Semantics' en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript* (Oxford: Oxford University Press 2001) en 59.

Hart pretende ser descriptiva en el modo de una generalización empírica de algún tipo. Algún ejército de antropólogos jurídicos podría concebiblemente reunir toda la información que la historia puede proveer acerca de las múltiples ocasiones en que las personas han hecho, aceptado o rechazado lo que consideramos como afirmaciones jurídicas. Algún sociólogo con un computador del tamaño de una habitación y un enorme presupuesto podría esperar analizar ese Everest de información, no para encontrar la esencia o naturaleza del derecho, sino simplemente para descubrir patrones y repeticiones en la gran historia. Él podría, de manera más ambiciosa, aspirar a identificar leyes de la naturaleza humana: si encuentra que la gente acepta proposiciones jurídicas solo cuando la tesis de las fuentes las avala, por ejemplo, podría esperar explicar ese hecho por medio de principios darwinianos, quizás, o ecuaciones económicas o algo de ese tipo. O podría ser mucho menos ambicioso—podría simplemente indicar la regularidad, lo que sería por cierto suficientemente interesante por sí mismo, y no tratar de explicarla.

¿Habremos de entender que el Arquimedeanismo de Hart es empírico ya más o menos ambicioso de estos sentidos? Existe una objeción de entrada insuperable: ni Hart ni sus descendientes han siquiera comenzado los estudios empíricos (que agotarían el tiempo de una vida) que serían necesarios. No han producido ni un montículo, mucho menos un Everest de información. Existe una ulterior objeción de entrada, al menos en el caso de Hart. Sería excesivamente raro referirse a cualquier estudio empírico o generalización tal como orientada a descubrir el concepto o la naturaleza o la idea misma de derecho, y tan extraño llamar a un libro que supestandamente dé cuenta de esos descubrimientos *El Concepto de Derecho*.<sup>13</sup> Imaginen un economista diciendo que la leyes de Ricardo exponen el concepto mismo de renta o ganancia, por ejemplo.

Tras estas dificultades de entrada yace una dificultad incluso más grande. Si concebimos las teorías de Hart—o las de sus descendientes—como generalizaciones empíricas, debemos conceder de una vez que son además fracasos espectaculares. Tomaría, dije, una montaña de información apoyar la tesis de las fuentes como generalización empírica, pero toma solo unos pocos contraejemplos para refutarlas, y estos están en todas partes. Existe ahora un vigoroso debate en Estados Unidos acerca de si la pena de muerte es constitucional. El argumento depende de si acaso la Octava Enmienda a la Constitución, la cual prohíbe 'catigos

<sup>13</sup> En inglés en el original (N. del T.).

cruelles e inusuales', incorpora algún estándar moral para las penas apropiadas, el cual la pena de muerte bien podría pensarse que incumple, o si, por el contrario, no incorpora ningún estándar moral sino en cambio prohíbe solo penas que los estadistas y políticos que hicieron la enmienda—o el público general al cual estaba dirigida—creyeran crueles. Si asumimos que la pena de muerte es de hecho inaceptablemente cruel, pero que casi nadie lo creyó así en el siglo XVIII, entonces los abogados que aceptan la primera de estas interpretaciones creerán que el derecho constitucional prohíbe la pena de muerte y quienes aceptan la segunda creerán que permite la pena de muerte. Quienes argumentan a favor de la primera lectura (o lectura moral) obviamente contradicen la tesis de las fuentes, ya que ningún fuente social ha ordenado que la Octava Enmienda sea leída de manera que incorpore la moral. Pero como ninguna fuente ha resuelto que la moral no es relevante, quienes argumentan contra la lectura moral también contradicen la tesis de las fuentes.

Hart dijo que la moral se vuelve relevante para identificar el derecho cuando alguna 'fuente' ha decretado que la moral debería tener ese rol, y dio las abstractas cláusulas de la Constitución estadounidense como ejemplos. Pero malentendió el estado del derecho constitucional estadounidense. No existe un consenso a favor o en contra de la lectura moral de la Constitución: por el contrario, es una cuestión de feroz desacuerdo. Yo, entre otros, apruebo la lectura moral que Hart aparentemente tiene en mente.<sup>14</sup> Pero otro, incluyendo el Juez Antonin Scalia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y un conocido ex juez, Robert Bork, acusan a la lectura moral de ser profundamente errónea.<sup>15</sup> No existe ninguna convención a favor o en contra de ella, ninguna regla de reconocimiento básica a partir de la cual ningún lado pudiera esperar apoyar las proposiciones de derecho constitucional que sin embargo afirman ser verdaderas.

[...]

#### D. *Pensamiento Finales*

---

<sup>14</sup> Véase *Freedom's Law*.

<sup>15</sup> Véase el debate entre el Juez Scalia y yo mismo en A. Scalia, *A Matter of Interpretation* (Princeton: Princeton University Press, 1997) en 117. Véase también mi artículo 'The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Berve', 65 *Fordham L Review* 1249, Marzo, 1997.

[...]

[T]al como podemos explorar el concepto general de democracia desarrollando una atractiva concepción abstracta de ese concepto, asimismo podemos aspirar a una concepción de la legalidad de igual abstracción, y luego ver que se sigue, por medio de proposiciones jurídicas concretas, de manera más local. No hay una diferencia conceptual o lógica determinante del tipo que los Arquimedeanos quieren entre la filosofía del derecho así concebida y las preocupaciones más cotidianas, del día a día, de los abogados y juristas que acabo de mencionar. Pero hay sin embargo suficiente diferencia en nivel de abstracción y en habilidades relevantes para explicar por qué los asuntos filosóficos parecen distintos, y están comúnmente en las manos de personas con entrenamiento algo distinto, de los más concretos.

Cualquier intento de una concepción ecuménica de legalidad enfrenta presión desde dos direcciones. Debe aspirar a [tener] suficiente contenido para evitar ser vacío pero también a la suficiente abstracción para evitar el localismo. Traté de dirigir la necesaria ruta entre estos peligros en *Law's Empire*: dije que la legalidad es mejor servida por medio de un proceso de interpretación constructiva a lo largo de estas líneas, y respondiendo a las dos dimensiones mencionadas arriba. Mis opiniones han sido lo suficientemente controversiales para sugerir que me salvé del vacío, pero no es claro cuánto me salvé del localismo. Es una objeción frecuente entre los críticos británicos que mi proyecto o es localista en su inspiración—que aspira a no más que explicar la práctica jurídica de mi propio país—o obviamente localista en resultado porque podemos ver de alguna forma, sin mucha reflexión o investigación, que se ajusta solo a esa única práctica. De hecho, mi explicación aspira a una gran generalidad, y cuán lejos tiene éxito en esa aspiración solo puede ser evaluado por un ejercicio mucho dificultoso en interpretación jurídica comparada que lo que estos críticos han emprendido. Dije antes, al discutir otros valores políticos, que no podemos decir de antemano cuán lejos podríamos tener éxito en encontrar concepciones plausibles de estos que los reconcilien el uno con el otro antes que dejarlos, como tan a menudo se afirma que están, en conflicto. Debemos hacer nuestro mejor esfuerzo, y luego ver cuán lejos hemos tenido éxito. Debemos adoptar la misma opinión de la pregunta distinta de cuánta abstracción una explicación informativa de la legalidad puede lograr. Debemos esperar y ver.

Eso me lleva a una historia final. Hace unas pocas semanas, hablando con el profesor John Gardner de Oxford University, dije que pensaba que la filosofía del derecho debería ser interesante. Se me abalanzó. '¿No lo ves?', me respondió. 'Ese es tu problema'. Soy culpable de esta acusación. Pero déjenme decirles lo que quiero decir con 'interesante'. Creo que la filosofía del derecho debería ser de interés a disciplinas más y menos abstractas que ella misma. Debería ser de interés o otros departamentos de la filosofía—la filosofía política, desde luego, pero también otros departamentos—y debería de ser interesante a los abogados y jueces. Buena parte de la filosofía del derecho ha demostrado en efecto ser de gran interés para los abogados y jueces. Existe, justo ahora, una explosión de interés en la filosofía del derecho no solo en Estados Unidos, sino en Europa, Sudáfrica y China, por ejemplo. Pero esta explosión está teniendo lugar no en los cursos llamados 'filosofía del derecho', los cuales me temo siguen siendo más bien desmotivantes, sino en áreas sustantivas del derecho: derecho constitucional, desde luego, el cual ha sido manejado por la teoría por un largo tiempo, pero también el derecho de daños, contratos, conflictos de derecho, jurisdicción federal e incluso, más recientemente, derecho tributario. No quiero decir solo que estos cursos involucran [tanto] asuntos teóricos así como prácticos: involucran exactamente los asuntos que estado discutiendo: acerca del contenido de la legalidad y sus implicancias para el contenido del derecho. Pero los filósofos del derecho que consideran su trabajo como descriptivo o conceptual por oposición a normativo, han, en mi opinión, perdido una oportunidad de unirse a estas discusiones y debates, y en algunas universidades el dominio de la filosofía del derecho se ha encongado como consecuencia.

En ocasiones como esta es difícil resistir hablar directamente a los jóvenes académicos que no se ha unido aún a un ejército doctrinario. De manera que cierro con esta apelación a aquellos de ustedes que planean abrazar la filosofía del derecho. Cuando lo hagan, levante las legítimas cargas de la filosofía, y abandonen el manto de neutralidad. Hablen por la Sra Sorenson u por todos los otros cuyo destino depende de afirmaciones novedosas acerca de lo que el derecho ya es. O, si no pueden hablar por ellos, al menos háblenles a ellos, u explíquenles por qué no tienen derecho a lo que piden. Háblenles a los abogados y jueces que deben complicarse sobre qué hacer con la nueva Ley de Derechos Humanos [*Human Rights Act*]. No le digan a los jueces que deberían ejercer su discreción como mejor crean. Ellos quieren saber cómo entender la Ley en cuanto derecho, cómo decidir,

y a partir de qué registro, cómo es que la libertad y la igualdad han sido hechos no solo ideales políticos sino derechos. Si les ayudan, si hablan al mundo de esta forma, entonces se mantendrán más fieles al genio y la pasión de Herbert Hart que si siguen sus ideas más estrechas acerca del carácter y los límites de la filosofía analítica del derecho. Les advierto, sin embargo, que si emprenden por este camino están en grave peligro de ser, bueno, interesantes.